

KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici



MEĐUNARODNA NAUČNA
KONFERENCIJA

MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI I PRAVDA

Zbornik radova 36. Susreta
Kopaoničke škole prirodnog prava
Slobodan Perović

Beograd, 2023. | Tom II

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

Universitas Iuris Naturalis Copaonici

36. Susret
36th Meeting

**MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI
I PRAVDA**
**INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS
AND JUSTICE**

Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava
– Slobodan Perović
Proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik School of Natural Law
– Slobodan Perović

MEĐUNARODNA NAUČNA KONFERENCIJA
INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

Kopaonik, 13 – 17. decembar 2023
Kopaonik, 13 - 17 December 2023

Tom II/Volume II



Beograd, 2023

MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI I PRAVDA
INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS AND JUSTICE

Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović
Proceedings of the 36th Meeting of Kopaonik School of Natural Law – Slobodan Perović

Međunarodna naučna konferencija, 13. – 17. decembar 2023.

International Scientific Conference, 13 - 17 December 2023

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 Jović-Prlainović, Dr Uroš Novaković, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Zoran Lončar, Prof. dr Zorica Vujošević, 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 Mirjana Glintić, Prof. dr Jelena S. Perović Vujačić, Dr Thomas Meyer, Dr Nataša Hadžimanović, Prof. dr Stojan Dabić, Prof. dr Mirjana Radović, Predrag Trifunović, Prof. dr Ljubinka Kovačević, Dimitrije Milić, Prof. dr Sanja Danković Stepanović, Dr Đorđe Krivokapić, Andrea Nikolić, Prof. dr Gordana Stanković, Prof. dr Ivana Krstić, 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), Vlado Kambovski (Macedonian Academy of Sciences and Arts, North Macedonia), Prof. dr Aleksandra Maganić (Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia), Dr Mateja Đurović (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-978-86-81956-22-9 (serija) / ISBN-978-86-81956-19-9

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.

DRUGA KATEDRA

PRAVO NA SLOBODU

Upravno-pravna zaštita slobode

DOBROSAV MILOVANOVIĆ

UPOTREBA VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U JAVNOM INTERESU – MOGUĆNOSTI, IZAZOVI I ODGOVORNOST

Rad se fokusira na mogućnosti i rizike koje donosi upotreba veštačke inteligencije (VI) u javnoj upravi. Prvo pojašnjava potencijale različitih tehnika VI, nedostatak konsenzusa i neophodnosti postizanja zajedničke definicije kao preduslova za njeno regulisanje. Zatim se bavi primenom sistema VI u javnoj upravi, analizirajući glavne izazove za pravo i društvo. Predstavljena su važeća osnovna ograničenja za primenu VI u javnom sektoru, uključujući poštovanje ljudskih prava, opštih principa upravnog prava, kao i usklađenost sa propisom o zaštiti podataka o ličnosti. Obradena je regulativa EU o VI o kojoj se trenutno raspravlja. Rad se potom koncentriše na nedostatke sistema odgovornosti u zaštiti od šteta uzrokovanih upotrebom VI sistema i analizira reformski paket EU u cilju rešavanja ovih problema. U zaključku, date su preporuke za uvođenje VI u javni sektor u Republici Srbiji, koje naglašavaju značaj rasprave i daljih interdisciplinarnih istraživanja u ovoj oblasti, kako bi se bolje razumele implikacije takve upotrebe na javnu upravu i time omogućio razvoj koji koristi prednosti ogromnih mogućnosti nove tehnologije, bez stvaranja visokih rizika za pojedince i društvo.

Ključne reči: veštačka inteligencija, javna uprava, zaštita ličnih podataka, odgovornost, regulativa EU

UVODNA RAZMATRANJA

Razvoj veštačke inteligencije (u daljem tekstu: VI) i njena intenzivna upotreba, relativno su nova pojava. Međutim, stepen u kome ona (može da) utiče na

Prof. dr Dobrosav Milovanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: bata@ius.bg.ac.rs. Ovaj rad je sačinjen kao deo Strateškog projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“.

svakodnevni život ljudi, na redizajniranje poslovnih procesa i način funkcionisanja i organizacije javne uprave i (ostalih) državnih organa, i to u izuzetno kratkom vremenu, je ogroman, već uočljiv i veoma nepredvidljiv. U čemu se sastoji suštinska promena? Računari, informaciono-komunikacione tehnologije i proces digitalizacije su prvenstveno predstavljali sredstva i načine koji olakšavaju prikupljanje, skladištenje i obradu podataka, u cilju povećanja kvaliteta i brzine rada ljudi. Međutim, naglim razvojem i širenjem primene VI – zahvaljujući napretku dubokih neuronskih mreža, sve većoj količini podataka pogodnih za mašinsko učenje (u daljem tekstu: MU) i sve većoj dostupnosti mikroprocesora pogodnih za obimna numerička izračunavanja¹ – omogućeno je računarima, robotima i drugim proizvodima da obavljaju aktivnosti koje su ranije bile svojstvene samo ljudima. To omogućava da se roboti koriste u dragocene svrhe (kao što je obavljanje opasnih delatnosti u rudnicima ili u kosmosu) ili da računari izvode zaključke po obradi ogromne količine podataka (npr. analiziraju snimke radi davanja preciznije dijagnoze) i da predviđaju određene događaje (kao što su ekonomski trendovi ili vremenska prognoza). Posmatrano sa tih aspekata, korisnost VI je nesporna. S druge strane, potrebno je imati u vidu problem smanjivanja broja radnih mesta za ljude (npr. u bankarstvu, javnoj upravi). Takođe, moderne tehnologije su omogućile ubrzano povećanje tempa učenja i koeficijenta VI, što smanjuje potencijal ljudi da usmeravaju i kontrolišu robote i proizvode koji koriste VI, uz realnu opasnost da ta mogućnost u nekom trenutku prestane da postoji. Izgleda da još uvek prevladuje predstava o korisnosti VI u odnosu na svest o već nastalim rizicima, posebno u oblasti vojne industrije. To je naročito slučaj sa tzv. superveštačkom inteligencijom, koja se sve više samostalno popravljala, donosi odluke o načinu svog postupanja i sve teže će moći da se isključi. Takođe, potrebno je obratiti naročitu pažnju na zaštitu prava građana u postupcima u kojima bi o pojedinim pitanjima ili o celini postupka odluku donosila VI. Tu se pokreće više pitanja. Najpre, da li uopšte dozvoliti automatizovano donošenje odluka ili koristiti VI kao pomoćni alat? Kako obezbediti pravnu zaštitu (naročito ako odluku donosi VI) i ko bi odlučivao, odnosno ko bi bio sposoban da odlučuje o pravnim sredstvima u tim situacijama (čovjek ili VI)? Reč je o kompetencijama, odnosno sposobnostima da se kontrolišu odluke VI. U vezi sa prethodnim, ali i šire, postavlja se i pitanje odgovornosti za štete koje mogu da proisteknu u vezi sa korišćenjem VI, što je naročito značajno kada se obavljaju aktivnosti u javnom interesu. Koji su razlozi nedovoljnog razumevanja problema? Ljudi su skloni da uočavaju korisnost novih tehnologija i zbog lenjosti im „prija“ da aktivnosti prebace na računare, robote

¹ Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020. do 2025. godine (u daljem tekstu: Strategija VI), *Službeni glasnik RS*, br. 96/19.

i druge proizvode koji koriste VI. Ta konstatacija važi i kod odgovornosti – umesto uobičajenog modela prebacivanja na druge ljude – pojedinci smatraju da će moći da prebace odgovornost na VI.

Redovi koji slede posvećeni su navedenim pitanjima, naročito sa aspekata uticaja VI na javnu upravu, zaštitu bezbednosti građana i ličnih podataka, rizika u vezi sa odlučivanjem, moguće štete i odgovornosti za štetu. Pri analizi regulacije posmatraju se prvenstveno međunarodni i uporedni aspekti, naročito dileme i rasprave koje su u toku u EU. Za Srbiju, koja nastoji da postane jedna od vodećih zemalja u ovoj oblasti,² od ključnog značaja je da pravovremeno i preventivno postavi strateški i pravni okvir, kao i da podigne svest državnih i ostalih službenika u javnom sektoru, ali i privatnopravnih lica i građana, o svim aspektima korišćenja VI, kako bi se nesmetano ostvarile sve njene prednosti i istovremeno izbegli ili bar smanjili potencijalno veliki rizici i štetne posledice, odnosno obezbedilo njihovo prevazilaženje.

POJAM VEŠTAČKE INTELIGENCIJE

VI ima snažan uticaj na sve aspekte ljudske delatnosti i života. Stoga je neophodno sistemski razjasniti pojmove, izvršiti kategorizaciju VI i sprovesti sveobuhvatnu analizu njenih uticaja na javnu upravu i na prava građana. Upoređivanje ljudi i mašina nije jednostavno – iako se računar ne ističe u apstraktnom zaključivanju, on ima sposobnost da obrađuje veliku količinu podataka znatno brže od ljudskog mozga.³ Poslednjih godina istraživači i praktičari posvećuju veliku pažnju tehnološkim potencijalima VI za obradu velike količine podataka javne uprave. VI je identifikovana kao interdisciplinarno polje istraživanja, koje dobija naročitu pažnju u društvu, privredi i javnom sektoru.⁴ Globalna tendencija korišćenja tehnologija VI u brojnim oblastima života, uključujući složene sisteme u oblasti saobraćaja, svemira, medicine, istraživanja, hitne pomoći itd., izaziva rasprave

² Prema Izveštaju iz 2022. godine, Srbija je rangirana na 59. mestu od 181 države. V. Oxford Insights, Government Artificial Intelligence Readiness Index 2022, https://static1.squarespace.com/static/58b2e92c1e5b6c828058484e/t/639b495cc6b59c620c3ecde5/1671121299433/Government_AI_Readiness_2022_FV.pdf, 17. 10. 2023.

³ Jelena Stajic, Richard Stone, Gilbert Chin, Brad Wible, „Rise of the Machines“, *Science*, No. 6245, Vol. 349, 2015, 248–249.

⁴ Matthew Boyd, Nick Wilson, „Rapid Developments in Artificial Intelligence: How Might the New Zealand Government Respond?“, *Policy Quarterly*, No. 4, Vol. 13, 2017, 36–43; Bernd W. Wirtz, Jan C. Weyerer, Carolin Geyer, „Artificial Intelligence and the Public Sector – Applications and Challenges“, *International Journal of Public Administration*, No. 7, Vol. 42, 2019, 596–615.

u pogledu njenog korišćenja u javnoj upravi.⁵ Bela kuća, Evropski parlament i Donji dom parlamenta V. Britanije objavili su izveštaje u kojima su izneli vizije o načinu na koji bi trebalo da pripreme društva za široku upotrebu VI.⁶ Uprkos uložnim naporima i povećanom ulaganju u istraživanja VI,⁷ i dalje nema dovoljno široke rasprave o njenom korišćenju u javnom sektoru. Iako je u poređenju sa poslovnim oblastima, VI u javnom sektoru još uvek u povelju, izvršen je dovoljan napredak u ovoj oblasti,⁸ da se može izvršiti pouzdana evaluacija njenog uticaja.⁹

Najpre je neophodno razjasniti pojam VI, imajući u vidu da je reč o relativno novoj pojavi pod kojom autori i praktičari podrazumevaju različitu sadržinu. Iako se termini VI i MU naizmenično koriste, oni nemaju isto značenje. Naime, VI obuhvata inteligentne sisteme sposobne za razmišljanje i učenje.¹⁰ Primeri tehnika koje spadaju pod taj pojam su: neuronske mreže – proces preko kojih mašine uče iz podataka i dolaze do sopstvenih rešenja;¹¹ duboko učenje – tehnika koja omogućava računarskim modelima višeslojne obrade da uče i predstavljaju podatke sa više nivoa apstrakcije, oponašajući kako mozak percipira i razume multimodalne informacije.¹² S druge strane, MU bi trebalo smatrati podskupom VI – mašina može da prilagodi sopstveni algoritam situaciji i da „učiti“, čime se sistem samostalno ponovo

⁵ Mikhail Bundin, Aleksei Martynov, Ekaterina Shireeva, „On the Way to Legal Framework for AI in Public Sector“, *Proceedings of the 11th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, ACM, 2018, 682–684.

⁶ Corinne Cath, Sandra Wachter, Brent Mittelstadt, Mariarosaria Taddeo, Luciano Floridi, „Artificial Intelligence and the 'Good Society': The US, EU and UK approach“, *Science and Engineering Ethics*, Vol. 24, 2018, 505–528.

⁷ João Reis, Paula Espírito Santo, Nuno Melão, „Artificial Intelligence in Government Services: A Systematic Literature Review“, *New Knowledge in Information Systems and Technologies* (eds. Álvaro Rocha, Hojjat Adeli, Luís Paulo Reis, Sandra Costanzo), WorldCIST 2019, Advances in Intelligent Systems and Computing, Vol. 930, Springer, Cham., 2019, 241–252.

⁸ P. K. Agarwal, „Public Administration Challenges in the World of AI and Bots“, *Public Administration Review*, No. 6, Vol. 78, 2018, 917–921; Juan Gustavo Corvalán, „Digital and Intelligent Public Administration: Transformations in the Era of Artificial Intelligence“, *A&C – Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, No. 71, Vol. 18, 2018, 55–87.

⁹ O tome detaljno: J. Reis, P. E. Santo, N. Melão, „Impacts of Artificial Intelligence on Public Administration: A Systematic Literature Review“, *2019 14th Iberian Conference on Information Systems and Technologies (CISTI)*, Coimbra, Portugal, 2019, 1–7.

¹⁰ Stuart Russell, Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1995.

¹¹ Michael Nielsen, *Neural Networks and Deep Learning*, Determination Press, 2015.

¹² Athanasios Voulodimos, Nikolaos Doulamis, Anastasios Doulamis, Eftychios Protopadakis, „Deep Learning for Computer Vision: A Brief Review“, *Computational Intelligence and Neuroscience*, Vol. 2018, 2018, 1–13.

kodira.¹³ Sistemi MU u velikoj količini podataka generisanih prošlim iskustvom pronalaze korelacije i obrasce koje ljudi ne mogu da uoče. Obrasce otkrivene u podacima sistemi MU mogu povratno da koriste za predviđanje određene pojave (poplava, rizika nepoštovanja pravila, verovatnoće zarazne bolesti i sl.) i za davanje preporuka ili donošenje odluka.

Potrebno je ukazati i na definicije izražene u propisima, strategijama ili smernicama međunarodnih i nacionalnih organa i organizacija. U Vodiču Vlade V. Britanije pod VI se podrazumeva „korišćenje digitalne tehnologije za kreiranje sistema sposobnih za obavljanje zadataka za koje se obično smatra da zahtevaju inteligenciju.“¹⁴ Visoka ekspertska grupa Komisije EU za VI ističe da se „VI odnosi na sisteme koji pokazuju inteligentno ponašanje analizom svog okruženja i preduzimanjem radnji – sa određenim stepenom samostalnosti – za postizanje specifičnih ciljeva. Sistemi VI mogu biti isključivo zasnovani na softveru i delovati u virtuelnom svetu (npr. pretraživači, sistemi za prepoznavanje govora i lica) ili se VI može ugraditi u hardverske uređaje (npr. napredni roboti, samostalni automobili, dronovi ili aplikacije Internet stvari)“.¹⁵ Komitet Saveta Evrope za VI predložio je sledeću definiciju sistema VI: „Svaki algoritamski sistem ili kombinacija takvih sistema (...) koji koristi računarske metode izvedene iz statistike ili drugih matematičkih tehnika za obavljanje funkcija koje su obično povezane sa, ili bi inače zahtevale ljudsku inteligenciju i koje pomažu ili zamenjuju rasuđivanje ljudi koji donose odluke u vršenju tih funkcija. Pored ostalih, takve funkcije obuhvataju predviđanje, planiranje, klasifikaciju, prepoznavanje obrazaca, organizaciju, percepciju, prepoznavanje govora/zvuka/slike, generisanje teksta/zvuka/slike, prevod jezika, komunikaciju, učenje, predstavljanje i rešavanje problema.“¹⁶

¹³ Stefano Alec Bini, „Artificial Intelligence, Machine Learning, Deep Learning, and Cognitive Computing: what do these terms mean and how will they impact health care?“, *The Journal of Arthroplasty*, No. 8, Vol. 33, 2018, 2358–2361.

¹⁴ UK Government, „A Guide to Using Artificial Intelligence in the Public Sector“, June 2019, <https://www.gov.uk/government/collections/a-guide-to-using-artificial-intelligence-in-the-public-sector>, 19. 10. 2023.

¹⁵ Strategijom razvoja mreža nove generacije do 2023. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 33/18) prepoznata je sinergija VI i tehnologije interneta stvari, što omogućava daljinsko nadgledanje, kontrolu i upravljanje složenim procesima koji su zasnovani na prikupljanju ogromne količine podataka sa mreže velikog broja senzora. Podaci se usmeravaju ka serverima računara u oblaku i u njima procesiraju zasnovano na algoritmima VI. Prenos podataka se najčešće vrši mrežama nove generacije – Strategija VI, 9.

¹⁶ Council of Europe, Committee on Artificial Intelligence (CAI), Revised Zero Draft (Framework) Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, CAI(2023)01, Article 2 a.

U toku je rasprava o nacrtu Uredbe EU kojom se utvrđuju harmonizovana pravila o VI (Uredba o VI). Prema predlogu Komisije EU „sistem VI“ podrazumeva softver razvijen pomoću jedne ili više tehnika i pristupa (MU, pristupi zasnovani na logici i znanju, statistički pristupi itd.) koji može, za skup ciljeva koje su definisali ljudi, da generiše rezultate kao što su: sadržaj, predviđanja, preporuke ili odluke koje utiču na okruženje sa kojim ovi sistemi komuniciraju.¹⁷ S druge strane, Savet EU je predložio da: „Sistem VI podrazumeva sistem oblikovan da funkcioniše sa elementima samostalnosti i koji, na osnovu podataka i ulaza koje su obezbedili mašine i/ili ljudi, zaključuje kako da postigne dati skup ciljeva koristeći MU i/ili pristupe zasnovane na logici i znanju, i proizvodi sistemski generisane rezultate, kao što su: sadržaj (generativni sistemi VI), predviđanja, preporuke ili odluke, utičući na okruženja sa kojima sistem VI komunicira. Konačno, Evropski parlament, je kod prvog čitanja definisao „sistem VI“ kao sistem zasnovan na mašinama koji je oblikovan da funkcioniše sa različitim stepenom samostalnosti i koji može, za eksplicitne ili implicitne ciljeve, da generiše rezultate kao što su predviđanja, preporuke ili odluke koje utiču na fizičko ili virtuelno okruženje.

Strategija razvoja VI u Republici Srbiji za period 2020–2025. godina koristi široko prihvaćenu definiciju nezavisne ekspertske grupe Evropske komisije u izveštaju o definisanju VI:¹⁸ „VI se odnosi na sisteme koji pokazuju razumno, inteligentno, ponašanje na osnovu analize svog okruženja i donose odluke – sa određenim stepenom autonomije – da ostvare konkretne ciljeve. Sistemi VI mogu se zasnivati isključivo na softveru i delovati u virtuelnom svetu (na primer, virtuelni asistenti, softveri za analizu fotografija, internet pretraživači, sistemi za prepoznavanje govora i lica) ili mogu biti ugrađeni u uređaje – hardver (na primer, napredni roboti, autonomna vozila, dronovi i slično).“

Iako ne postoji univerzalno prihvaćena definicija VI, može se zaključiti da tehnologije VI predstavljaju kombinovani niz tehnologija, uključujući tehnike MU, robotiku i automatizovane sisteme za donošenje odluka koji se koriste za poboljšanje predviđanja, optimizaciju aktivnosti i alokaciju resursa, kao i za personalizovanje usluga.¹⁹ Ipak, neophodno je utvrditi jedinstvenu definiciju VI, u cilju

¹⁷ Tambiama Madiega, EPRS – European Parliamentary Research Service, BRIEFING: EU Legislation in Progress: Artificial intelligence liability directive, 2023, 5, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf), 20. 10. 2023.

¹⁸ European Commission, Directorate-General for Communication, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, A Definition of AI: Main Capabilities and Scientific Disciplines, 2018, https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ai_hleg_definition_of_ai_18_december_1.pdf, 18. 10. 2023.

¹⁹ European Commission, Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and

obezbeđenja pravne sigurnosti, ravnopravnog tretmana učesnika na tržištu, kao i pretpostavke za jednako postupanje u vezi sa različitim oblicima odgovornosti, bar u sistemima koji pretenduju da imaju jedinstveno tržište i regulaciju.

MOGUĆNOSTI ZA KORIŠĆENJE VI U JAVNOJ UPRAVI

Postoje ogromne mogućnosti za upotrebu VI u javnom sektoru. VI može da unapredi i efikasnost rada javne uprave i kvalitet usluga koje država pruža građanima i privredi.²⁰ VI se može koristiti: 1) kao podrška odlučivanju i kreiranju javnih politika (npr. poboljšanje predviđanja,²¹ optimizacija aktivnosti i alokacije resursa, sticanje uvida u složene probleme, kao što su: širenje bolesti ili klimatske promene, obezbeđivanje simulacija ishoda politike), 2) za optimizovanje javnih usluga (npr. personalizacija usluga prema preferencijama i individualnim okolnostima), 3) za poboljšanje efikasnosti javne uprave (npr. kroz automatizaciju jednostavnih repetitivnih zadataka) ili 4) kao podrška sprovođenju propisa (npr. ciljane inspekcije zasnovane na pokazateljima rizika nepoštovanja, propisa).

Prema mišljenju J. Reis, P. E. Santo i N. Melão, postoje tri ključne oblasti uticaja VI na javnu upravu koje zaslužuju posebno proučavanje.²² To su uticaji na: radna mesta, političke lidere/javne službenike i kvalitet života građana. VI (će) ima(ti) značajan uticaj na poslove i radna mesta na ranije nezamislive načine. Očigledan je trend zamene javnih službenika robotima (npr. samostalna vozila).²³ Noviji slučaj je upotreba ekspertskih sistema ili asistenata VI koji, na osnovu analize *big data*,²⁴ nude rešenje za praktičan slučaj.²⁵ Da bi se prevazišli problemi u vezi sa gubitkom

amending certain Union legislative acts, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD), Explanatory memorandum. V. OECD, *Artificial Intelligence in Society*, 2022, <https://www.oecd.org/digital/artificial-intelligence/>, 20. 10. 2023. i McKinsey Global Survey on AI in 2021, <https://www.mckinsey.com/capabilities/quantumblack/our-insights/global-survey-the-state-of-ai-in-2021>, 20. 10. 2023.

²⁰ Strategija VI, 4.

²¹ Kouziokas je uspešno primenio tehnike VI za predviđanje zločina u cilju unapređenja upravljanja bezbednošću u javnom prevozu: Georgios N. Kouziokas, „Artificial Intelligence and Crime Prediction in Public Management of Transportation Safety in Urban Environment“, *Proceedings of the 3rd Conference on Sustainable Urban Mobility*, Volos, Greece, 2016, 534–539.

²² J. Reis, P. E. Santo, N. Melão, op. cit., 3.

²³ Spyros Makridakis, „The Forthcoming Artificial Intelligence Revolution: Its Impact on Society and Firms“, *Futures*, Vol. 90, 2017, 46–60.

²⁴ Reč je o skupovima podataka koji su preveliki ili složeni da bi se njima bavio tradicionalni aplikativni softver za obradu podataka.

²⁵ Mikhail Bundin, Aleksei Martynov, Yakub Aliev, Eldar Kutuev, „Legal Aspects of the Use of AI in Public Sector“, *Digital Transformation and Global Society* (eds. Daniel A. Alexandrov,

posla i zaposleni zadržali radi preuzimanja nove vrste poslova koji nastaju automatizacijom procesa, oni će morati da se prekvalifikuju.²⁶ Stoga je u Strategiji VI predviđeno da sistem obrazovanja razvija kompetencije u delu zanimanja koja su neposredno povezana sa VI i za ostala zanimanja koja se pod uticajem VI menjaju, postaju više ili manje potrebna ili koja ranije nisu ni postojala.²⁷

Sa aspekta uticaja na političko rukovodstvo i javne službenike, VI se može koristiti za rešavanje društvenih izazova, kao što su upotreba efikasne energije i bolje kreiranje politike.²⁸ U oblasti odbrane i bezbednosti VI se može koristiti za zaštitu osetljivih privrednih sektora i infrastrukture. Roboti mogu da obavljaju poslove koji nisu bezbedni za ljude (npr. pronalaženje mina). Međutim, samostalni sistemi smrtonosnog naoružanja mogu da naruše osnovne principe ljudskog dostojanstva dozvoljavajući mašinama da biraju koga će da ubiju (npr. zadatak može da bude da uklone svako lice koje pokazuje „preteće ponašanje“).²⁹

U oblasti javnog mnjenja, analiza osećanja omogućava kvantitativno opisivanje emocija ili mišljenje korisnika na društvenoj mreži o temama u vezi sa javnom upravom. Na primer, Corallo i drugi³⁰ su nastojali da daju pouzdane procene i analizu šta građani misle o institucijama, efikasnosti usluga i infrastrukture, stepenu zadovoljstva u pogledu određenog događaja u kontekstu javne uprave.

Poseban značaj imaju sistemi za podršku odlučivanju (SPO), koje su javni službenici počeli da koriste da bi mogli da analiziraju velike količine podataka

Alexander V. Boukhanovsky, Andrei V. Chugunov, Yury Kabanov, Olessia Koltsova), DTGS 2018, Communications in Computer and Information Science, Vol. 858, Springer, Cham 2018, 171–180.

²⁶ Dhanabalan Thangam, A-S Sathish, „Transforming Indian Industries through Artificial Intelligence and Robotics in Industry 4.0“, *International Journal of Mechanical Engineering and Technology*, No. 10, Vol. 9, 2018, 835–845.

²⁷ Strategija VI, 28.

²⁸ Uthayasankar Sivarajah, Habin Lee, Zahir Irani, Vishanth Weerakkody, „Forecasting Smart Cities through ICT Driven Policy-Making: Expected Outcomes and Impacts of DAREED Project“, *International Journal of Electronic Government Research*, No. 3, Vol. 10, 2014, 1–18. Primer je razvoj Urbanističkog kontrolnog centra pametnog grada koji omogućava javnim službenicima da analiziraju dinamiku grada i građanima da dobijaju informacije o rezultatima gradske infrastrukture i usluga, sa posebnim fokusom na energetske efikasnost i održivost životne sredine.

²⁹ Stuart Russel, Sabine Hauert, Russ B. Altman, Manuela Veloso, „Ethics of Artificial Intelligence“, *Nature*, No. 7553, Vol. 521, 2015, 415–416.

³⁰ Angelo Corallo, L. Fortunato, Marco Matera, Marco Alessi, Alessio Camillò, Valentina Chetta, Enza Giangreco, Davide Storelli, „Sentiment Analysis for Government: An Optimized Approach“, *Machine Learning and Data Mining in Pattern Recognition* (ed. Petra Pernert), 11th International Conference, MLDM 2015, Hamburg, Germany, July 20–21, 2015, Proceedings, Springer, Cham, 2015, 98–112.

građana.³¹ SPO omogućava planiranje i definisanje rizičnih područja, kao i predviđanje katastrofalnih događaja radi određivanja najprikladnijih intervencija i strategija za prevazilaženje problema.³²

Sa aspekta uticaja na kvalitet života građana, primeri prakse SPO su jednako važni u oblasti bezbednosti,³³ jer je kompjuterska podrška za upravljanje krizama danas uglavnom usmerena na neposredne hitne i spasilačke operacije, dok je malo objedinjenih sistema sposobnih da razviju podršku procesima donošenja odluka u javnoj upravi. S druge strane, VI može u velikoj meri pomoći podizanju kvaliteta vršenja poslova javne uprave, što se neposredno pozitivno odražava na građane, kroz obezbeđenje poštovanja standarda pružanja javnih usluga, podizanje njihove delotvornosti i ekonomičnosti, sposobnosti prilagođavanja specifičnim potrebama pojedinih kategorija korisnika usluga i sl.

U Srbiji je unapređeno uspostavljanje korisnički orijentisane elektronske uprave obezbeđenjem pravnog okvira, infrastrukture i interoperabilnosti, optimizacije i digitalizacije upravnih postupaka i usluga. Korišćenje tehnologije VI za poslovnu analitiku i predviđanje može da omogući sveobuhvatniji i objektivniji uvid u stanje i doprinese racionalnijoj upotrebi resursa, kvalitetnijem i efikasnijem planiranju i upravljanju i bolje informisanom strateškom odlučivanju. Primena konverzionih korisničkih interfejsa i virtuelnih asistenata³⁴ omogućava da se građanima i privredi u svakom trenutku pružaju usluge na način prilagođen njihovim specifičnim potrebama. Inteligentna rešenja mogu da obezbede personalizaciju usluga, pruže podršku korisnicima, pojednostave proces popunjavanja

³¹ Tindara Abbate, Clara Bassano, Anna Maria Coppola, Sergio Miranda, Luigi Rarità, „A Knowledge-based Decision Support System for the Service Quality Improvement in Organizations“, 7th International Workshop of Information Logistics and Knowledge Supply, 13th International Conference on Perspectives in Business Informatics Research, Lund, Sweden, September 23–25, 2014, *Workshop Proceedings* (eds. Kurt Sandkuhl, Ulf Seigerroth), 2014, 49–60.

³² Huizhang Shen, Jingwen Hu, Jidi Zhao, Jing Dong, „Ontology Based Modeling of Emergency Incidents and Crisis Management“, *ISCRAM 2012 Conference Proceedings book of papers* (eds. Leon Rothkrantz, Jozef Ristvej, Zeno Franco), 9th International Conference on Information Systems for Crisis Response and Management, Vancouver, Canada, 2012.

³³ Stanislaw Stanek, Stanislaw Drosio, „Intelligent Computer Support for Crisis Management“, *Intelligent Decision Technologies*, No. 1, Vol. 8, 2014, 53–63.

³⁴ Poslednjih godina, veliki broj državnih institucija u svetu je uveo virtuelne asistente koji automatizovano odgovaraju na pitanja građana. Na osnovu pitanja i odgovora, sistem uči kako da unapredi odgovore, čime se službenici rasterećuju i usmeravaju na složenija pitanja i stručnije poslove. V. European Commission, DIGIT, Directorate-General for Informatics, „Architecture for Public Service Chatbots“, ISA2 Programme, https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/news/2019-09/ISA2_Architecture%20for%20public%20service%20chatbots.pdf, 20. 10. 2023; Strategija VI, 7.

elektronskih obrazaca, a primena mehanizama za davanje povratne informacije obezbedila bi dalje usavršavanje modela. Primenom VI moguće je višestruko ubrzati rutinske postupke u kojima se o zahtevu stranke odlučuje isključivo na osnovu objektivnih činjenica poput priložene dokumentacije ili podataka koji su u registrima i evidencijama, posebno kada su nesumnjivo ispunjeni kriterijumi za usvajanje zahteva.³⁵

IZAZOVI UPOTREBE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U JAVNOJ UPRAVI

Strategija VI ukazuje na to da razvoj VI nosi i određene izazove za javnu upravu. To su naročito zaštita podataka o ličnosti, izazov obrazovnom sistemu da pripremi učenike i studente za poslove budućnosti, obezbeđivanje transparentnosti, i etička pitanja, kao što je prevencija diskriminacije.³⁶ U pogledu nedostatka transparentnosti sistemi VI smatraju se „crnim kutijama“, zbog: 1) prava intelektualne svojine, 2) tehničke složenosti i 3) promenljivosti sistema MU. Potonja karakteristika stvara poseban rizik, jer se nabavljeni softver ili proizvod koji koristi VI konstantno menja u pravcu koji se ne može sa sigurnošću predvideti, jer postoji nepredvidivost ishoda i samostalnost postupanja. Kako je ukazano, taj problem je naročito izražen u vojnoj industriji.

S druge strane, mogući su problemi kod sistema za podršku odlučivanju. Mašine VI odražavaju pristrasnost svojih kreatora ili društvene predrasude ugrađene u podatke koji se koriste za obuku mašina, jer VI uči iz podataka. Pošto podaci sadrže trenutne predrasude, mašine će samo institucionalizovati takve tendencije. Pristrasnost ili neprozirnost su pogoršani brzim širenjem broja informacionih sistema vođenih podacima koji ulaze u proces donošenja odluka.³⁷

Takođe, moguće je narušavanje ili ograničavanje osnovnih prava (npr. prava na privatnost i zaštitu ličnih podataka). Naime, elektronski provajder u privatnom sektoru prikuplja podatke iz interakcije ili transakcija sa korisnicima i kasnije ih koristi za izdvajanje vrednosti.³⁸ Međutim, pojedinac može da pristane ili prigovori obradi podataka, dok je u javnom sektoru upotreba informacionih tehnologija najčešće propisana zakonom, pa na to, kao i na korišćenje tehnologija VI za obradu podataka, pojedinac nema pravo na prigovor.³⁹

³⁵ Strategija VI, 18.

³⁶ Strategija VI, 4 i 7.

³⁷ Michael Veale, Max Van Kleek, Reuben Binns, „Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-stakes Public Sector Decision-Making“, *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Paper No. 440, ACM, 2018, 1–14.

³⁸ P. K. Agarwal, op. cit, 917–921.

³⁹ M. Bundin, A. Martynov, Y. Aliev, E. Kutuev, op. cit., 171–180.

Osim navedenih, postoje i sledeći izazovi: nedostaci u vezi sa osporavanjem, zbog poteškoća u otkrivanju grešaka koje proizvode sistemi VI i pregledom njihovih ishoda, sklonost preteranom oslanjanju na rezultate sistema VI, problemi odgovornosti, tačnosti i sigurnosti, kao i uticaj na životnu sredinu (npr. potrošnja energije i minerala, čak i pri donošenju jednostavnih odluka). Strategija VI ističe da je pri projektovanju, razvoju i implementaciji javnih usluga zasnovanih na VI neophodno obezbediti pouzdanost rešenja, zaštitu privatnosti i podataka korisnika, kao i mogućnost da se korisniku obezbedi interakcija sa službenikom.⁴⁰

PRAVNI OKVIR ZA REGULISANJE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE – MEĐUNARODNI STANDARDI I NACIONALNA REGULATIVA

Na nivou EU razmatra se nekoliko predloga za regulisanje VI, ali još nije usvojen nijedan obavezujući akt. Pravna ograničenja za upotrebu VI u javnom sektoru proizlaze, između ostalog, iz međunarodne konvencije i nacionalnih ustava koji štite ljudska prava (npr. dužnost poštovanja ljudskog dostojanstva, pravo na privatnost, zabrana diskriminacije, pravo na delotvoran pravni lek i pravično suđenje). Takođe, od značaja su i opšta načela upravnog prava država zasnovanih na vladavini prava (npr. odgovornost, transparentnost i pravo na pristup informacijama od javnog značaja, pravo na izjašnjavanje, obaveza davanja obrazloženja za pojedinačnu odluku). Uz to, veliki značaj ima i nacionalno i međunarodno zakonodavstvo o zaštiti ličnih podataka, uključujući Konvenciju Saveta Evrope za zaštitu pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka (Konvencija 108+)⁴¹ i Opštu uredbu EU o zaštiti podataka.⁴²

Opšta Uredba je pooštrila uslove za prikupljanje, obradu i čuvanje podataka o ličnosti. Naime, ona zahteva legitimnost obrade podataka, poštovanje opštih načela zaštite ličnih podataka (zakonit, pošten i transparentan način obrade, ograničenje svrhe obrade, minimizacija podataka i ograničenje skladištenja). Takođe, zahteva se da podaci budu tačni, ažurirani i da bude obezbeđena sigurnost podataka.⁴³

⁴⁰ Strategija VI, 18.

⁴¹ Council of Europe, Convention 108 +, Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data, 2018, <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>, 21. 10. 2023.

⁴² 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*, 4. 5. 2016, 1–88.

⁴³ Za razvoj VI je od velikog značaja Strategija razvoja informacionog društva i informacione bezbednosti u Republici Srbiji za period od 2021. do 2026. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 86/21,

Izuzetak od navedenih načela dozvoljen je samo kada je predviđen zakonom, poštuje suštinu osnovnih prava i sloboda i predstavlja neophodnu i srazmernu meru za zaštitu predviđenih bitnih ciljeva od javnog interesa (npr. nacionalne bezbednosti, važnih ekonomskih i finansijskih interesa države) i zaštitu subjekta podataka ili prava i osnovnih sloboda drugih.

Srbija je 2018. usvojila Zakon o zaštiti podataka o ličnosti (*Službeni glasnik RS*, br. 87/18), koji je u usklađen sa Opštom uredbom, ali njegova praktična primena nosi izazove. Tako je, primera radi, postojanje legitimnog interesa za obradu podataka o ličnosti moguće široko i različito tumačiti. Stoga bi bilo korisno imati preciznija uputstva za konkretne situacije u praksi. To bi smanjilo rizik različitog tumačenja propisa i ohrabrilo ulaganja u razvoj VI.⁴⁴

Iako i pri tradicionalnom načinu odlučivanja u pojedinačnim stvarima nesumnjivo postoji određen stepen subjektivnosti donosioca odluke, u pogledu automatizovanog donošenja odluka, potrebno je pažljivo urediti zaštitu prava lica, imajući u vidu činjenicu da odluku ne donosi (u potpunosti) čovek, već mašina. Stoga, Konvencija 108+ predviđa pravo lica da se izjasni pri automatizovanom donošenju odluka. Ova odredba se ne primenjuje ako je odluka dopuštena zakonom koji propisuje ovaj način donošenja odluke i mere za zaštitu prava, sloboda i legitimnih interesa nosioca podataka. Takođe, prema Opštoj uredbi EU o zaštiti podataka zabranjeno je da subjekt podataka bude predmet odluke zasnovane isključivo na automatizovanom donošenju odluka. Ova odredba se ne primenjuje ako je odluka neophodna za sklapanje ili izvršenje ugovora, ako je dopuštena zakonodavstvom EU ili države članice (koje propisuje mere za zaštitu prava i legitimnih interesa subjekta podataka), ili se zasniva na izričitoj saglasnosti subjekta podataka. Ipak, u prva dva slučaja rukovalac podataka preduzima mere da zaštiti prava subjekta podataka, bar pravo da dobije ljudsku intervenciju od strane kontrolora, da izrazi svoje gledište i da ospori odluku. Automatizovane odluke se ne zasnivaju na osetljivim podacima, osim ako se subjekt podataka sa time saglasi ili je obrada neophodna iz razloga od suštinskog javnog interesa.⁴⁵

Konačno, na upotrebu VI može uticati i međunarodno i nacionalno zakonodavstvo koje reguliše digitalizaciju i upravljanje podacima kao što je Evropska uredba o upravljanju podacima, Uredba o digitalnim uslugama i Uredba o digitalnim tržištima iz 2022. godine.

kako po pitanju bezbednosnih izazova informaciono-komunikacionih sistema zasnovanih na VI, tako i po pitanju primene VI inteligencije u merama zaštite informacione bezbednosti.

⁴⁴ Strategija VI, 19.

⁴⁵ Inače, Konvencija 108+ i opšta Uredba o zaštiti podataka predviđaju pravne lekove i sankcije za kršenje njihovih odredaba, što podrazumeva i aspekt automatizovanog donošenja odluka.

PREDLOG UREDBE EU O VEŠTAČKOJ INTELIGENCIJI (UREDBA O VI)

Ciljevi Uredbe su da obezbedi da sistemi VI, koji se stavljaju i koriste na tržištu EU, poštuju važeće propise o bezbednosti i osnovnim pravima i vrednostima EU,⁴⁶ da poboljša upravljanje i delotvornu primenu ovih propisa, obezbedi pravnu sigurnost za ulaganja i inovacije u VI, olakša razvoj jedinstvenog tržišta za bezbedne i pouzdane aplikacije VI i spreči fragmentaciju tržišta. Uredba bi se primenjivala na dobavljače koji stavljaju na tržište ili u upotrebu sisteme VI u EU, korisnike (uključujući javne organe, agencije ili druga tela, u čijoj nadležnosti se sistem VI koristi), uvoznike i distributere, proizvođače koji stavljaju na tržište ili u upotrebu proizvode koji koriste sistem VI, kao i ovlašćene predstavnike dobavljača osnovane u EU.⁴⁷

Uredba utvrđuje usklađena pravila za plasiranje na tržište, stavljanje u funkciju i korišćenje sistema VI u EU, praćenje, nadzor i upravljanje tržištem, kao i mere podrške inovacijama. Pri tome, vrsta i sadržaj pravila su prilagođeni intenzitetu i obimu rizika koje sistemi VI mogu da generišu za osnovna prava. U vezi sa tim, zabranjene su aktivnosti VI koje predstavljaju neprihvatljiv rizik.⁴⁸ S druge strane, sistemi VI koji stvaraju visok rizik po zdravlje, bezbednost i osnovna prava su dozvoljeni, pod uslovom da ispunjavaju obavezne uslove⁴⁹ i *ex-ante* procenu usaglašenosti.

Pored toga, kod svakog novog proizvoda koji zahteva odobrenje/registraciju (npr. u zdravstvu), koji koristi VI, procena rizika korišćenja VI postaje deo procesa odobrenja/registracije, kako se ne bi duplirale procedure.

Konačno, određeni sistemi VI koji komuniciraju sa fizičkim licima ili stvaraju sadržaj mogu da predstavljaju specifične rizike u pogledu lažnog predstavljanja

⁴⁶ Kao što je Povelja Evropske unije o temeljnim pravima (Charter of Fundamental Rights of the European Union, *OJ C 364*, 18. 12. 2000).

⁴⁷ Uredba se ne bi primenjivala na sisteme VI u oblasti vojske, odbrane ili nacionalne bezbednosti, naučnog istraživanja, zatim istraživanja i razvoja sistema VI, kao i na lične neprofesionalne delatnosti fizičkih lica.

⁴⁸ Tako je npr. zabranjeno stavljanje na tržište ili u upotrebu, kao i korišćenje sistema VI koji primenjuju podsvesne tehnike ili koriste ranjivost grupe lica, sa ciljem ili dejstvom uticaja na ponašanje lica na način koji može da prouzrokuje fizičku ili psihičku povredu, kao i onih koji omogućavaju daljinsku biometrijsku identifikaciju u „realnom vremenu“, u javno dostupnim prostorima radi sprovođenja zakona, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim Uredbom.

⁴⁹ Projektovanje i razvoj ovih sistema mora da obezbedi transparentnost, razumevanje i upotrebu od strane korisnika, delotvoran nadzor njihove upotrebe od strane fizičkih lica, automatsko beleženje događaja tokom celokupnog funkcionisanja i neophodan stepen tačnosti, pouzdanosti i sajber bezbednosti.

ili obmane, nezavisno od toga da li se kvalifikuju kao visokorizični sistemi. Stoga će njihova upotreba biti podvrgnuta posebnim obavezama transparentnosti. Fizička lica će biti obavještena da su u interakciji sa sistemom VI, osim ako je to očigledno sa tačke gledišta razumno dobro obavještenog lica uzimajući u obzir okolnosti i kontekst korišćenja. Takođe, uzeće se u obzir karakteristike pojedinaca koji pripadaju ranjivim grupama. Korisnici, koji koriste sistem VI za generisanje ili manipulaciju slikovnim, audio ili video sadržajem koji podseća na postojeća lica, mesta ili događaje, treba da otkriju da je sadržaj veštački kreiran ili izmanipulisan, tako što će u skladu sa tim označiti rezultat VI i otkriti veštačko poreklo.

Nacionalni organi mogu da uspostave posebne regulatorne režime za razvoj, obuku, proveru i vrednovanje inovativnih sistema VI pre njihovog plasiranja na tržište i stavljanje u upotrebu, pod direktnim nadzorom, smernicama i podrškom ovih organa. Naime, na određenim tržištima i u određenim oblastima potrebno je uspostaviti fleksibilnije regulatorne režime, da bi se inovativna rešenja i poslovni modeli zasnovani na VI testirali pod kontrolisanim uslovima. Ovi režimi zovu se „regulatorni sanduci“ i predstavljaju okvir za uvođenje instituta koji omogućava proveru inovativnih rešenja bez administrativnih opterećenja ili dobijanja dozvola.⁵⁰

ODGOVORNOST U VEZI SA VEŠTAČKOM INTELIGENCIJOM

Jedno od ključnih pitanja u vezi sa proizvodnjom, stavljanjem u promet i korišćenjem softvera i proizvoda zasnovanih na VI, naročito ako se ona koristi u javnom interesu (s obzirom na potencijalne dimenzije posledica), pitanje je odgovornog subjekta, vrste odgovornosti koja se predviđa, kao i tereta dokazivanja štete i njenih uzroka. Da bi se obezbedilo da građani imaju koristi od novih tehnologija uz puno poštovanje vrednosti i načela EU, Evropska komisija se u Beloj knjizi iz 2020. o VI obavezala da usvoji pristup veštačkoj inteligenciji „orijentisan na čoveka“ i da se bavi rizicima povezanim sa upotrebom VI. Pravila o odgovornosti koja uređuju način naknade štete prouzrokovane ljudskim aktivnostima ili dobrima za koje se ljudi smatraju pravno odgovornim – pokazala su se naročito složenim za sprovođenje u kontekstu novih digitalnih tehnologija poput VI, interneta stvari i robotike.⁵¹

⁵⁰ U Srbiji su već uvedena najmanje dva ovakva režima: Narodna banka Srbije u oblasti platnih usluga (za proveru inovativnih rešenja bez pribavljanja dozvola pod određenim uslovima i na ograničenom broju korisnika) i Agencija za lekove i medicinska sredstva u oblasti zdravstva (u roku od 24 časa se odobrava uvoz neregistrovanih medicinskih sredstava za potrebe istraživanja i razvoja pod određenim uslovima, npr. za fakultete ili institute).

⁵¹ European Commission, Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, COM(2020) 64 final.

To je narušilo poverenje građana i privrednih subjekata u tehnologije VI. Dok ih potrošači generalno smatraju potencijalno korisnim za svakodnevni život, one se istovremeno doživljavaju kao rizične, što snižava stepen korišćenja.⁵² Takođe, prema istraživanju EU, 33% preduzeća smatra da je odgovornost za potencijalnu štetu jedan od glavnih spoljnih izazova za usvajanje VI.⁵³ Da bi se podstaklo poverenje u nove digitalne tehnologije i omogućila stabilnost ulaganja za korišćenje proizvoda i usluga VI, Evropska komisija predlaže razrešenje izazova vezanih za odgovornost.⁵⁴ Nova pravila o odgovornosti deo su šireg kruga inicijativa, uključujući predlog zajedničkih pravila koja se primenjuju na sve sisteme VI koji se stavljaju na tržište ili koriste u EU (Uredba o VI) i preispitivanje Direktive o opštoj bezbednosti proizvoda i Direktive o mašinama.

Postojeći okvir odgovornosti EU sastoji se od Direktive o odgovornosti za proizvode 85/374/EEC (DOP) i nacionalnih pravila o odgovornosti koja se paralelno primenjuju.

1) DOP harmonizuje režime objektivne odgovornosti za štetu prouzrokovanu potrošaču usled neispravnosti proizvoda. DOP se primenjuje na širok spektar proizvoda i postavlja zajednička pravila po kojima se proizvođač (i u nekim slučajevima dobavljač/prodavac) smatra odgovornim za štetu prouzrokovanu neispravnošću proizvoda, pod uslovom da oštećeni dokaže štetu, neispravnost i međusobnu uzročnu vezu.⁵⁵

2) Nacionalna pravila predviđaju različite načine za traženje naknade štete. Kod subjektivne odgovornosti, obično se zahteva dokazivanje postojanja štete,

⁵² European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Marius Mosoreanu, Daniela Ulicna, Stephan Paetz, Vlad Podobea, Manuel Schubert, Julia Stauf, Andrea Renda, Agnes Sipiczki, „Behavioural study on the link between challenges of artificial intelligence for Member States’ civil liability rules and consumer attitudes towards AI-enabled products and services“: Final Report, 2022, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0f738be1-5911-11ed-92ed-01aa75ed71a1/language-en>, 20. 10. 2023.

⁵³ T. Madieaga, op. cit., 2.

⁵⁴ European Commission, Commission Staff Working Document, „Impact assessment accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence“, SWD/2022/319 final, 2022 (AI liability directive impact assessment). V. takođe: European Commission, Inception impact assessment, Initiative: Adapting liability rules to the digital age and circular economy, 2021, Ref. Ares(2021)4266516 – 30/06/2021.

⁵⁵ European Commission, Inception impact assessment, Initiative: Adapting liability rules to the digital age and circular economy, 2021, Ref. Ares(2021)4266516 – 30/06/2021. DOP ne pokriva štetu nanetu imovini namenjenoj za profesionalnu upotrebu, štetu nastalu tokom pružanja usluge, štetu subjektima koji nisu fizička lica ili potraživanjima po osnovu neispravne upotrebe proizvoda. U tim slučajevima, oštećeni mogu dobiti naknadu u skladu sa nacionalnim pravilima o odgovornosti.

krivice odgovornog lica i uzročne veze između krivice i štete. Oštećeni može da podnese zahtev za naknadu štete na osnovu objektivne odgovornosti, kada obično mora samo da dokaže da se ostvario rizik koji proizlazi od odgovornog lica određenog zakonom (npr. operatera koji ima koristi od aktivnosti koja izlaže javnost riziku).

Izveštaj o proceni DOP-a iz 2018. godine identifikovao je nekoliko nedostataka u pogledu digitalnih tehnologija, a posebno VI. Prvo, digitalni sadržaj, softver i podaci su ključni za funkcionisanje novih proizvoda, ali nije jasno u kojoj meri se oni mogu klasifikovati kao proizvodi prema DOP-u, što izaziva pravnu nesigurnost u pogledu načina naknade štete uzrokovane softverom (uključujući njegovu ažuriranja) i odgovornog subjekta. Drugo, nove tehnologije uvode nove rizike (npr., rizik sajber bezbednosti), dok DOP predviđa naknadu samo za fizičku ili materijalnu štetu. Treće, specifične karakteristike VI (npr. nedostatak transparentnosti, kontinuirano prilagođavanje) znatno otežavaju ili čak onemogućavaju oštećenima da utvrde odgovorno lice i dokažu njegovu krivicu ili neispravnost i uzročnu vezu između krivice/neispravnosti i pretrpljene štete. Stoga, postoji rizik razilaženja u pristupima nacionalnih sudova, što može da dovede do daljeg fragmentisanja pravila o odgovornosti za štetu, pri čemu sudije moraju da tumače opšta pravila koja nisu osmišljena za VI.⁵⁶ Prema tome, privredni subjekti se suočavaju sa pravnom nesigurnošću zbog zastarelih i nejasnih pravila o odgovornosti EU i nacionalnih država, a lica koja su pretrpela štetu izazvanu proizvodima VI imaju teškoće u dobijanju naknade.⁵⁷

REFORMA OKVIRA ODGOVORNOSTI U EU KOJI SE PRIMENJUJE NA VI

Evropska komisija je predložila:

1) preispitivanje DOP⁵⁸ (septembar 2022. godine) radi modernizacije pravila o objektivnoj odgovornosti proizvođača za neispravne proizvode i obezbeđenja

⁵⁶ European Commission, Inception impact assessment, Initiative: Adapting liability rules to the digital age and circular economy, 2021, Ref. Ares(2021)4266516 – 30/06/2021.

⁵⁷ Akademaska javnost je, takođe, naglasila da postoje brojne praznine u trenutno važećoj Uredbi EU o potrošačima u pogledu rešavanja pitanja odgovornosti VI. Dok neki podržavaju harmonizaciju režima odgovornosti u pogledu štete u vezi sa VI, pravi pristup je predmet debate (v. Béatrice Schütte, Lotta Majewski, Katri Havu, „Damages Liability for Harm Caused by Artificial Intelligence – EU Law in Flux“, *Helsinki Legal Studies Research Paper*, No. 69, 2021; Gerhard Wagner, „Liability for Artificial Intelligence: A Proposal of the European Parliament“, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3886294, 17. 10. 2023.

⁵⁸ V. Stefano De Luca, EPRS – European Parliamentary Research Service, „New Product Liability Directive“, BRIEFING: EU Legislation in Progress, May 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI\(2023\)739341_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI(2023)739341_EN.pdf), 19. 10. 2023.

pravične naknade oštećenima. Cilj je i da se pomogne licima kojima je šteta prouzrokovana proizvodima sa VI da podnesu delotvorniji zahtev protiv proizvođača;⁵⁹

2) Direktivu o odgovornosti za veštačku inteligenciju (u daljem tekstu: DOVI) da bi uredila zahteve potrošača za odgovornost za štetu prouzrokovanu proizvodima i uslugama sa VI. Naime, Komisija je konstatovala da, iako je cilj nacrt a Uredbe o VI smanjenje rizika po bezbednost i osnovna prava, po izlasku na tržište sistemi VI i dalje mogu da prouzrokuju štetu, a nacrt ove Uredbe ne sadrži odredbe o odgovornosti za naknadu štete i ne predviđa naknadu za pričinjenu štetu. U vezi sa tim, predlog DOVI postavlja režim subjektivne odgovornosti u cilju naknade bilo koje vrste štete izazvane sistemima VI.⁶⁰ Pri tome, potrebno je imati u vidu da je polazna pozicija Parlamenta uspostavljanje zajedničkog režima objektivne odgovornosti za visokorizične samostalne sisteme VI. U naknadnoj Rezoluciji Parlament je naglasio da, iako visokorizični sistemi VI treba da potpadaju pod režim objektivne odgovornosti (u kombinaciji sa obaveznim osiguranjem), bilo koje druge aktivnosti, uređaji ili procesi vođeni sistemima VI koji uzrokuju štetu treba da ostanu predmet subjektivne odgovornosti.

Evropska komisija objavila je Predlog direktive o prilagođavanju pravila o vanugovornoj građanskoj odgovornosti veštačkoj inteligenciji (DOVI).⁶¹ Nova pravila imaju za cilj da obezbede da lica kojima su sistemi VI naneli štetu, uživaju isti nivo zaštite kao lica oštećena drugim tehnologijama.⁶² Predlog ima za cilj i da

⁵⁹ V. European Commission, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, COM/2022/495 final; European Commission, Press release: „New liability rules on products and AI to protect consumers and foster innovation“, 28. September 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5807, 19. 10. 2023; S. De Luca, op. cit.

⁶⁰ Nekoliko država članica EU razmatra ili planira zakonodavnu aktivnost o građanskoj odgovornosti za VI. Na primer, Finska i Portugal izrađuju propise o odgovornosti kod automatskog donošenja odluka. U SAD, Federalna trgovinska komisija je izdala smernice o VI 2021. godine, a brojne države su donele posebne zakone koji pomažu rešavanje odgovornosti povezanih sa automobilima koji se samostalno voze. Međutim, u SAD do danas ne postoji sveobuhvatno savezno zakonodavstvo o VI i rešavanju odgovornosti. V. European Commission, Joint Research Centre, Organisation for Economic Co-operation and Development, Vincent Van Roy, Fiammeta Rossetti, Karine Perset, Laura Galindo-Romero, *AI watch, national strategies on artificial intelligence – A European perspective*, Publications Office, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2760/069178>; S. De Luca, op. cit., 4.

⁶¹ European Commission, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability directive), COM/2022/496 final.

⁶² V. European Commission, Proposal for a 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, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD), Explanatory memorandum, 2.

smanji pravnu nesigurnost subjekata koji razvijaju ili koriste VI u pogledu izlaganja odgovornosti i spreči pojavu fragmentisanih prilagođavanja nacionalnih pravila o građanskoj odgovornosti specifičnih za VI.⁶³

Nova pravila bi se primenjivala na štetu koju prouzrokuju sistemi VI, bez obzira na to da li su prema Uredbi o VI definisani kao visokorizični.⁶⁴ DOVI ne bi uticala na postojeća pravila utvrđena drugim zakonodavstvom EU. DOVI se ne primenjuje u pogledu krivične odgovornosti, ali se primenjuje na odgovornost države, jer su državni organi predmet obaveza u Uredbi o VI.⁶⁵

Da bi se obezbedila usklađenost, DOVI upućuje na brojne ključne pojmove kao što su „sistem VI“, „sistem VI visokog rizika“, „provajder“ i „korisnik“ sadržane u nacrtu Uredbe o VI. Takođe, ona definiše „tužbu za naknadu štete“ kao vanugovorni građanskopravni zahtev zasnovan na krivici za naknadu štete prouzrokovane rezultatom sistema VI ili neuspехom takvog sistema da proizvede rezultat kada bi takav rezultat trebalo da proizvede.

DOVI bi, uz kumulativno ispunjenje određenih uslova, uspostavila oborivu „pretpostavku uzročnosti“, da bi se oštećenima olakšao teret dokazivanja štete koju je prouzrokovao sistem VI. Ovom pretpostavkom se uspostavlja uzročno-posledična veza između nepoštovanja obaveze dužne pažnje prema pravu Unije ili nacionalnom pravu (tj. krivica) i rezultata koje je proizveo sistem VI ili neuspеха sistema VI da proizvede rezultat koji je doveo do relevantne štete.⁶⁶ Međutim, ovaj pristup ne podrazumeva prebacivanje tereta dokazivanja na odgovorno lice, koje bi trebalo da dokaže da nisu ispunjeni uslovi odgovornosti. Naime, Komisija smatra da bi to

⁶³ Regulisanje putem direktive umesto uredbe izabrano je da bi se državama članicama ostavila izvesna fleksibilnost za prenošenje zakonodavstva, pošto bi pravila koja se direktno primenjuju bila suviše stroga u odnosu na obim deliktne odgovornosti, koja se zasniva na specifičnim i dugo uspostavljenim pravnim tradicijama.

⁶⁴ V. European Commission, Questions & Answers: AI Liability Directive, 28 September 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_5793, 20. 10. 2023.

⁶⁵ V. European Commission, Questions & Answers: AI Liability Directive, 28 September 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_5793, 11. Predložena direktiva ne utiče na postojeća pravila koja regulišu uslove odgovornosti u sektoru saobraćaja i na ona propisana Uredbom o digitalnim uslugama.

⁶⁶ Pojedini autori dovode u pitanje mogućnost da režim subjektivne odgovornosti pojednostavi zahteve oštećenih, čak i uz pretpostavku uzročnosti. Oni tvrde da sistemi VI mogu da budu veoma složeni da, čak i kada se korisnik pridržava obaveze dužne pažnje, šteta i dalje može da nastane i nije jasno ko će za nju biti odgovoran i po kom osnovu. V. Alexandre Lodie, Stephanie Celis J., Theodoros Karathanasis, „Towards a New Regime on Civil Liability for AI Systems: Comment on the European Commission Proposals“, 14 October 2022, <https://ai-regulation.com/eu-commission-proposals-on-ai-civil-liability/>, 20. 10. 2023.

izložilo dobavljača, operatera i korisnika sistema VI većim rizicima odgovornosti, što bi ometalo inovacije kod proizvoda i usluga sa VI.⁶⁷ Umesto toga, oštećeni bi i dalje snosio teret dokazivanja, ali bi pretpostavka uzročnosti rezultirala ublažavanjem tereta dokazivanja načina ili uzroka proizvodjenja štete od strane sistema VI, odnosno dokazivanja unutrašnjeg funkcionisanja sistema VI.⁶⁸

Veliki broj lica potencijalno uključenih u dizajn, razvoj, primenu i rad visokorizičnih sistema VI, otežava tužiocima da odrede lice odgovorno za štetu i dokažu uslove za naknadu štete. Da bi im pomogla da pristupe relevantnim dokazima, DOVI bi dala nacionalnim sudovima ovlašćenje da nalože otkrivanje dokaza o visokorizičnim sistemima VI za koje se sumnja da su prouzrokovali štetu.⁶⁹ Tako bi kompanije odgovorne za visokorizične sisteme VI bile dužne da obelodane brojne informacije, uključujući specifičnu dokumentaciju, informacije i zahteve za evidentiranje.⁷⁰ Zahtev bi se uputio dobavljaču, odnosno licu koje podleže obavezama dobavljača ili korisniku sistema VI. Tužilac bi morao da priloži dovoljno dokaza i uloži srazmeran napor da pribavi dokaze od tuženog. Takođe, tužilac bi mogao da zahteva otkrivanje dokaza od dobavljača ili korisnika koji nisu tuženi, ali samo kada su svi srazmerni pokušaji da se prikupe dokazi od tuženog bili neuspešni. Pored toga, DOVI bi predvidela i da sud može da naloži i čuvanje takvih dokaza. Sudovi bi morali da razmotre i legitimne interese svih strana (uključujući treće strane)

⁶⁷ *Ibidem*. V. takođe, European Commission, Proposal for a 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, COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD), Explanatory memorandum, 6.

⁶⁸ Glavno udruženje EU za zaštitu potrošača kritikuje predlog da se potrošačima stavi teret odgovornosti da dokažu krivicu operatera, zbog stepena neprozirnosti i složenosti sistema VI. Dheu, De Bruyne i Ducuing ukazuju na brojne pozitivne elemente nacarta – subjektivna odgovornost, usklađivanje sa Uredbom o VI i prostor ostavljen nacionalnom pravu. Međutim, ističu i nejasnoće nekih ključnih pojmova koji će se primenjivati u skladu sa nacionalnim pravom i zavisiti od rizika tumačenja domaćih sudija (npr. pojmovi „krivica“ i „dužna pažnja“ ili „korisnik“). Takođe, pitanje ispunjenosti uslova „razumno verovatno“, počivalo bi na subjektivnoj proceni domaćih sudija. To može da utiče na pravnu sigurnost i izazove fragmentaciju u zavisnosti od nacionalnih tradicija deliktnog prava. Pored toga, oni tvrde da bi oštećeni i dalje mogli da imaju teškoće u dokazivanju zahteva za odgovornošću uprkos pretpostavci uzročnosti. Stoga pozivaju na jasniju raspodelu uloga, bolje objašnjenje osnovnih pojmova i bavljenje tehničkom ekspertizom i finansijskim resursima potrebnim oštećenima da dokažu svoje zahteve. V. Orian Dheu, Jan De Bruyne, Charlotte Ducuing, „The European Commission’s Approach to Extra-Contractual Liability and AI – A First Analysis and Evaluation of the Two Proposals“, October 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4239792.

⁶⁹ V. European Commission, Questions & Answers: AI Liability Directive, 28 September 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_22_5793.

⁷⁰ T. Madiega, op. cit., 7.

i zaštitu poslovnih tajni i poverljivih informacija (npr. o javnoj ili nacionalnoj bezbednosti). Ukoliko tuženi ne ispoštuje nalog suda da otkrije ili sačuva dokaze kojima raspolaže, sud bi imao pravo da pretpostavi da je dokaz bio namenjen dokazivanju nepoštovanja relevantne obaveze dužne pažnje, a tuženi bi imao pravo da pobije tu pretpostavku.⁷¹

Nacrt DOVI ostavlja određeno polje procene i tumačenja pravnim sistemima država članica. Direktiva bi postavila pravila EU za pretpostavku uzročnosti, ali ne bi usaglasila pravila o strani koja snosi teret dokazivanja ili stepenu sigurnosti koji je potreban u pogledu standarda dokazivanja. Ovo ostaje u predmet nacionalnih zakona država članica.⁷² Štaviše, predložena direktiva prati pristup minimalne harmonizacije, što bi omogućilo podnosiocima zahteva da se pozivaju na povoljnija pravila nacionalnog zakona (npr. prebacivanje tereta dokazivanja prema režimima zasnovanim na subjektivnoj ili objektivnoj odgovornosti), na primer u slučajevima štete uzrokovane sistemima VI.⁷³

DILEME U VEZI SA PRAVNIM SUBJEKTIVITETOM SISTEMA VI

U Rezoluciji iz 2017. o pravilima građanskog prava o robotici, Evropski parlament je pozvao Komisiju da istraži mogućnost da se najsofisticiranijim samostalnim robotima dodeli status elektronskih lica (blizak pojmu „pravne ličnosti“), tako da oni mogu da budu odgovorni za štetu koju prouzrokuju. Određeni broj naučnika iz ove oblasti odbacio je potrebu za usvajanjem takvog pristupa,⁷⁴ naglašavajući da bi davanje pravnog subjektiviteta VI imalo za posledicu prebacivanje odgovornosti

⁷¹ Deo tehnološke industrije brine da bi predložena pravila mogla negativno da utiču na inovacije. Udruženje za aplikacije naglašava da će predložena pravila naneti štetu poslovanju i dovesti do velikih zahteva za odgovornošću i nepotrebno povećanih troškova poslovanja i osiguranja. *MedTech Europe* dovodi u pitanje potrebu za stvaranjem posebne direktive za građansku odgovornost za sisteme VI i naglašava da su pretpostavke navedene u čl. 4 previše široke. V. *MedTech Europe, MedTech Europe Feedback on the European Commissions proposal for a Directive on Liability rules for Artificial Intelligence (The Artificial Intelligence Liability Directive – AILD)*, 24 November 2022, https://www.medtecheurope.org/wp-content/uploads/2022/12/medtech-europe_feedback-on-the-european-commissions-proposal-for-a-directive-on-liability-rule-for-artificial-intelligence_november_2022.pdf, 20. 10. 2023.

⁷² V. T. Madiega, op. cit., 7.

⁷³ *Ibidem*, 8.

⁷⁴ V. naročito: European Commission, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Technologies, 2019, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2020/01-09/AI-report_EN.pdf, 20. 10. 2023.

na sisteme VI i zaštitu ljudi od posledica njihovog ponašanja. Međutim, prema drugim stručnjacima, predloženo prilagođavanje tradicionalnih politika o objektivnoj i subjektivnoj odgovornosti kontekstu usluga i proizvoda VI, verovatno neće biti dovoljno, posebno kada nijedan čovek nije odgovoran za štetu ili kada oštećeni nije u stanju da identifikuje lice koje je počinilo štetu. Tempo tehnološkog razvoja mogao bi da zahteva od zakonodavaca da preduzmu nove radikalne pristupe, što obuhvata davanje pravnog statusa sistemima VI, uključujući pripisivanje pravnog subjektiviteta VI.⁷⁵ Na taj način, studija Evropskog parlamenta iz 2020. o VI i građanskoj odgovornosti naglašava da mogu da postoje slučajevi, sada ili u budućnosti, kada bi bilo razumno pripisati mašini neki oblik pravnog statusa.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

U vezi sa kreiranjem i korišćenjem VI, u okolnostima u kojima su nedovoljno poznate brojne činjenice, pravci mogućeg razvoja, rizici koje ona donosi, subjekti koji bi trebalo da snose odgovornost za negativne posledice koje VI može da prouzrokuje – ključnu ulogu ima država. Ona mora u potpunosti da razume i predvidi sve navedene aspekte, kako bi usmerila razvoj i korišćenje VI u smeru njene potencijalno velike koristi u svim oblastima društvenog života, uz istovremeno sprečavanje ili smanjivanje potencijalno enormnih rizika i negativnih posledica njenog korišćenja. U vezi sa tim, potrebno je imati u vidu da trenutno dve trećine očeva VI smatra da je ona rizična za ljude. Takođe, ključni princip bi trebalo da bude da je VI sredstvo podrške u donošenju odluka, a ne da na tom planu zamenjuje ljude. Na taj način bi se obezbedilo da ljudi i dalje usmeravaju i kontrolišu proizvode i usluge zasnovane na VI. To je od velikog značaja sa aspekta (individualizovane) odgovornosti subjekata koji učestvuju u procesu izrade i korišćenja VI, ali i zaštite prava i bezbednosti ljudi.

VI ima značajan uticaj na javnu upravu u svim njenim dimenzijama. Najpre, ona može da podrži utvrđivanje javne politike kroz obradu ogromne količine podataka i sposobnost da doprinese predviđanju budućih događaja. Osim toga, da bi se ispunila očekivanja građana, već postoje analize osećanja/stavova, koje omogućavaju tehnike merenja mišljenja građana, kao što su kvantifikacija mišljenja građana putem društvenih mreža. Zatim, VI može da učestvuje u postupcima donošenja odluka u pojedinačnim postupcima. U tom smislu, SPO unapređuje aktivnosti donošenja odluka i pomaže javnim službenicima da optimizuju i personalizuju javne

⁷⁵ V. na primer: Ugo Pagallo, „The way ahead on AI liability issues – Will the developing EU liability framework for regulating AI prove sufficient?“, Ada Lovelace Institute, 20 October 2022, <https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/the-way-ahead-on-ai-liability/>, 20. 10. 2023.

usluge, što, takođe, ima veliki uticaj na kvalitet građana života (npr. kroz korišćenje virtuelnih asistenata). Ogroman je potencijalni uticaj na zapošljavanje u javnoj upravi, zamenjivanjem ljudi na jednostavnim repetitivnim poslovima, kao i zahtevanjem novih kompetencija zaposlenih za upravljanje složenim sistemima VI. U tom smislu potreban je sveobuhvatan odgovor sistema obrazovanja na svim nivoima. Takođe, organizacioni model javne uprave moraće da se prilagodi digitalnom okruženju i savremenim tehnologijama VI.

Uprkos brojnosti i raznovrsnosti tehnoloških novina i recepata za njihovu primenu, VI se suočava sa izazovima povezanim sa privatnošću i poverenjem građana. Stoga će javna uprava morati da odgovori i na brojne izazove i rizike koje donose proizvodi i usluge zasnovane na VI. Pokreću se brojna etička i pravna pitanja, koja su naročito vidljiva na primeru samostalnih sistema naoružanja koje u potpunosti kontroliše VI, tako da mogu da oduzmu život bez ljudske odluke. Naime, privatne kompanije nastoje da pobeđu u trci u naoružanju za uspostavljanje generičke VI, koja nije ograničena na prepoznavanje samo određenih stvari, jer bi time uspeli da osvoje celo tržište („pobednik dobija sve“). To zaista predstavlja snažan podsticaj za investicije u istraživanje i razvoj u generičku VI. Međutim, postoji opasnost da se, zbog želje za brzom pobedom, zanemare rizici ljudske bezbednosti. Stoga bi trebalo podsticati kompanije davanjem nagrade za njihov trud u pojedinim etapama, čak i ako na kraju ne pobeđu, da bi više ulagali u bezbedne solucije. Takođe, u ovoj i u drugim oblastima trebalo bi podsticati kompanije da ulažu u modele VI koji su etički pouzdani – npr. na taj način što država sa kompanijama kofinansira ulaganja u etičke solucije.

U vezi sa navedenim, za uspešan razvoj i korišćenje VI potrebno je obezbediti ključne preduslove. Najpre, neophodno je imati u vidu da je digitalizacija pretpostavka za VI – da se papirni dokumenti pretvore u digitalnu formu. Zatim, to su odgovarajuća infrastruktura i dostupnost podataka kao resursa, ali i pravni okvir koji će omogućiti istraživanje, razvoj i korišćenje društveno korisnih rešenja zasnovanih na VI, istovremeno sprečavajući zloupotrebu ove tehnologije i obezbediti etičnost i zaštićenost pojedinca.⁷⁶ Takođe, potrebno je sprovesti nova istraživanja za unapređenje teorijskog razumevanja uticaja VI na javnu upravu i pojačati argumente Barta i Arnolda,⁷⁷ koji su istakli da „stvarnu opasnost od VI u državi predstavljaju istraživači odvojeni od sveta naučnika i praktičara javne uprave i angažovani u raspravama o donošenju tehnoloških odluka bez razumevanja

⁷⁶ Strategija VI, 11.

⁷⁷ Thomas Barth, Eddy Arnold, „Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Implications for Public Administration“, *The American Review of Public Administration*, No. 4, Vol. 29, 1999, 349.

implikacija za upravljanje državom“. Razvoj i korišćenje VI podrazumeva interdisciplinarni pristup i temeljno sagledavanje svih aspekata ove pojave, radi potpunog ostvarenja potencijalnih prednosti i izbegavanja mogućih opasnosti, od kojih je najveća da ljudi odluče da prestanu da sebe razvijaju, što je siguran put u prestanak svrhe njihovog postojanja.

Prof. Dr. DOBROSAV MILOVANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE PUBLIC INTEREST
– OPPORTUNITIES, CHALLENGES AND LIABILITY

Summary

The paper focuses on opportunities and risks brought about by the use of Artificial Intelligence (AI) in the public sector. It firstly clarifies the potentialities of different AI technics, underlying the lack of consensus on the definition of AI and the necessity to reach a common definition as a precondition for its regulation. It then addresses current and potential applications of AI systems in the public administration analysing the main challenges of such uses for law and society. The fundamental limits to the deployment of AI in the public sector currently applicable are presented, including the respect of human rights and general principles of administrative law as well as the compliance with the regulation on personal data protection, and the main features of the draft of EU regulation of AI currently under discussion are addressed. The paper further concentrates on the shortcomings of the current systems of liability in protecting against the damages caused by the use of AI systems and analyses the reform package proposed by the EU Commission and the EU Parliament with the aim of addressing those problems. In conclusion, recommendations for a gradual introduction of AI in the public sector in the Republic of Serbia are provided, stressing the importance of debate and further interdisciplinary research in the field in order to gain a better understanding of the implications of such uses on public administration and thus to allow for a development which takes advantage from the enormous opportunities offered by new technologies without putting unbearable risks for individuals and society.

Key words: artificial Intelligence, public administration, personal data protection, liability, EU regulation

Literatura

Abbate T., Bassano C., Coppola A. M., Miranda S., Rarità L., „A Knowledge-based Decision Support System for the Service Quality Improvement in Organizations“, 7th International Workshop of Information Logistics and Knowledge Supply, 13th International Conference on Perspectives in Business Informatics Research, Lund, Sweden, September 23–25, 2014, *Workshop Proceedings* (eds. Kurt Sandkuhl, Ulf Seigerroth), 2014.

- Agarwal P. K., „Public Administration Challenges in the World of AI and Bots“, *Public Administration Review*, No. 6, Vol. 78, 2018.
- Barth T., Arnold E., „Artificial Intelligence and Administrative Discretion: Implications for Public Administration“, *The American Review of Public Administration*, No. 4, Vol. 29, 1999.
- Bini S. A., „Artificial Intelligence, Machine Learning, Deep Learning, and Cognitive Computing: what do these terms mean and how will they impact health care?“, *The Journal of Arthroplasty*, No. 8, Vol. 33, 2018.
- Boyd M., Wilson N., „Rapid Developments in Artificial Intelligence: How Might the New Zealand Government Respond?“, *Policy Quarterly*, No. 4, Vol. 13, 2017.
- Bundin M., Martynov A., Aliev Y., Kutuev E., „Legal Aspects of the Use of AI in Public Sector“, *Digital Transformation and Global Society* (eds. Daniel A. Alexandrov, Alexander V. Boukhanovsky, Andrei V. Chugunov, Yury Kabanov, Olessia Koltsova), DTGS 2018, Communications in Computer and Information Science, Vol. 858, Springer, Cham 2018.
- Bundin M., Martynov A., Shireeva E., „On the Way to Legal Framework for AI in Public Sector“, *Proceedings of the 11th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance*, ACM, 2018.
- Cath C., Wachter S., Mittelstadt B., Taddeo M., Floridi L., „Artificial Intelligence and the 'Good Society': The US, EU and UK approach“, *Science and Engineering Ethics*, Vol. 24, 2018.
- Corallo A., Fortunato L., Matera M., Alessi M., Camillò A., Chetta V., Giangreco E., Storelli D., „Sentiment Analysis for Government: An Optimized Approach“, *Machine Learning and Data Mining in Pattern Recognition* (ed. Petra Perner), 11th International Conference, MLDM 2015, Hamburg, Germany, July 20–21, 2015, Proceedings, Springer, Cham, 2015.
- Corvalán J. G., „Digital and Intelligent Public Administration: Transformations in the Era of Artificial Intelligence“, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, No. 71, Vol. 18, 2018.
- De Luca S., EPRS – European Parliamentary Research Service, „New Product Liability Directive“, BRIEFING: EU Legislation in Progress, May 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI\(2023\)739341_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739341/EPRS_BRI(2023)739341_EN.pdf).
- Dheu O., De Bruyne J., Ducuing Ch., „The European Commission's Approach to Extra-Contractual Liability and AI – A First Analysis and Evaluation of the Two Proposals“, October 2022, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4239792.
- Kouziokas G. N., „Artificial Intelligence and Crime Prediction in Public Management of Transportation Safety in Urban Environment“, *Proceedings of the 3rd Conference on Sustainable Urban Mobility*, Volos, Greece, 2016.
- Lodie A., Celis J. S., Karathanasis T., „Towards a New Regime on Civil Liability for AI Systems: Comment on the European Commission Proposals“, 14 October 2022, <https://ai-regulation.com/eu-commission-proposals-on-ai-civil-liability/>.

- Madiega T., BRIEFING: EU Legislation in Progress: Artificial intelligence liability directive, EPRS – European Parliamentary Research Service, 2023, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf).
- Makridakis S., „The Forthcoming Artificial Intelligence Revolution: Its Impact on Society and Firms“, *Futures*, Vol. 90, 2017.
- Michael Nielsen, *Neural Networks and Deep Learning*, Determination Press, 2015.
- Pagallo U., „The way ahead on AI liability issues – Will the developing EU liability framework for regulating AI prove sufficient?“, Ada Lovelace Institute, 20 October 2022, <https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/the-way-ahead-on-ai-liability/>.
- Reis J., Santo P. E., Melão N., „Artificial Intelligence in Government Services: A Systematic Literature Review“, *New Knowledge in Information Systems and Technologies* (eds. Álvaro Rocha, Hojjat Adeli, Luís Paulo Reis, Sandra Costanzo), WorldCIST 2019, Advances in Intelligent Systems and Computing, Vol. 930, Springer, Cham, 2019.
- Reis J., Santo P. E., Melão N., „Impacts of Artificial Intelligence on Public Administration: A Systematic Literature Review“, *2019 14th Iberian Conference on Information Systems and Technologies (CISTI)*, Coimbra, Portugal, 2019.
- Russel S., Hauert S., Altman R. B., Veloso M., „Ethics of Artificial Intelligence“, *Nature*, No. 7553, Vol. 521, 2015.
- Russell S., Norvig P., *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, 1995.
- Schütte B., Majewski L, Havu K., „Damages Liability for Harm Caused by Artificial Intelligence – EU Law in Flux“, *Helsinki Legal Studies Research Paper*, No. 69, 2021.
- Shen H., Hu J., Zhao J., Dong J., „Ontology Based Modeling of Emergency Incidents and Crisis Management“, *ISCRAM 2012 Conference Proceedings book of papers* (eds. Leon Rothkrantz, Jozef Ristvej, Zeno Franco), 9th International Conference on Information Systems for Crisis Response and Management, Vancouver, Canada, 2012.
- Sivarajah U., Lee H., Irani Z., Weerakkody V., „Forecasting Smart Cities through ICT Driven Policy-Making: Expected Outcomes and Impacts of DAREED Project“, *International Journal of Electronic Government Research*, No. 3, Vol. 10, 2014.
- Stajic J., Stone R., Chin G., Wible B., „Rise of the Machines“, *Science*, No. 6245, Vol. 349, 2015.
- Stanek S., Drosio S., „Intelligent Computer Support for Crisis Management“, *Intelligent Decision Technologies*, No. 1, Vol. 8, 2014.
- Thangam D., Sathish, A-S, „Transforming Indian Industries through Artificial Intelligence and Robotics in Industry 4.0“, *International Journal of Mechanical Engineering and Technology*, No. 10, Vol. 9, 2018.
- Veale M., Van Kleek M., Binns R., „Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-stakes Public Sector Decision-Making“, *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Paper No. 440, ACM, 2018.

- Voulodimos A., Doulamis N., Doulamis A., Protopapadakis E., „Deep Learning for Computer Vision: A Brief Review“, *Computational Intelligence and Neuroscience*, Vol. 2018, 2018.
- Wagner G., „Liability for Artificial Intelligence: A Proposal of the European Parliament“, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3886294.
- Wirtz B. W., Weyerer J. C., Geyer C., „Artificial Intelligence and the Public Sector – Applications and Challenges“, *International Journal of Public Administration*, No. 7, Vol. 42, 2019.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZORAN LONČAR

PRAVOSUDNI ISPIT KAO POSEBNA VRSTA STRUČNOG ISPITA U UPRAVI

Pravosudni ispit za diplomirane pravnike predstavlja najvažniju vrstu ispita koju bi trebalo da polažu nakon završetka pravnih studija. Uprkos velikoj važnosti koju ova vrsta stručnog ispita ima za kvalitetan rada diplomiranih pravnika u brojnim pravnim profesijama, pravni režim pravosudnog ispita je u Srbiji danas neadekvatno pravno uređen, propisima koji su stari više od četvrt veka. Stoga bi nakon uspostavljanja novog ustavno-pravnog okvira u oblasti pravosuđa, usvajanjem ustavnih amandmana i seta pravosudnih zakona, na red trebalo da dođe i reforma pravosudnog ispita, a neka od zakonskih rešenja iz država regiona, koje su odavno preuredile i unapredile svoj pravni režim ove vrste stručnog ispita, mogla bi da posluže kao dobar uzor.

Ključne reči: uprava, reforma uprave, stručni ispiti, pravosudni ispit

UVODNE NAPOMENE

Provera stepena stručne osposobljenosti kandidata postalo je pravilo prilikom prijema u radni odnos u gotovo svim oblastima društvenog života. Položen odgovarajući stručni ispit predstavlja bitan zakonski uslov za rad na mnogim radnim mestima.¹ Organizovanje i sprovođenje različitih vrsta stručnih ispita je značajna aktivnost

Prof. dr Zoran Lončar, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, e-mail: z.loncar@pf.uns.ac.rs. Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

¹ V. Zorica Vukašinić-Radojčić, „Evropski principi zapošljavanja javnih službenika“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2012, 299–313; Dejan Vučetić, Zorica Vukašinić-Radojčić, Ivana Krstić-Mistrizdelović, „Razvoj službeničkog zakonodavstva i obrazovanja u Srbiji – istorijske i savremene

brojnih organa uprave.² Organi uprave danas organizuju i sprovode različite vrste stručnih ispita koji su neophodan uslov za rad ne samo u upravi, već i u različitim društvenim oblastima, poput: ekologije, građevinarstva, finansija, energetike, saobraćaja, turizma, zdravstva, prosvete itd.³ Sa uvećanjem broja i vrsta stručnih ispita koje uprava organizuje i sprovodi javila se potreba za značajnijom normativnom aktivnošću u ovoj oblasti rada uprave radi njenog sistemskog uređenja. Uprkos tome što je poslednjih godina doneto nekoliko podzakonskih propisa⁴ za oblast stručnih ispita u upravi se i dalje može reći da je sistemski neuređena i da zahteva značajnu reformu.⁵

Jedna od brojnih oblasti u kojima se sreću stručni ispiti koje organi uprave organizuju i sprovode jeste i oblast pravosuđa. Između različitih vrsta stručnih ispita koji postoje u ovoj oblasti svakako da najvažniji ispit predstavlja pravosudni ispit. Pravosudni ispit je poseban stručni ispit koji je danas neophodan uslov za rad ne samo u pravosuđu, već i u brojim pravosudnim profesijama, poput advokature, javnog beležništva, javnog pravobranilaštva, javnih izvršitelja itd. Usled specifičnog odnosa sa državnim stručnim ispitom, ova vrsta posebnog stručnog ispita je za diplomirane pravnike i najčešći osnov za zasnivanje radnog odnosa u organima uprave, s obzirom na to da položen pravosudni ispit zamenjuje obavezu polaganja državnog stručnog ispita. Stoga se sa punim pravom može reći da za diplomirane pravnike pravosudni ispit predstavlja najvažniju vrstu ispita koju treba da polažu nakon završetka pravnih studija.

Uprkos velikoj važnosti koju ima za kvalitet rada diplomiranih pravnika u brojnim pravnim profesijama, pravni režim pravosudnog ispita je neadekvatno

tendencije“, *Teme*, br. 1, Niš, 2019, 109–132; Aleksandar Martinović, „Službeničko pravo u Srbiji na razmeđu vekova – savremene tendencije u razvoju službeničkog sistema i izbor državnih službenika“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017, 1589–1605; Aleksandra Rabrenović, Zorica Vukašinić-Radojčić, „Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2010, 421–435.

² V. Jasmina Benmansur, „Upravno postupanje u oblasti stručnih ispita i (e)upravnoprocesna reforma“, *Pravna riječ*, br. 62, Banja Luka, 2020, 241–260.

³ U ovim oblastima uprava organizuje i sprovodi ispite za različite vrste licenci koji predstavljaju uslov za obavljanje različitih vrsta poslova u mnogobrojnim strukama, poput: inženjera, revizora, tumača, prevodioca, vaspitača, nastavnika, bibliotekara, vozara, turističkog vodiča itd. V. Zoran Lončar, „Stručni ispiti kao element profesionalizacije uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2021, 467–493.

⁴ V. Uredba o državnom stručnom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 86/19; Uredba o stručnom osposobljavanju pripravnika i polaganju stručnog ispita u Ministarstvu unutrašnjih poslova, *Službeni glasnik RS*, br. 38/20; Uredba o izmenama i dopunama Uredbe o državnom stručnom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 48/23.

⁵ V. Zoran Lončar, „Prilog reformi stručnih ispita u upravi“, *Sudski postupak – pravda i pravičnost*, tom I, Kopaonička škola prirodnog prava, Kopaonik, 13–17. decembar 2022, 637–652.

pravno uređen. Pored zastarelog ispitnog programa, neodgovarajućeg načina izbora ispitnih komisija, u praksi se sreću i mnoga odstupanja od zakonom propisane procedure po kojoj bi trebalo da se polaže ova vrsta ispita, koje njegovu zakonitost u značajnom meri dovode u pitanje.⁶ Stoga je u cilju osavremenjivanja ove vrste stručnog ispita u skladu sa savremenim potrebama pravosudnih profesija više nego neophodna njegova značajna reforma. U radu ćemo ukazati na dosadašnji razvoj pravnog režima pravosudnog ispita kod nas i uporednim pregledom pokušati da pružimo primere koji bi mogli da posluže kao uzor za reformu ove vrste stručnog ispita.

NASTANAK I RAZVOJ PRAVOSUDNOG ISPITA U SRBIJI

Pravosudni ispit kod nas ima tradiciju dugu već više od pola veka. Po prvi put je u pravni sistem pravosudni ispit uveden *Osnovnim zakonom o pravosudnom ispitu* Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije 1967. godine.⁷ U cilju detaljnijeg uređenja pravnog režima iste godine je tadašnja Socijalistička Republika Srbija donela svoj Zakon o polaganju pravosudnog ispita i obavljanju prakse u sudovima,⁸ a na osnovu njega i Pravilnik o načinu rada ispitnih komisija, sadržaju zapisnika i obliku i sadržini uverenja o položenom pravosudnom ispitu.⁹ Navedenim propisima uspostavljen je koncept jedinstvenog stručnog ispita za sve pravosudne profesije koji je zadržan i do danas. Do tada su postojali samo posebni *sudijski* i *advokatski* ispiti čiji su pravni režimi bili uređeni posebnim propisima o sudovima, odnosno o advokaturi.

Novouvedeni pravosudni ispit se sastojao iz *pismenog* i *usmenog dela*, i to od ukupno šest ispitnih predmetima, koje su činili: Krivično pravo (materijalno i procesno), Građansko pravo (materijalno i procesno), Privredno pravo, Upravno pravo, Radno pravo i Ustavni sistem i organizacija pravosuđa. Pri tome su Krivično i Građansko pravo pored usmenog dela imali i pismeni deo koji su se polagali u dva uzastopna dana.

Za organizovanje i sprovođenje pravosudnog ispita, bio je nadležan Republički sekretarijat za pravosuđe i opštu upravu, a za teritoriju autonomnih pokrajina pokrajinski organi uprave (sekretarijati) nadležni za poslove pravosuđa. Ispitna komisija se

⁶ V. Zoran Lončar, „Reforma stručnih ispita u upravi“, *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, Novi Sad, 19. februar 2021, 52–53.

⁷ Osnovni zakon o pravosudnom ispitu, *Službeni list SFRJ*, br. 15/67.

⁸ Zakon o polaganju pravosudnog ispita i obavljanju prakse u sudovima, *Službeni glasnik SRS*, br. 49/67.

⁹ Pravilnik o načinu rada ispitnih komisija, sadržaju zapisnika i obliku i sadržini uverenja o položenom pravosudnom ispitu, *Službeni glasnik SRS*, br. 43/68.

sastojala od predsednika i pet članova, koje su iz reda istaknutih pravnika imenovali republički sekretar, odnosno starešine pokrajinskog organa uprave nadležnog za pravosuđe. Predsednik i članovi Komisije su mogli da imaju jednog ili više zamenika.

U to vreme su uspostavljena i osnovna procesna pravila za sprovođenje ispita koja su u osnovi ostala neizmenjena do danas. Usmeni deo ispita se polagao pred celom Ispitnom komisijom, a pismenom delu ispita su morali da prisustvuju ne samo član Ispitne komisije koji je bio određen za ispitivača za predmet iz koga se polagao pismeni deo ispita, već i njegov zamenik i zapisničar. Ispitna komisija je uspeh kandidata mogla da oceni sa ocenom „položio“ ili „nije položio“, a ukoliko kandidat nije zadovoljio iz jednog ili najviše dva predmeta mogao je da bude ponovo ispitan iz tih predmeta u roku koji nije mogao biti kraći od dva niti duži od šest meseci, računajući od prethodnog polaganja. Ukoliko se kandidat nije javio u vreme određeno za ponovno ispitivanje ili nije zadovoljio na ponovnom ispitnu, smatralo se da ispit nije položio. U tom slučaju kandidat je pravosudni ispit mogao ponovo da položi u roku od šest meseci od prethodnog polaganja. Tada su bila uspostavljena i pravila po kojima kandidat nije položio pravosudni ispit u slučaju ako ne pristupi u određeno vreme na polaganje ispita ili pre početka pismenog dela ispita izjavi da odustaje od ispita ili započne ispit pa zbog bolesti ili drugih opravdanih razloga bude sprečen da ispit nastavi, kao i ako kandidat odustane u toku polaganja ispita ili odbije da preda pismeni zadatak.

Zakonom o pravosudnom ispitnu iz 1971. godine,¹⁰ i na osnovu njegova donetog Pravilnika o programu i načinu polaganja pravosudnog ispita,¹¹ donekle je inoviran pravni režim ove vrste stručnog ispita, ali bez suštinskih izmena. Najvažnije promene ticale su se izostavljanja nadležnosti pokrajinskih organa uprave za organizaciju i sprovođenje pravosudnog ispita. Time je u pogledu ove vrste poslova uprave izvršena centralizacija u korist republičke uprave. U pogledu sastava Ispitne komisije promena se ogledala samo u izostavljanju zakonske mogućnosti za imenovanje zamenika predsednika i člana Komisije. U ovom periodu svakako najvažniju novinu predstavlja donošenje navedenog Pravilnika, kojim je kao podzakonskim aktom uređen program pravosudnog ispita, u vidu gradiva, pravnih izvora i literature za svaki od ispitnih predmeta, što je bilo od posebnog značaja za izvesnost kandidata prilikom pripreme ispitne materije. Takođe, vredno pominjanja je bilo i novo pravilo da se predsednik i članovi Komisije mogu imenovati samo iz reda istaknutih diplomiranih pravnika koji rade na pravnim poslovima iz oblasti iz kojih se polažu predmeti na ovoj vrsti stručnog ispita.

¹⁰ Zakon o pravosudnom ispitnu, *Službeni glasnik SRS*, br. 51/71.

¹¹ Pravilnik o programu i načinu polaganja pravosudnog ispita, *Službeni glasnik SRS*, br. 26/79.

Zakonodavnim revizijama iz 1981. godine¹² i 1989. godine¹³ izvršene su samo određene tehničke i manje procesne izmene u pravnom režimu pravosudnog ispita. One su se odnosile pre svega na preimenovanje ispitnog predmeta „Ustavni sistem i organizacija pravosuđa“ u „Ustavno uređenje i organizacija pravosuđa“, kao i predmeta „Privredno pravo“ u „Privredno pravo (organizacija udruženog rada i poslovi robnog prometa)“, dok je u okviru programa iz predmeta Građanskog prava dodata i oblast bračnog prava. Pored toga, neznatno su promenjeni uslovi za polaganje pravosudnog ispita, u pogledu neophodnih godina radnog iskustva na određenim pravnim poslovima. Takođe, precizirano je i pravilo koje se odnosilo na mogućnost odlaganja započetog ispita, prema kome je započet ispit koji je odložen zbog bolesti ili drugih opravdanih razloga morao da se nastavi najkasnije u roku od tri meseca, a odluku o odlaganju ispita je postala nadležnost Ispitne komisije, a ne samo predsednika Komisije. Isto tako, uvedeno je i pravilo da ukoliko kandidat ne pristupi polaganju ispita u roku koji mu je odobren, da se smatra da ispit nije položio.

Ni *Zakon o pravosudnom ispitu* iz 1993. godine,¹⁴ nije doneo bitnije novine u pogledu ove vrste stručnog ispita. U skladu sa novouspostavljenom organizacijom državne uprave, koja je izmenjena nakon donošenja Ustava Republike Srbije iz 1990. godine,¹⁵ nadležan za imenovanje Komisije za polaganje pravosudnog ispita je postao ministar pravde, a u Komisiju su se mogla imenovati lica koja su se po završetku pravnog fakulteta i položenog pravosudnog ispita isticala u radu na fakultetu, u pravosudnim organima ili advokaturi, što ipak nije predstavljalo suštinsku promenu. Sve ostale zakonske odredbe koje su od suštinskog značaja za pravni režim ove vrste stručnog ispita nisu bitnije menjane. Donošenje u to vreme novog Zakona o pravosudnom ispitu predstavljalo je više proizvod potrebe da se ukaže na raskid sa pravnim sistemom prethodne Socijalističke Republike Srbije, nego želje da se stvarno promeni pravni režim pravosudnog ispita. U kojoj meri se radilo o nepromenjenom pravnom režimu ove vrste stručnog ispita na slikovit način govori činjenica da nakon donošenja novog Zakona o pravosudnom ispitu nije uopšte menjan Pravilnik o programu i načinu polaganja pravosudnog ispita koje je donet još 1979. godine, na osnovu prethodnog Zakona o pravosudnom ispitu iz 1971. godine.

¹² V. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o pravosudnom ispitu, *Službeni glasnik SRS*, br. 60/81.

¹³ V. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o pravosudnom ispitu, *Službeni glasnik SRS*, br. 18/89.

¹⁴ Zakon o pravosudnom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 67/93.

¹⁵ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 1/90.

Ni važećim Zakonom o pravosudnom ispitu iz 1997. godine,¹⁶ kao ni na osnovu njega donetim Pravilnikom o programu pravosudnog ispita¹⁷ i Pravilnikom o polaganju pravosudnog ispita,¹⁸ pravni režim pravosudnog ispita nije suštinski promenjen. I danas se bez značajnijih izmena za sve pravosudne profesije u Srbiji primenjuje koncept jedinstvenog stručnog ispita, uspostavljen pre pet i po decenija. Najznačajniju novinu u važećem Zakonu predstavlja uvođenje Međunarodnog privatnog prava kao sedmog ispitnog predmeta. Pored toga, preformulisani su i uslovi za imenovanje lica koja mogu biti ispitivači, a koji se sada odnose na zahtev da ispitivač mora biti *istaknuti pravnik sa položenim pravosudnim ispitom ili profesor pravnog fakulteta na pozitivnopravnom predmetu*, što takođe ne predstavlja suštinsku promenu.

Uprkos značajnim promenama koje su se dogodile u Srbiji nakon donošenja važećih propisa o pravosudnom ispitu, i to ne samo u pogledu promene nekoliko državno-pravnih oblika koje je imala Republika Srbija, od federalne jedinice u okviru Savezne Republike Jugoslavije, preko države članice u okviru Državne zajednice Srbija i Crna Gora, do samostalne države, već i u pogledu značajne reforme pravnog sistema koja je sprovedena u svim oblastima prava iz kojih se znanje proverava na pravosudnom ispitu, materija ove vrste stručnog ispita u proteklih 26 godina nije menjana. Iz tog razloga danas ispitnu materiju na pravosudnom ispitu formalno čine mnogi pravni instituti koji više ne postoje u našem pravnom sistemu, a sa druge strane ne čine je brojni novouvedeni pravni instituti čije je dobro poznavanje neophodan uslov za kvalitetan i uspešan rad diplomiranih pravnika u oblasti pravosuđa i pravosudnih profesija. Jedina novina u organizaciji i sprovođenju pravosudnog ispita izvršena je 2002. godine, kada je Zakonom o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine,¹⁹ kao i kasnijim Zakonom o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine iz 2009. godine,²⁰ organizovanje i sprovođenje pravosudnog ispita povereno AP Vojvodini, pa danas taj posao za kandidate koji imaju prebivalište na teritoriji AP Vojvodine vrši Pokrajinski sekretarijat za obrazovanje, propise, upravu i prava nacionalnih manjina – nacionalnih zajednica kao povereni posao državne uprave, što predstavlja samo vid dekoncentracije poslova državne uprave.

¹⁶ Zakon o pravosudnom ispitu, *Službeni glasnik RS*, br. 16/97.

¹⁷ Pravilnik o programu pravosudnog ispita, *Službeni glasnik RS*, br. 51/97.

¹⁸ Pravilnik o polaganju pravosudnog ispita, *Službeni glasnik RS*, br. 14/98, 88/08 i 108/12.

¹⁹ V. Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine, *Službeni glasnik RS*, br. 6/02, 101/07 i 51/09, čl. 53.

²⁰ V. Zakon o utvrđivanju nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine, *Službeni glasnik RS*, br. 99/09, 67/12, 18/20 i 111/21, čl. 77.

Usled zastarelosti pravnih propisa značajan problem u sprovođenju pravosudnog ispita predstavljaju brojna odstupanja od zakonske procedure koja se javljaju u praksi,²¹ koja ovu vrstu ispita čine nezakonito sprovedenim.²² Zbog toga je u cilju ne samo osavremenjivanja ove vrste stručnog ispita, već i njegovog organizovanja i sprovođenja na zakonom propisan način neophodna hitna zakonodavna reforma.

UPOREDNI PREGLED PRAVNOG REŽIMA PRAVOSUDNOG ISPITA

U pogledu pravosudnog ispita u osnovni se mogu razlikovati dve grupe država. Države koje imaju jedinstven ispit kao uslov za ulazak u pravosudnu profesiju, kojima pripada i Republika Srbija, i države koje imaju dva ili više stručnih ispita za pravosudne profesije (Francuska, Nemačka, Austrija, Italija...). S obzirom na to da je Republika Srbija oduvek imala samo jedan pravosudni ispit koji je predstavljao uslov za ulazak u sve pravosudne profesije predmet naše analize će biti pravni režim ove vrste stručnog ispita samo u državama koje poznaju ovaj model pravosudnog ispita.

Među državama koje imaju samo jedan pravosudni ispit postoje veće ili manje razlike u pogledu pojedinih elemenata pravnog režima ove vrste stručnog ispita. Oni se najčešće odnose na *način obrazovanja komisije* za polaganje ispita, *stručnih kvalifikacija ispitivača*, *programa ispita* i nekih pitanja *postupka sprovođenja ispita*. Za ilustraciju ovog modela pravosudnog ispita, mogu da posluže, pre svega, pojedine države u regionu. One su danas od posebnog značaja za Republiku Srbiju, s obzirom na to da smo više decenija, tokom postojanja Jugoslavije, imali isti pravni režim ove vrste stručnog ispita, a da nakon prestanka zajedničke države prolazimo kroz iste evropske integrativne procese. Jedinstven model pravosudnog ispita danas postoji u Sloveniji, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Bosni i Hercegovini i Severnoj Makedoniji. Stoga su ove države predmet naše analize.

Slovenija

U Sloveniji je pravni režim pravosudnog ispita uređen Zakonom o pravničkom državnom ispitu,²³ a organizuje ga i sprovodi Ministarstvo pravde preko Državne

²¹ V. Z. Lončar (2022), op. cit., 644–650.

²² Jedan od najčešćih oblika nezakonitog sprovođenja pravosudnog ispita, koji se odnosi na individualni način polaganja pred članom Ispitnog odbora, umesto kolektivnog ispitivanja pred celim Ispitnim odborom, nedavno je dobio i sudski epilog, u vidu pravnosnažne presude kojim je kao nezakonita poništena odluka Komisije o rezultatu pravosudnog ispita. V. Presudu Upravnog suda, III-3 U. 7379/19 od 3. novembra 2022. godine.

²³ Zakon o pravničkom državnom ispitu, *Uradni list RS*, št. 83/03, 111/07, 40/12 in 36/19.

komisije. Predsednika i članove Državne komisije za pojedine pravne oblasti imenuje ministar pravde iz reda iskusnih *sudija, državnih tužilaca, advokata, notara i drugih istaknutih pravnih stručnjaka*. Ministar pravde ih imenuje na predlog predsednika sudova, sudskog veća, predsednika Ustavnog suda, državnog tužilaštva, advokatske komore, komore javnih beležnika, udruženja pravnik i pravnih fakulteta.

Pravosudni ispit se sastoji od pismenog i usmenog dela. Usmeni deo ispita se polaže pred šestočlanom komisijom u jednom danu. Za pismeni deo ispita, koji se polaže samo iz krivične i građanske materije, imenuje se po dva člana Komisije za svaku ispitnu oblast. Na pismenom delu pravosudnog ispita izrađuju se sudske odluke u prvom stepenu iz krivične i građanske materije, a na usmenom delu ispita se proverava znanje kandidata iz šest ispitnih oblasti, koje čine: 1) *Građansko materijalno i procesno pravo*; 2) *Krivično materijalno i procesno pravo*; 3) *Upravno pravo i upravni postupak i upravni spor*; 4) *Osnove privrednog prava*; 5) *Osnove radnog prava* i 6) *Ustavno uređenje, organizacija pravosuđa i državne uprave i osnove pravnog uređenja Evropske unije*. Program ispita iz svih navedenih pravnih oblasti propisuje ministar pravde.

Ocenjivanje kandidata na pravosudnom ispitu se vrši sistemom bodovanja. Ispit iz pravne oblasti koji se ne položi može se ponovo polagati u narednom ispitnom roku. Smatra se da kandidat nije položio pravosudni ispit ako ne položi oba pismena dela, kao i ako na usmenom delu ne položi dva ili više ispita, odnosno ako ne ostvari najmanje 48 bodova ukupno.

U pogledu pravne zaštite kandidata na pravosudnom ispitu u Sloveniji nije izričito propisano ni jedno posebno pravno sredstvo.

Hrvatska

Pravosudni ispit u Hrvatskoj je uređen Zakonom o pripravnicima u pravosudnim telima i pravosudnom ispitu,²⁴ a organizuje ga i sprovodi Ministarstvo pravosuđa i uprave, preko Ispitne komisije. Ispitnu komisiju imenuje ministar nadležan za pravosuđe i čine je po pet članova i zamenika članova koji se na period od četiri godine mogu imenovati iz reda *sudija, zamenika javnih tužilaca, javnih beležnika ili drugih pravnika* sa najmanje 15 godina radnog iskustva nakon položenog pravosudnog ispita i koji su se istakli u određenoj pravnoj oblasti.

Pravosudni ispit se sastoji od pismenog i usmenog dela. Na pismenom delu ispita se rešavaju zadaci iz *krivičnog, građanskog i upravnog prava*, i to na osnovu

²⁴ Zakon o vježbenicima u pravosudnim tijelima i pravosudnom ispitu, *Narodne novine RH*, br. 14/19 i 30/23.

spisa nekog konkretnog predmeta. Na usmenom delu ispita se pred svim članovima Komisije polaže pet predmeta, koje čine: 1) *Građansko i trgovinsko* (privredno) *pravo*; 2) *Građansko-procesno i porodično pravo*; 3) *Krivično i krivično-procesno pravo*; 4) *Upravno pravo i radno pravo*; i 5) *Ustavno uređenje, organizacija pravosuđa i pravo Evropske unije*. Program pravosudnog ispita iz svih ispitnih predmeta propisuje se pravilnikom koji donosi ministar nadležan za pravosuđe.

Na pravosudnom ispitu u Hrvatskoj se može osvojiti najviše 100 bodova, a za pozitivan uspeh je neophodno najmanje 50 bodova. Kandidatima koji pravosudni ispit polože sa 90 ili više bodova izdaje se svedočanstvo sa posebnom pohvalom, a kandidatima koji su dobili najmanje 70 bodova, pripravnicička vežba se produžava za šest meseci i u tom periodu imaju pravo da učestvuju na radionicama Pravosudne akademije.

Specifičnost sprovođenja pravosudnog ispita u Hrvatskoj se ogleda u činjenici da pismeni deo ispita, po svakom od zadataka traje šest časova i da se polaže isključivo putem računara, dok ispitivanje kandidata na usmenom delu ispita može trajati najduže 30 minuta po ispitnom predmetu. Takođe, specifičnost se ogleda i u tome što ne postoji nikakvo ograničenje u pogledu broja pokušaja polaganja pravosudnog ispita, niti bilo kakvih rokova koji moraju proteći između polaganja ispita.

U pogledu pravne zaštite kandidata propisima o pravosudnom ispitu je predviđeno samo da se upravni spor može pokrenuti samo protiv rešenja Ispitne komisije kojim se odlučuje o odlaganju započetog ispita, što bi trebalo da znači da se u pogledu svih ostalih pitanja koja se kao sporna mogu javiti na pravosudnom ispitu primenjuje opšti upravno-pravni režim zaštite.

Crna Gora

U Crnoj Gori je pravosudni ispit uređen Zakonom o pripravnicima u sudovima i državnom tužilaštvu i pravosudnom ispitu,²⁵ a organizuje ga i sprovodi Ministarstvo pravde preko Komisije, koju na period od četiri godine obrazuje ministar pravde. Komisija za polaganje pravosudnog ispita ima predsednika i deset članova i zamenika članova. Pet članova i zamenika članova određuje Sudski savet, iz reda sudija koji imaju najmanje 12 godina sudijskog ili tužilačkog iskustva. Tri člana i zamenika člana Komisije određuje Tužilački savet iz reda državnih tužilaca koji imaju najmanje 12 godina radnog iskustva kao državni tužioci ili sudije, i to isključivo na osnovu javnog poziva i intervju sa prijavljenim sudijama,

²⁵ Zakon o pripravnicima u sudovima i državnom tužilaštvu i pravosudnom ispitu, *Službeni list Crne Gore*, br. 55/16 i 57/16.

odnosno tužiocima. Ministar pravde određuje preostala dva člana i zamenika člana iz reda uglednih pravnika sa položenim pravosudnim ispitom i najmanje 15 godina radnog iskustva, na osnovu javnog poziva i intervju sa prijavljenim kandidatima. Bitnu specifičnost Komisije za sprovođenje pravosudnog ispita u Crnoj Gori predstavlja i što je predsednik Komisije po funkciji ministar pravde. U slučaju odsutnosti ili sprečenosti ministra da predsedava Komisijom zamenjuje ga član Komisije sa najdužim radnim iskustvom u struci. Rešenjem o obrazovanju Komisije za polaganje pravosudnog ispita određuju se ispitivači za predmete na pisanom i usmenom delu ispita.

Pismeni deo pravosudnog ispita se polaže iz *Krivičnog* i *Građanskog* prava, a sastoji se iz izrade odluke ili nekog drugog procesnog akta u konkretnom sudskom predmetu i traje šest časova po ispitnom predmetu. Na usmenom delu ispita proverava se znanje iz devet ispitnih predmeta, koje čine: 1) *Krivično materijalno pravo*; 2) *Krivično procesno pravo*; 3) *Građansko materijalno pravo*; 4) *Građansko procesno pravo*; 5) *Privredno pravo*; 6) *Upravno pravo*; 7) *Radno pravo*; 8) *Ustavni sistem i organizacija pravosuđa*, i 9) *Evropsko konvencijsko pravo* – praksa Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde. Usmeni deo ispita se polaže pred članom Komisije određenim za ispitni predmet i može trajati najduže 60 minuta po kandidatu. Program iz svakog od ispitnih predmeta, u vidu pravnih oblasti, pitanja, pravnih propisa, pravne literature i pravnih instituta propisuje ministar pravde.

Znanje kandidata na pravosudnom ispitu u Crnoj Gori se ocenjuje prema sistemu bodovanja, i to najpre za svaki ispitni predmet, a zatim ukupni uspeh kandidata na pravosudnom ispitu utvrđuje Komisija kao zbir ostvarenog ukupnog prosečnog broja bodova na pisanom delu ispita koji se množi sa 60% i ukupnog prosečnog broja bodova na usmenom delu pravosudnog ispita iz svih ispitnih predmeta, koji se množi sa 40%. Na osnovu tako utvrđenog ukupnog broja bodova kandidatima se daju ocene: „odličan“, „vrlo dobar“, „dobar“, „zadovoljava“ i „ne zadovoljava“.²⁶

Pravosudni ispit nije položio kandidat koji nije položio nijedan pismeni zadatak, zatim kandidat koji na usmenom ispitu iz dva ili više predmeta ostvari manje od 41 boda, kao i kandidat koji na popravnom ispitu iz pisanog ili usmenog dela ostvari manje od 41 boda na ispitu koji ponovo polaže. Kandidat koji ne položi pravosudni ispit može da ga ponovo polaže u prvom sledećem roku, pri čemu se polaganje pravosudnog ispita u Crnoj Gori organizuje samo četiri puta

²⁶ Ocena „odličan“ se daje za ostvarenih 71–80 bodova; „vrlo dobar“ za ostvarenih 61–70 bodova, „dobar“ za ostvarenih 51–60 bodova, „zadovoljava“ za ostvarenih 41–50 bodova, a „ne zadovoljava“ za ostvarenih manje od 41 boda.

godišnje. Nakon trećeg neuspešnog pokušaja kandidat pravosudni ispit može da polaže na svake dve godine.

U pogledu dobijene konačne ocene na pravosudnom ispitu kandidati uživaju mogućnost pravne zaštite u vidu upravnog spora pred Upravnim sudom.

Severna Makedonija

Pravosudni ispit u Severnoj Makedoniji je uređen Zakonom o pravosudnom ispitu,²⁷ a organizuje ga i sprovodi Ministarstvo pravde preko Komisije. Ispitnu komisiju koja se sastoji od predsednika i po šest članova i zamenika članova imenuje ministar pravde iz reda *sudija, javnih tužilaca, advokata i profesora* akreditovanih pravnih fakulteta.

Pravosudni ispit se sastoji od pismenog dela, koji obuhvata rešavanje praktičnih zadataka iz *Građanskog i Krivičnog* prava na osnovu zadataka dobijenih iz arhiviranog sudskog spisa, kao i usmenog dela, na kome se proverava znanje kandidata iz sedam ispitnih predmeta koje čine: 1) *Krivično pravo* (krivično materijalno i procesno pravo); 2) *Građansko pravo* (građansko materijalno i procesno pravo); 3) *Privredno pravo*; 4) *Zakon o radu*; 5) *Ustavno uređenje Republike Severne Makedonije i Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*; 6) *Organizacija pravosuđa i upravno pravo* i 7) *Sukob zakona i međunarodna pravna pomoć*. Program pravosudnog ispita propisuje ministar pravde, a pored sadržine ispitnih predmeta čine ga još zakoni i druga pravna literatura i pravna književnost koja se može koristiti prilikom pripremanja ispita. Usmeni deo ispita kandidati polažu pred članom Komisije imenovanim za pojedini ispitni predmet.

U Severnoj Makedoniji se kandidati na pravosudnom ispitu i na pismenom i na usmenom delu ocenjuju samo sa dve ocene: „položio“ i „nije položio“. Kandidati mogu da prijavljuju ispite po slobodnom izboru u svakom ispitnom roku. Kandidat koji ne položi ispite koje je prijavio u jednom roku, može ponovo da polaže iste ispite u narednom roku. Kandidat ima rok od godinu dana da položi sve ispite, a ako ih u tom roku ne položi smatra se da pravosudni ispit nije položen. Kandidat koji ne položi sve ispite u navedenom roku je dužan da polaže ceo pravosudni ispit ispočetka.

Zakonom o pravosudnom ispitu kao sredstvo pravne zaštite kandidata predviđen je samo prigovor na rešenje kojim se ne odobrava polaganje ispita, dok u pogledu svih ostalih radnji važi opšti upravnopravni režim.

²⁷ Zakon za pravosudni ispit, Služben vesnik na Republika Severna Makedonija, br. 190/19.

Bosna i Hercegovina

Pravosudni ispit u Bosni i Hercegovini je uređen Zakonom o polaganju pravosudnog ispita²⁸ i specifičnog je pravnog režima, kao što je slučaj i sa teritorijalnom organizacijom Bosne i Hercegovine. U Republici Srpskoj pravni režim pravosudnog ispita je uređen Zakonom o pravosudnom ispitu u Republici Srpskoj.²⁹ Ovu vrstu stručnog ispita za svaki od nivoa vlasti organizuju i sprovode ministarstva pravde Bosne i Hercegovine, Federacije BiH i Republike Srpske preko komisija, odnosno liste ispitivača.

Osnovna specifičnost pravnog režima pravosudnog ispita u Bosni i Hercegovini ogleda se u načinu imenovanja i sastavu Komisije za pravosudni ispit. Komisiju za nivo Bosne i Hercegovine i Federacije BiH čine predsednik Komisije, dva zamenika predsednika i 18 članova koji sačinjavaju listu ispitivača, a imenuju ih ministri pravde Bosne i Hercegovine i Federacije BiH, svaki za svoj nivo na vreme od dve godine. Članovi Komisije se imenuju iz reda diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim ispitom koji su svojim radom u pravosudnim organima, advokaturi, organima uprave, drugim institucijama ili drugim pravnim licima, stekli visok ugled pravnog stručnjaka, ili su naučnici iz pravnih nauka kojima pripadaju ispitni predmeti. Pravosudni ispit se na ova dva nivoa vlasti polaže pred posebnom petočlanom komisijom koja se sastoji od predsednika i četiri ispitivača sa liste ispitivača koju za pojedinog kandidata ili za određeni vremenski period, koji ne može biti duži od dva meseca, određuje predsednik Komisije ili neki od njegovih zamenika. U Republici Srpskoj Komisiju za polaganje pravosudnog ispita takođe imenuje ministar pravde, a sastoji se od predsednika, koji se imenuje iz reda ispitivača određenih za ustavnopravnu oblast, zamenika predsednika i članova Komisije. Članovi Komisije se imenuju na mandatni period od četiri godine iz rada diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim ispitom, koji su radom u pravosudnim organima, advokaturi, pravobranilaštvu i republičkim organima stekli visok ugled pravnog stručnjaka, i diplomiranih pravnika – doktora nauka iz pravnih oblasti iz predmeta koji se polažu na pravosudnom ispitu, koji imaju najmanje deset godina radnog iskustva u struci. Kandidati pravosudni ispit u Republici Srpskoj takođe polažu pred posebnom petočlanom komisijom koju imenuje ministar pravde, pri čemu se predsednik komisije obavezno imenuje iz reda ispitivača određenih za ustavnopravnu oblast.

²⁸ Zakon o polaganju pravosudnog ispita u Bosni i Hercegovini, *Službeni glasnik BiH*, br. 33/04, 56/08 i 62/11.

²⁹ Zakon o pravosudnom ispitu u Republici Srpskoj, *Službeni glasnik Republike Srpske*, 6p. 58/16 i 82/19.

I u Bosni i Hercegovini se na sva tri nivoa vlasti pravosudni ispit sastoji iz pismenog i usmenog dela. Na pismenom ispitu rešavaju se zadaci iz *Krivičnog i Građanskog prava*, a na usmenom delu ispita se na nivou Bosne i Hercegovine i Federacije BiH proverava znanje kandidata iz sedam predmeta, koje čine: 1) *Krivično pravo* (materijalno i procesno); 2) *Građansko pravo* (materijalno i procesno); 3) *Radno pravo*; 4) *Upravno pravo*; 5) *Privredno pravo*; 6) *Porodično pravo*, i 7) *Ustavni sistem i organizacija pravosuđa*, dok se u Republici Srpskoj na usmenom delu ispita proverava znanja kandidata iz ukupno pet pravnih oblasti, koje čine: 1) *Krivično-pravna oblast* (krivično pravo, krivično-procesno pravo, prekršajno pravo, izvršno krivično pravo); 2) *Građanskopravna oblast* (građansko pravo, stvarno pravo, građanskoprocesno pravo, obligaciono pravo, nasledno pravo i porodično pravo); 3) *Privrednopravna oblast* (privredno pravo, bankarski poslovi, ugovori), 4) *Upravnopravna i radnopravna oblast* (upravni postupak, upravni spor, sistem državne uprave i lokalne samouprave, radno pravo, penzijsko-invalidsko osiguranje, zdravstveno osiguranje, prava boraca) i 5) *Ustavnopravna oblast* (ustavno pravo i pravosudno organizaciono pravo). Program pravosudnog ispita sadrži građivo, pravne izvore i literaturu za svaki od ispitnih predmeta, odnosno pravnih oblasti, a utvrđuje ga svaki od ministara pravde za svoj nivo vlasti.

Pismeni ispit se polaže u dva dana uzastopno i to po šest sati za svaki od zadataka iz *Krivičnog i Građanskog prava*. Usmeni deo ispita se polaže istovremeno pred svim članovima Komisije i može da traje najduže četiri časa.

Uspeh kandidata na pravosudnom ispitu se ocenjuje samo sa ocenama „položio“ i „nije položio“. Kandidat koji nije položio pravosudni ispit, može ponovo da ga polaže nakon isteka roka od šest meseci od prethodnog polaganja. Na popravni ispit može da ide samo kandidat koji ne položi najviše dva ispita, pri čemu rok za polaganje popravnog ispita iz jednog predmeta ne može biti kraći od jednog meseca niti duži od tri meseca, a rok za polaganje popravnog ispita iz dva predmeta ne može biti kraći od dva niti duži od četiri meseca. U slučaju da kandidat ne položi ni jedan od dva pismena ispita smatra se da nije položio ceo pravosudni ispit.

Kandidati na pravosudnom ispitu ne uživaju poseban režim pravne zaštite ni na jednom od nivoa vlasti na kojima se organizuje i sprovodi ova vrsta stručnog ispita, već imaju mogućnost primene samo opšteg upravnopravnog režima zaštite.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Dobro uređen pravni režim pravosudnog ispita osnovna je pretpostavka za uspešnu proveru znanja kandidata koja su neophodna za kvalitetan rad diplomiranih pravnika u pravosuđu i pravosudnim profesijama. Za razliku od Srbije koja

svoje propise o pravosudnom ispitu nije menjala već više od četvrt veka sve države našeg regiona su odavno promenile svoje propise o ovoj vrsti stručnog ispita i njegov pravi režim znatno preuredile i unapredile. Način uređivanja pravnog režima pravosudnog ispita u nekim od njih mogao bi da posluži kao uzor prilikom buduće reforme pravosudnog ispita kod nas, a posebno u pogledu načina obrazovanja ispitnih komisija, određivanja ispitnih predmeta i ispitnog programa, postupaka sprovođenja ispita, kao i pravne zaštite kandidata.

Reforma pravosudnog ispita je važan posao za kvalitetan rad u pravosuđu i pravosudnim profesijama i ne bi je trebalo više odlagati. Neprimenjivanje pojedinih zakonskih rešenja, poput individualnog ispitivanja kandidata umesto kolektivnog ispitivanja od strane svih članova Komisije, određivanje za ispitivače lica koja se ne mogu smatrati istaknutim pravnicima za pravnu oblast iz koje proveravaju znanje kandidata, provera znanja iz pravnih oblasti koje nisu propisane važećim ispitnim programom, uslovljavanje kandidata da pripremaju ispit iz literature koja nije propisana, sprovođenje ispita u više ispitnih dana i sl., svakako ne mogu predstavljati valjan način za otklanjanje manjkavosti zastarelih zakonskih rešenja, a sam postupak sprovođenja ispita u velikoj meri čine nezakonitim. Stoga smatramo da se na reformu pravnog režima pravosudnog ispita ne bi smelo još dugo čekati. Nakon usvajanja ustavnih amandmana u oblasti pravosuđa i seta novih pravosudnih zakona na red bi morala doći i reforma pravosudnog ispita.

Prof. Dr. ZORAN LONČAR
Full Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

JUDICIAL EXAMINATION AS A SPECIAL TYPE OF PROFESSIONAL EXAMINATION IN ADMINISTRATION

Summary

The bar exam for law graduates is the most important type of exam they should take after completing their legal studies. Despite the great importance that this type of professional examination has for the quality of the work of law graduates in numerous legal professions, the legal regime of the bar examination in Serbia today is inadequately regulated. Unlike Serbia, which has not changed its regulations on the bar exam for more than a quarter of a century, all the countries in the region have long since changed the regulations on this type of professional exam and significantly rearranged and improved its real regime. The manner in which the legal regime of the bar exam is arranged in some of them could serve as a model for the future reform of the bar exam in Serbia, especially with regard to the way of training examination commissions, determining exam subjects and the exam program,

procedures for conducting exams, as well as legal protection of candidates. Given that the reform of the bar exam is an important task for the quality of work in the judiciary, it should not be postponed any longer. After the adoption of constitutional amendments in the area of the judiciary and a set of new judicial laws, the reform of the bar exam should come next.

Key words: administration, administration reform, professional exams, bar exam

Literatura

- Benmansur J., „Upravno postupanje u oblasti stručnih ispita i (e)upravnoprocena reforma“, *Pravna riječ*, br. 62, Banja Luka, 2020.
- Lončar Z., „Prilog reformi stručnih ispita u upravi“, *Sudski postupak – pravda i pravičnost*, tom I, Kopaonička škola prirodnog prava, Kopaonik, 13–17. decembar 2022.
- Lončar Z., „Reforma stručnih ispita u upravi“, *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*, Novi Sad, 19. februar 2021.
- Lončar Z., „Stručni ispiti kao element profesionalizacije uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2021.
- Martinović A., „Službeničko pravo u Srbiji na razmeđu vekova – savremene tendencije u razvoju službeničkog sistema i izbor državnih službenika“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4, Novi Sad, 2017.
- Rabrenović A., Vukašinović-Radojčić Z., „Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2010.
- Vučetić D., Vukašinović-Radojčić Z., Krstić-Mistrizdelović I., „Razvoj službeničkog zakonodavstva i obrazovanja u Srbiji – istorijske i savremene tendencije“, *Teme*, br. 1, Niš, 2019.
- Vukašinović-Radojčić Z., „Evropski principi zapošljavanja javnih službenika“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2012.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ZORICA VUKAŠINOVIĆ RADOJIČIĆ
ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

MEĐUNARODNI PRINCIPI I STANDARDI EVROPSKE UNIJE: KA PROFESIONALNOJ JAVNOJ UPRAVI SRBIJE

Konceptualna pitanja reforme javne uprave kao što su jačanje profesionalizma i odgovornosti u radu uprave od suštinskog su značaja za unapređenje uprave u Republici Srbiji i usaglašavanje sa međunarodnim i evropskim principima. U radu se analiziraju međunarodni i evropski standardi o unapređenju javne uprave, sa posebnim osvrtom na profesionalizaciju uprave kroz uspostavljanje strateškog, pravnog i institucionalnog okvira i preduzimanje neophodnih mera jačanja sistema upravljanja kadrovima. Prikazani su najznačajniji evropski upravni standardi i njihovo usaglašavanje sa pravilima i praksom u Srbiji. Iako je strateški i pravni okvir funkcionisanja sistema uprave u potpunosti usaglašen sa međunarodnim i evropskim principima, aktuelni su naponi da se pravna rešenja implementiraju u praksi.

Ključne reči: javna uprava, profesionalizacija, međunarodni i evropski principi javne uprave, pravni okvir, Srbija

U V O D

Ključni cilj u radu uprave je zaštita javnog interesa i efikasno sprovođenje javnih politika uz odgovornost prema građanima i drugim korisnicima javnih usluga.

Prof. dr Zorica Vukašinović Radojičić, redovni profesor, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, e-mail: zorica.vr@kpu.edu.rs.

Dr Aleksandra Rabrenović, viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: a.rabrenovic@iup.rs. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom *Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija* koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijski univerzitet u Beogradu.

Postavljanjem politički neutralnih stručnih temelja za donošenje i izvršavanje političkih odluka, izbegava se politički voluntarizam koji negativno utiče na kvalitet javnog upravljanja, opasnost da vlast svoje interese realizuje donošenjem odluka izvršne vlasti, umesto putem demokratskih transparentnih procedura i da uprava počne da služi pojedincima i uskim interesnim grupama, umesto javnom interesu. Poštovanje načela zakonitosti i smanjenje diskrecionih odlučivanja, jačanje integriteta državnih službenika, profesionalizam u radu, dosledna primena principa odgovornosti ostaju nepromenjene vrednosti rada javne uprave.

Upravi su potrebni obučeni kadrovi koji u dinamičnom okruženju moraju pratiti aktuelne trendove i odgovoriti potrebama građana i drugih korisnika. Upravni službenici bi svojim kompetencijama i integritetom trebalo da budu stručna podrška političkim rukovodiocima koji će na taj način jačati svoj autoritet za donošenje legitimnih odluka. „Nastajanje široke demokratizacije i poštovanje profesionalizma razvija se samo u uslovima 'departizacije' i razdvajanja političkog personalizovanog uticaja od državnog aparata.“¹ Preciziranjem, usvajanjem i efektivnom primenom evropskih upravnih principa u pravcu profesionalizma i depolitizacije moguće je smanjenje političkih i drugih uticaja na rad službenika u državnoj i javnoj upravi. U većini službeničkih sistema, centralno pitanje depolitizacije odnosi se na prisutnost političke diskrecije u procesu postavljenja i razrešenja najviših službeničkih radnih mesta. Mnogi autori ističu višeznačnost pojma politizacije ukazujući na njen ideološki, vrednosni, strukturalni aspekt.² S obzirom na to da su rukovodioci u javnoj upravi ključni u formulisanju i sprovođenju javnih politika i ujedno posrednici između političkog i administrativnog ambijenta, imaju važnu ulogu u obezbeđivanju profesionalnog i nepristrasnog rada.

MEĐUNARODNI PRINCIPI RAZVOJA JAVNE UPRAVE

Standardima međunarodnih organizacija – Organizacije ujedinjenih nacija, Saveta Evrope, Međunarodne organizacije rada i drugih promoviše se zakonit, profesionalan, odgovoran i transparentan rad uprave. Prioritetne aktivnosti Ujedinjenih nacija odnose se na razvoj dobro organizovanih struktura državne uprave i državnih organa, prijem stručnih kadrova, razvoj društva koje doprinosi

¹ Zorica Vukašinović Radojičić, *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2013.

² Yves Meny, Andrew Knapp, *Government and Politics in Western Europe – Britain, France, Italy, Germany*, third edition, Oxford University Press, New York, 1998, 305; Jon Pierre, B. Guy Peters, *Handbook of Public Administration*, Sage, London, 2003.

jačanju vladavine prava i izgradnji odgovornih i transparentnih institucija na svim nivoima uprave.³ Aktima Ujedinjenih nacija promovišu se: načelo zakonitosti (vladavina prava), profesionalizam, transparentnost, efikasnost, efektivnost, jednakost, odgovornost, etičnost i uspostavljanje i primena integrisanih i povezanih elemenata sistema upravljanja kadrovima.⁴ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Saveta Evrope spada u najvažnije regionalne sporazume.⁵ Savet Evrope je preporukama definisao standarde dobre prakse i pravila ponašanja javnih službenika.⁶ Značajna je Preporuka o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane upravnih vlasti koja promoviše principe „dobre uprave“.⁷ Detaljnije, čl. 7 Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja, javni službenici mogu primenjivati ovlašćenja isključivo u svrhe koje su zakonski utemeljene ili motivisane javnim interesom.⁸ Standardi ponašanja koji imaju značajnu ulogu u prevenciji korupcije, edukovanju službenika i promeni etičke klime u upravnim organima i organizacijama bliže su definisani Kodeksom Saveta Evrope o ponašanju javnih službenika.⁹ Međunarodne i regionalne standarde je potrebno kritički inkorporirati u domaće zakonodavstvo,¹⁰ a „inostranu ekspertizu bi trebalo udružiti sa domaćom i uspostaviti stalan, stvaralački dijalog.“¹¹

³ The United Nations, The Charter of the United Nations, 1945, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, 20. 6. 2020.

⁴ Z. Vukašinić Radojičić, *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, 90; The Sustainable Development Goals Report 2020, 64. New York, <https://www.gcdclearinghouse.org/resources/sustainable-development-goals-report-2020>, 18. 12. 2020; UN, *The 2030 Agenda for Sustainable Development*, New York, 2015, <https://www.prog-ocean.org/our-work/agenda-2030/>, 4. 6. 2017.

⁵ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 1950, https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, 22. 6. 2023.

⁶ Council of Europe, Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe (Adopted by the Committee of Ministers on 24 February 2000 at the 699th meeting of the Ministers' Deputies).

⁷ Council of Europe, Recommendation No. R(80)2 Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative authorities.

⁸ Evropski parlament, Evropski kodeks dobrog administrativnog ponašanja, <https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/sr/3510>, 20. 8. 2023.

⁹ Council of Europe, *Codes of Conduct for Public Officials*, Recommendation Rec (2000) 10, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 11 of May 2000 and explanatory memorandum, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, 2001.

¹⁰ Z. Vukašinić Radojičić, Dejan Vučetić, *Profesionalizacija javne uprave u Srbiji*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2021, 5.

¹¹ Dragoljub Kavran, *Javna uprava-reforma, trening, efikasnost*, Savet za državnu upravu Vlade Republike Srbije, Udruženje za javnu upravu Srbije, FON, UNDP, Beograd, 2003, 253.

STANDARDI EVROPSKI UNIJE I PRIMENA U REPUBLICI SRBIJI

Vremenom se faktori konvergencije evropskih upravnih principa preciziraju, a prvobitno postavljeni standardi menjaju i dopunjuju (Samit u Kopenhagenu, Madridski samit šefova država i drugi). Iako smernice o razvoju nacionalnih upravnih sistema nemaju pravnoobavezujuće dejstvo, Evropska komisija ih koristi kao standarde za ocenu napretka u procesu pristupanja. Od posebnog su značaja standardi definisani u okviru programa SIGMA (*Support for Improvement in Governance and Management*). Prilikom definisanja upravnih standarda, Evropska komisija polazi od toga da bi standardi razvoja trebalo da odgovaraju različitim modelima državne uprave – klasičnom Veberovom modelu uprave i sistemu zasnovanom na Novom javnom menadžmentu.¹² Dokument pod nazivom „Smernice za razvoj i kontrolu sistema državne uprave za sticanje članstva u Evropskoj uniji“ (*Control and Management System Baselines for European Union Membership*)¹³ dopunjen je Principima razvoja javne uprave (*The principles of Public Administration*) 2014. i 2017. godine.¹⁴ U okviru Principa, razvijen je i Metodološki okvir za praćenje primene principa, kojim se omogućava procena stanja javne uprave i ostvareni napredak.¹⁵ Prioriteti u okviru kojih su definisani principi rada uprave odnose se na: 1) Strateški okvir reforme javne uprave; 2) Planiranje i koordinacija politika; 3) Javnoslužbenički sistem i upravljanje kadrovima; 4) Odgovornost; 5) Pružanje javnih usluga; 6) Upravljanje javnim finansijama. Postojanje strateškog pristupa sprovođenju reforme javne uprave jedan je od ključnih zahteva Evropske unije.

Na osnovu Zakona o planskom sistemu Republike Srbije,¹⁶ Vlada Republike Srbije usvojila je Strategiju reforme javne uprave u Republici Srbiji za period od 2021. do 2030. godine,¹⁷ u kojoj se kao opšti reformski cilj ističe dalje poboljšanje rada javne uprave i kvaliteta kreiranja javnih politika u skladu sa evropskim Principima javne uprave i obezbeđivanje visokog kvaliteta usluga građanima i privrednim

¹² Martin Painter, B. Guy Peters, *Tradition and public administration*, Palgrave Macmillan, New York, 2010, 19–30.

¹³ SIGMA Baselines, *Control and Management System Baselines for European Union Membership*, 1999. <https://www.sigmaweb.org/publicationsdocuments/35007180.pdf>, 20. 6. 2010.

¹⁴ SIGMA, OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017, <https://www.sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2017-edition-ENG.pdf>, 20. 6. 2022.

¹⁵ SIGMA, OECD, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, 2017, <http://www.sigmaweb.org/publications/Methodological-Framework-for-the-Principles-of-Public-Administration-May-2019.pdf>, 10. 3. 2020.

¹⁶ Zakon o planskom sistemu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 30/18.

¹⁷ Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji za period od 2021. do 2030. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 42/21, 9/22 – Odluka.

subjektima, kao i profesionalne javne uprave koja će značajno doprineti ekonomskoj stabilnosti i povećanju životnog standarda.¹⁸ Strategija predviđa i institucionalne strukture za upravljanje reformom i sprovođenje reformskih aktivnosti na političkom i službeničkom nivou koji je u Srbiji uspostavljen. Ključni standard Evropske unije o unapređenju rada javne uprave odnosi se na jačanje profesionalizma kroz uspostavljanje i razvoj efikasnog sistema upravljanja kadrovima.¹⁹ S jedne strane, nameću se zahtevi predvidivosti i „stabilnosti“ službeničkog sistema, dok je sa druge strane, neophodno obezbediti balansiran pristup i fleksibilnost u upravljanju kadrovima. Ovako definisan princip obuhvata sledeće segmente: zapošljavanje zasnovano na zaslugama i jednak tretman kandidata u procesu selekcije; sprečavanje direktnog/indirektnog političkog uticaja na rukovodeće pozicije; obezbeđenje pravičnog i transparentnog sistema plata; efikasan sistem stručnog usavršavanja; pravičan i efektivan sistem ocenjivanja; napredovanje/mobilnost na osnovu objektivnih i transparentnih kriterijuma i zasluga; mere za promovisanje integriteta i sprečavanje korupcije; poštovanje radne discipline; preciziranje razloga za prestanak radnog odnosa. Ovi standardi podrazumevaju da se prijem i selekcija kadrova zasniva na principu meritornosti, da su eksplicitno propisani opšti i posebni uslovi za prijem u radni odnos, regulisan proces selekcije i postupanje komisija, propisan kompetentan sastav članova komisija u odnosu na radna mesta koja se popunjavaju, mogućnost ulaganja pravnih sredstava protiv nezakonitih ili nesvršishodnih odluka.

Važnost unapređenja sistema upravljanja ljudskim resursima u javnoj upravi u Republici Srbiji prepoznata je i u godišnjim izveštajima o napretku Evropske komisije, kojima se sugerise neophodnost promene strateškog i pravnog okvira u pravcu depolitizacije uprave i jačanja upravljanja ljudskim resursima zasnovanog na zaslugama.²⁰ Izveštaj Evropske komisije o praćenju napretka u oblasti javne uprave u Republici Srbiji iz 2021. godine,²¹ koji je zasnovan na proceni primene principa i praćenju indikatora definisanih Metodološkim okvirom za procenu principa javne uprave,²² potvrđuje napredak u ovoj oblasti, u odnosu na raniji period.²³ Kada je reč o pravnom

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ SIGMA, OECD, *The Principles of Public Administration*, 2017, op. cit., 17.

²⁰ SIGMA, *Monitoring report, The principles of Public Administration, Serbia, 2017* <https://www.sigmaxweb.org/publications/monitoring-report-2017-serbia.pdf>, 20. 6. 2019.

²¹ SIGMA, *Monitoring Report, The principles of Public Administration, Serbia, 2021*, <https://www.sigmaxweb.org/publications/Monitoring-Report-2021-Serbia.pdf>, 10. 9. 2022.

²² OECD, 2017, *Methodological Framework for the Principles of Public Administration*, <http://www.sigmaxweb.org/publications/Methodological-Framework-for-the-Principles-of-Public-Administration-May-2019.pdf>, 20. 10. 2020.

²³ *Ibidem.*

okviru, u Republici Srbiji, najznačajnije promene su usvajanje izmena Zakona o državnim službenicima,²⁴ izmena Zakona o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave,²⁵ usvajanje Zakona o zaposlenima u javnim službama²⁶ i usvajanje i izmene drugih propisa.²⁷ Time je ujedno stvorena pretpostavka za uspostavljanje koherentnog javnoslužbeničkog sistema. Prema Izveštaju Komisije, najznačajnija promena jeste uvođenje sistema kompetencija. Sistem upravljanja ljudskim resursima zasnovan na kompetencijama, na centralnom nivou, uspostavljen je izmenama Zakona o državnim službenicima 2018. godine i detaljnije Uredbom o određivanju kompetencija za rad državnih službenika.²⁸ Sistemskom pristupu uvođenja kompetencija, prethodilo je njihovo uvođenje u određenim organima državne uprave (Ministarstvu unutrašnjih poslova, Upravi carina). Za razliku od ranijih izveštaja,²⁹ novije procene Evropske komisije su pozitivne, budući da je „koherentnost službeničkog sistema na adekvatnom nivou, izuzev organa koji imaju specifično uređen službenički sistem“.³⁰ U pogledu procedura selekcije u konkursnim postupcima, mišljenje je međutim eksperata Komisije da su one duge i složene³¹ i da je potrebno poboljšanje u ovoj oblasti. Kada je reč o popunjavanju radnih mesta, selekcija kandidata za izvršilačka radna mesta, shodno Zakonu, podrazumeva jasno definisane kriterijume za procenu kompetencija, kao i obuku članova konkursnih komisija koji moraju imati znanje o načinu izbora kompetencija za određena radna mesta, načinu testiranja i načinu ocene određenih kompetencija. Tokom konkursne procedure za popunjavanje izvršilačkih radnih mesta, aktuelna su pitanja diskrecionog odlučivanja o prijemu kadrova, poštovanju uslova zapošljavanja i principa zabrane diskriminacije, transparentnosti postupka i drugih. Nezadovoljni učesnici konkursa imaju pravo ulaganja pravnih sredstava. Analizom presuda Upravnog suda može se zaključiti da je u velikom broju slučajeva

²⁴ Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05 – ispravka, 83/05 – ispravka, 64/07, 67/07 – ispravka, 116/08, 104/09, 99/14, 94/2017, 95/18, 157/20, 142/22.

²⁵ Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 21/16, 113/17, 95/18, 114/21.

²⁶ Zakon o zaposlenima u javnim službama, *Službeni glasnik RS*, br. 113/17, 95/18, 86/19, 157/20.

²⁷ Zakon o platama državnih službenika i nameštenika, *Službeni glasnik RS*, br. 62/06, 63/06 – ispravka, 115/06 – ispravka, 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18, 14/22; Zakon o sprečavanju korpucije, *Službeni glasnik RS*, br. 35/19, 88/19, 11/21 – Autentično tumačenje, 94/21, 14/22.

²⁸ Uredba o određivanju kompetencija za rad državnih službenika, *Službeni glasnik RS*, br. 4/19.

²⁹ SIGMA, Monitoring report, The principles of Public Administration, Serbia, 2017; EU Commission report Serbia, 2016.

³⁰ SIGMA, Monitoring Report, The principles of Public Administration, Serbia, 2021, 62.

³¹ *Ibidem*.

tužba uvažena iz razloga bitnih povreda pravila postupanja tuženog organa tokom konkursne procedure, kao što su sledeće: obrazloženje osporenog rešenja ne sadrži razloge koji upućuju na rešenje dato u dispozitivu,³² nepoštovanje pravila o izuzeću službenog lica koje rešava u predmetu u kome se vodi postupak,³³ spisi predmeta nisu potpuni³⁴ i drugi. Praksa Upravnog suda ima za cilj da osigura zakonito sprovođenje konkursnih procedura, transparentnost (donošenje obrazloženih odluka) i prijem onih kandidata koji će uspešno obavljati poslove radnog mesta (uz posedovanje potrebnih kompetencija).

U cilju profesionalizacije od značaja je uvođenje obaveznosti provere kompetencija za lica zaposlena na određeno vreme koja su izuzeta od javnog oglašavanja. U skladu sa čl. 63. Zakona o državnim službenicima, radni odnos na određeno vreme se zasniva bez obaveze sprovođenja internog ili javnog konkursa,³⁵ ili nakon sprovedenog javnog konkursa u određenim situacijama.³⁶ Izuzetno se radni odnos može zasnovati zbog privremeno povećanog obima posla³⁷ bez sprovođenja javnog konkursa.³⁸ Članom 63a propisuje se da službenik posle isteka radnog odnosa na određeno vreme zbog privremeno povećanog obima posla, može da nastavi da radi na neodređeno vreme na radnom mestu na kome je radio najmanje šest meseci, ako je u postupku vrednovanja radne uspešnosti ispunio očekivanja ili prevazišao očekivanja i ako je radno mesto upražnjeno. Odredbe o sprovođenju javnog konkursa zbog privremeno povećanog obima posla, primenjivaće se od 1. januara 2025. godine. U Izveštaju Komisije se ističe da je preko 10% radnih mesta u državnoj upravi popunjeno na određeno vreme, bez sprovođenja konkursne procedure.

³² Presuda Upravnog suda RS II 2 U7275/15 od 17. 2. 2016. godine; Presuda Upravnog suda RS 26 U 18246/17 od 23. 6. 2022. godine; Presuda Upravnog suda RS II -3 U.13142/13 od 5. 3. 2015. godine; Presuda Upravnog suda RS III-3 U.16721/15 od 1. 12. 2017. godine.

³³ Presuda Upravnog suda RS 7 U. 12974/14 od 11. 3. 2016. godine.

³⁴ Presuda Upravnog suda RS 13 U 8109/19 od 7. 10. 2022. godine.

³⁵ U situacijama zamene odsutnog državnog službenika, do njegovog povratka, na radnim mestima u kabinetu, dok traje dužnost funkcionera i radi zamene državnog službenika koji je postavljen za vršioca dužnosti dok traje njegova dužnost.

³⁶ Zbog privremeno povećanog obima posla, najduže šest meseci radi obuke pripravnika, dok traje pripravnički staž.

³⁷ Državni službenik koji je posle sprovedenog javnog konkursa zasnovao radni odnos na određeno vreme zbog privremeno povećanog obima posla, može u istom organu, bez obaveze sprovođenja javnog konkursa da zasnjuje novi radni odnos na određeno vreme na radnom mestu koje je razvrstano u niže zvanje. Na taj način radni odnos na određeno vreme može da prepaste u radni odnos na neodređeno vreme, što predstavlja izuzetak od opšteg pravila.

³⁸ Ako je lice u prethodne četiri godine učestvovalo u javnom konkursu i ispunio merila propisana za izbor i ispunjava uslove za rad na tom radnom mestu i ima potrebne kompetencije.

Stoga je od izuzetne važnosti da se odabir lica koja se angažuju za obavljanje određenih poslova na osnovu ugovora, zasniva na kriterijumima stručnosti i kompetentnosti. Iako Zakon o državnim službenicima precizira pravila o postavljenju i razrešenju najviših rukovodilaca, kriterijume za izbor i stavlja akcenat na razvoj stručnosti članova izbornih komisija, prema oceni Komisije „sistem zapošljavanja na osnovu meritornosti je adekvatno regulisan, osim mogućnosti političkih uticaja na selekciju kandidata“.³⁹ Posebna pažnja posvećuje se proveru kompetencija kandidata za rukovodioce, koja najčešće uključuje veštine rukovođenja, liderstva i razvoja zaposlenih, one koje je teško razviti kasnije u karijeri. Po okončanom izbornom postupku, konkursna komisija sastavlja listu od najviše tri kandidata koji su sa najboljim rezultatom ispunili merila propisana za izbor. Listu kandidata, konkursna komisija dostavlja rukovodiocu da Vladi predloži kandidata za postavljenje na položaj.⁴⁰ Iako rukovodilac organa nije dužan da predloži kandidata sa liste, o razlozima utvrđivanja da su kandidati nepodesni mora obavestiti Visoki službenički savet i Službu za upravljanje kadrovima.⁴¹ Neretko, izostaje obrazloženje o (ne)podesnosti izabranih kandidata, iako svaka odluka mora da sadrži razloge na kojima se bazira, tako što ukazuje na relevantne činjenice i pravni osnov. „Dužnost svake institucije, kako u nacionalnim okvirima tako i na nivou EU, jeste da pruži adekvatne razloge za svoje odluke, odnosno o aktivnostima koje preduzima.“⁴² Može se zaključiti da rukovodioci organa još uvek imaju prekomerna diskreciona ovlašćenja prilikom izbora kandidata sa liste i da bi rukovodioci u upravi trebalo biti postavljeni na osnovu znanja i pokazanih kompetencija. Prema mišljenju eksperata Komisije, politizacija je i dalje ključni problem u državnoj upravi Srbije, a broj službenika na položaju u statusu vršioca dužnosti takođe je visok. U praksi, vršioci dužnosti službenika na položaju, postavljeni na određeno vreme do izbora adekvatnog kandidata u konkursnoj proceduri, postaju trajno rešenje za popunjavanje rukovodećih pozicija. Imenovanje vršilaca dužnosti je u velikoj meri kompromitovano čestim produženjem mandata, dužim od zakonskog roka. Slično i u Strategiji reforme javne uprave, ističe se da je potrebno otkloniti negativnu praksu vršioca dužnosti. U cilju preciziranja uslova za razrešenje i obezbeđenje odgovornog rada rukovodioca u upravi, pooštreni su razlozi za razrešenje.⁴³

³⁹ SIGMA, Monitoring Report, The principles of Public Administration, Serbia, 2021, 75.

⁴⁰ Čl. 71. Zakona o državnim službenicima.

⁴¹ Čl. 71. Zakona o državnim službenicima.

⁴² Marko Davinić, *Evropski ombudsman i loša uprava (maladministration)*, Službeni glasnik, 2013, 361.

⁴³ Državni službenik koji rukovodi državnim organom, zbog odgovornosti za neostvarivanje planova rada i strateških ciljeva, razrešava se sa položaja i kada organ nadležan za postavljenje utvrdi

Zadržavanje kvalitetnog kadra u državnoj upravi poseban je izazov.⁴⁴ Kroz interno tržište rada, obezbeđuje se veći obim mobilnosti u skladu sa njihovim kompetencijama. Evidencija internog tržišta rada može da sadrži i podatke za službenike u organima autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave koji žele trajni premeštaj u državne organe, što jača mobilnost službenika u okviru cele javne uprave. Uveden sistem provere kompetencija u državnoj upravi, odnosi se i na njihovo preuzimanje iz organa autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave.⁴⁵ Uspostavljanje funkcionalnog sistema stručnog usavršavanja uvažavajući potrebe organa i organizacija javne uprave neizostavan je aspekt profesionalizacije. Posebna je pažnja posvećena reformi stručnog usavršavanja, u pogledu ne samo pravnog već i institucionalnog okvira – osnivanja Nacionalne akademije za javnu upravu, čime se obezbeđuje jednak pristup stručnom usavršavanju svim zaposlenima u javnoj upravi. U funkciji zadržavanja i motivisanja kadrova u upravi, njihovog napredovanja i razvoja je efektivan sistem vrednovanja radne uspešnosti. Samo pravilna primena ovog instituta u praksi i njegova povezanost sa drugim funkcijama upravljanja ljudskim resursima doprinosi zakonitom, stručnom i odgovornom radu službenika. Iako principi dobre uprave imaju uporište u domaćem zakonodavstvu, mišljenje je Zaštitnika građana da se principi dobre uprave krše u velikoj meri.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Standardima međunarodnih i regionalnih organizacija promoviše se poštovanje i puna primena načela zakonitosti, profesionalizma, odgovornosti, integriteta u javnoj upravi. Vremenom, dolazi do njihove konvergencije i simbioze, a profesionalizacija ostaje ključni zahtev u oblasti unapređenja rada javne uprave. Jačanje profesionalizma kroz uspostavljanje i razvoj efikasnog sistema upravljanja kadrovima obuhvata niz segmenata, od kojih su najznačajniji zapošljavanje zasnovano na kompetencijama, sprečavanje političkih i drugih uticaja na odabir rukovodioca,

da je u vreme njegovog rukovođenja došlo do ozbiljnog poremećaja u radu državnog organa kojim rukovodi, ili nije ostvario planirane rezultate tokom ciklusa vrednovanja radne uspešnosti.

⁴⁴ Služba za upravljanje kadrovima razvila je Uputstvo za metodologiju za praćenje stanja u vezi sa odlivom kadrova iz organa državne uprave.

⁴⁵ Čl. 49v Zakona o državnim službenicima.

⁴⁶ Razmatranjem 3.601 predmeta u toku 2022. godine utvrđeno je da se od ukupno 4.218 povreda prava u toku 2022. godine 1.005 pritužbi odnosi na povredu prava na dobru upravu. Najveći broj preporuka – 237 (oko 65%) odnosi se na rad uprave. Zaštitnik građana RS, Redovan godišnji izveštaj za 2022. godinu, <https://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji>, 17. 9. 2023, 22.

efikasan sistem stručnog usavršavanja, razvoj karijere i stručno usavršavanje, poštovanje radne discipline i drugo. U Republici Srbiji je zaokružen i upotpunjen strateški i pravni okvir kojim se uspostavlja koherentni javnoslužbenički sistem zasnovan na kompetencijama. Dalji razvoj javnoslužbeničkog sistema obezbediće se privlačenjem i zadržavanjem kadrova koji poseduju određene kompetencije, promovisanjem i zadržavanjem kompetentnih i motivisanih zaposlenih koji realizuju karijerne ciljeve u podsticajnom okruženju i inoviranjem sistema stručnog usavršavanja i stručnih ispita u javnoj upravi zasnovanih na analizi potreba za unapređenjem kompetencija. Iako su precizirana pravila o postavljenju i razrešenju najviših rukovodilaca i dalje su mogući politički uticaji na selekciju kandidata, te je akcent na suzbijanju diskrecionog odlučivanja o prijemu kadrova. Depolitizacijom se smanjuje mogućnost čestih i nelegitimnih odluka o personalnim promenama u organima i organizacijama javne vlasti i time pospešuje efikasnost i motivacija javnih službenika. Standarde i smernice definisane od strane međunarodnih i regionalnih organizacija, neophodno je inkorporirati u strateški i pravni okvir, ali i efektivno primeniti. Tom procesu, naše društvo, institucije i nadležni organi pristupaju kritički prema pravnim rešenjima, institutima, praksi u drugim pravnim sistemima. Unapređenje nivoa odgovornosti na svim nivoima vlasti tako da javna uprava odgovara za svoje rezultate, jačanje upravljačke odgovornosti, jačanje integriteta i etičkih standarda strateški jesu ciljevi reforme uprave.

Prof. Dr. ZORICA VUKAŠINOVIĆ RADOJIČIĆ

Full Professor, University of Criminal
Investigation and Police Studies
Belgrade

Dr. ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

Senior Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

INTERNATIONAL AND EUROPEAN ADMINISTRATIVE STANDARDS: TOWARDS PROFESSIONAL PUBLIC ADMINISTRATION IN SERBIA

Summary

The paper analyses international and European administrative standards promoting legality, professionalism, responsibility and public service integrity. They have a strong influence on the development and implementation of the standards in national public administration systems. In the context of the public administration reform in the Republic of Serbia, they strongly accelerate reform process regarding legal, institutional, ethical and other aspects. The scientific justification of the paper

has been reflected through analysis and synthesis of International and European administration principles and their implementation in Serbian regulation and practice. Prevailing research methods are theoretical and normative, comparative and descriptive research methods.

Key words: public administration, profesionalisation, international and European public administration standards, legal framework, Serbia

Literatura

- Davinić M., *Evropski ombudsman i loša uprava (maladministration)*, Službeni glasnik, Beograd, 2013.
- Kavran D., *Javna uprava-reforma, trening, efikasnost*, Savet za državnu upravu Vlade Republike Srbije, Udruženje za javnu upravu Srbije, FON, UNDP, Beograd, 2003.
- Meny Y., Knapp A., *Government and Politics in Western Europe – Britain, France, Italy, Germany*, third edition, Oxford University Press, New York, 1998.
- Painter M., Peters B. G., *Tradition and public administration*, Palgrave Macmillan, New York, 2010.
- Pierre J., Peters B. G., *Handbook of Public Administration*, Sage, London, 2003.
- Vukašinović Radojičić Z., Vučetić D., *Profesionalizacija javne uprave u Srbiji*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Knjiga 47, Beograd, 2021.
- Vukašinović Radojičić, Z., *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, 2013.
- Vukašinović Radojičić, Z., *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2015.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BORIS LJUBANOVIĆ

ALEN LALIĆ

PRAVNI OKVIR NAČELA SAMO JEDNOM U ZEMLJAMA ZAPADNOG BALKANA

Načelo samo jednom predstavlja novo postupovno načelo koje mijenja način postupanja državnih tijela u pojedinačnim postupcima. Ono predstavlja obvezu za tijela države da u svojim pojedinačnim postupcima po službenoj dužnosti prikupljaju podatke i dokumentaciju koju su građani i poslovni subjekti već jednom dostavljali bilo kojem tijelu države pa i sudovima. Strankama u postupcima pruža pravnu garanciju da imaju obvezu dostavljati samo one podatke i dokumentaciju koji nisu u posjedu niti jednog državnog tijela ili suda, a ostalu dokumentaciju i podatke će međusobno razmjenjivati tijela države i sudovi. Uvođenje pravnog okvira načela samo jednom je prva točka u njegovoj primjeni, a autori u predmetnom radu analiziraju pravni okvir načela samo jednom u zemljama Zapadnog Balkana. Iz rezultata provedene analize vidljivo je da su zemlje Zapadnog Balkana koje imaju status EU kandidata u svojim novim Zakonima o općem upravnom postupku unijele načelo samo jednom kao dio temeljnih načela tih zakona. Republika Hrvatska kao punopravna članica EU nije unijela u svoj Zakon o općem upravnom postupku predmetno načelo, ali pravni okvir predmetnog načela je stvoren kroz posebni Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi.

Ključne riječi: načelo samo jednom, interoperabilnosti, Zakon o općem upravnom postupku, Zapadni Balkan

Prof. dr Boris Ljubanović, redovni profesor u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku, e-mail: ljboris@pravos.hr.

Mag. iur Alen Lalić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku, predavač na Veleučilištu u Šibeniku, e-mail: alen.lalich@gmail.com.

U V O D

Kada bi se jedan od negativnih stereotipa rada uprave i ostalih tijela pokušao izraziti u nekoj od rečenica koju građani baš nerado čuju bila bi: „nedostaje vam papir“. Određeni stereotipi često imaju određenu mjeru odraza stvarnosti pa tako i ranije navedeni stereotip o radu uprave i ostalih državnih tijela. Od građana i poslovnih subjekata se često traži da dostavljaju mnogobrojnu dokumentaciju, bez objašnjenja zašto je takva dokumentacija potrebna, a zbog čega svaki postupak neopravdano dugo traje i iziskuje mnogo neopravdanih troškova za građanina. Problem je još veći što uprava i tijela države često traže ponovnu dostavu dokumentacije i podataka koje su građani i poslovni subjekti već ranije dostavljali i to često onih podataka i dokumentacije koji su dostavljeni istom tijelu kojem se obraćaju. Negativna percepcija građana o radu države je još više produbljena pojavom raznih digitalnih tehnologija koje iz topline doma ili ureda, građanima i poslovnim subjektima omogućuju da obavljaju neku radnju putem tih istih tehnologija kao da su ih obavili fizički. Takva digitalna revolucija promijenila je sve aspekte života pa je postupno utjecala i na promjenu percepcije o načinu na koji bi državna tijela trebala funkcionirati. S aspekta ranije navedenog stereotipa i problema ponovne dostave dokumentacije pojavljuje se novo postupovno poimanje rada uprave i njezinih tijela, te do pojave i razvoja načela *samo jednom*. Načelo samo jednom predstavlja obvezu za državu i njezina tijela da kada god vode postupak u kojem sudjeluje građanin i poslovni subjekt, moraju po službenoj dužnosti prikupljati podatke i dokumentaciju koja je ranije dostavljena kako tom tijelu koji vodi postupak, tako i onih podataka i dokumentacije koja je dostavljena drugim tijelima i/ili sudovima. Odnosno, s druge strane, da građani i poslovni subjekti samo jednom dostavljaju podatke i dokumentaciju državi (otud i naziv predmetnog načela), a kasnije te iste podatke i dokumente međusobno razmjenjuju tijela države kako im nalaže potreba za njihove pojedine postupke. Prvi korak u implementaciji načela je donošenje odgovarajućeg pravnog okvira koji omogućuje tj. obvezuje takvo procesno postupanje državnih tijela. U predmetnom radu, autori analiziraju pojam načela samo jednom od njegovog teorijskog poimanja do donošenja pravnog okvira predmetnog načela u zemljama Zapadnog Balkana. Sadržajni dio predmetnog rada je podijeljen u tri dijela. U prvom dijelu autori definiraju pojam načela samo jednom u teoriji, te navode koje razlike postoje u njegovom definiranju i zašto. Uz to autori definiraju i pojam elektronične interoperabilnosti baza podataka i je li isti nužan uvjet za primjenu načela samo jednom. U drugom dijelu rada autori analiziraju pravni okvir načela samo jednom u Europskoj uniji, te u zemljama Zapadnog Balkana (Republike Sjeverne Makedonije, Republike Srbije, Republike Albanije, Republike Crne Gore i Republike Hrvatske). U trećem dijelu autori analiziraju povezanosti predmetnog načela sa zahtjevom prava na pravnu državu. Početne hipoteze rada su

da načelo samo jednom u svom minimalnom zahtjevu traži da stranke u postupcima dostavljaju samo one podatke i dokumentaciju koja nije u posjedu države, te da elektronička interoperabilnost baza podataka nije uvjet za primjenu načela samo jednom, izuzev u slučaju Republike Hrvatske. Također početna hipoteza rada je i da je napravljen prvi korak u primjeni načela samo jednom u zemljama Zapadnog Balkana donošenjem odgovarajućeg pravnog okvira primjene predmetnog načela. Zaključna hipoteza rada jeste da je u zemljama Zapadnog Balkana uspostavljen pravni okvir načela samo jednom u upravnim postupcima takav da povreda predmetnog načela predstavlja valjani žalbeni razlog ili razlog za pokretanje upravnosudske zaštite.

POJAM NAČELA SAMO JEDNOM

U pravnoj teoriji ne postoji jedinstvena definicija načela samo jednom i države ga različito tumače ovisno o tome na koji način je predmetno načelo inkorporirano u pravni sustav države.¹ Ono što je zajedničko u teorijskom poimanju predmetnog načela i što predstavlja njegov minimalni zahtjev jest da predstavlja obvezu javnih tijela da ne zahtijevaju od građana i poslovnih subjekata u postupcima dostavu podataka koji su već ranije dostavljeni tijelima javne vlasti, već da javna tijela ponovno uporabljaju ranije dostavljene podatke koji su pohranjeni u državnim bazama podataka.² Razlika u teorijskom poimanju načela ovisi o tome pohranjuju li se isti podaci dostavljeni javnoj vlasti u jednoj ili u više baza podataka. Zakonodavstvo nekih država zahtijeva pohranu podataka prikupljenih od građana samo u jednoj bazi podataka te je zabranjeno stvaranje i pohranjivanje istih podataka u drugoj bazi podataka, pa u tom smislu načelo samo jednom podrazumijeva i pohranjivanje podataka samo u jednoj bazi podataka.³ S druge strane, postoje nacionalna zakonodavstva koja obvezuju vlast na pribavljanje i ponovno korištenje podataka pohranjenih u različitim bazama podataka javne uprave, te obvezu uvođenja više baznih registara.⁴

¹ Robert Krimmer, Tarmo Kalvet, Maarja Olesk, Aleksandrs Cepilovs, *Position Paper on Definition of OOP and Situation in Europe* (u daljnjem tekstu: R. Krimmer, *Position Paper on Definition of OOP and Situation in Europe*), Tallin University of technology, Tallin 2017, 6.

² *Ibidem*.

³ Robert Krimmer, Tarmo Kalvet, Maarja Olesk, Aleksandrs Cepilovs, Efthimos Tambouris, „Exploring and Demonstrating the Once-Only Principle: A European Perspective“ (u daljnjem tekstu: R. Krimmer, „Exploring and demonstrating the Once-only principle“), *Proceedings of the 18th Annual International Conference on Digital Government Research* (ur. Charles C. Hinnant, Charles, Adegboyega Ojo), New York, 2017, 546–551, 547.

⁴ Syzmon Mamrot, Katarinyza Ryzyszczak, „Implementation of the 'Once-Only' Principle in Europe – National Approach“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), *Lecture Notes in Computer Science*, Vol. 12621, Springer, 2021, 11.

Razlika između jednog i drugog poimanja načela samo jednom sastoji se u tome po-
hranjuju li se isti podaci koji su prikupljeni u jednom ili u više baznih registara. Me-
đutim, postoji konsenzus unutar poimanja predmetnog načela, a to je da se podaci od
građanina i drugih subjekata trebaju prikupljati samo jednom.⁵ Načelo samo jednom
se odnosi na prikupljanje podataka ili informacija. Podatak je poznata ili pretpostav-
ljena činjenica na osnovi koje se oblikuje informacija, a sastoji se od skupa kvantita-
tivnih parametara koji se mogu zapisati kao nizovi znakova ili nizovi brojeva.⁶ In-
formacija je skup podataka s pripisanim značenjem, osnovni element komunikacije
koji primljen u određenoj situaciji povećava čovjekovo znanje. Preko svojih osjetila
čovjek prima informacije u obliku skupova podataka a može ih primati umjetnim
kanalima uz pomoć informacijske i komunikacijske tehnologije.⁷ U informacijskom
smislu, dokument je svaka zapisana informacija, odnosno skup podataka prema ko-
joj se postupa kao prema jedinici u dokumentacijskom postupku.⁸ Shodno tome, je-
zičnim tumačenjem teorijskog poimanja načela samo jednom može se zaključiti da
se isti ne odnosi isključivo na podatke i informacije kao takve, već da se isti odnosi
i na one medije u kojima su sadržani takvi podaci i informacije. Drugim riječima,
načelo samo jednom sadrži zabranu ili barem ograničenje javnoj vlasti da zahtjeva
informacije ili podatke, ali i dokumentaciju koja je u njihovom posjedu, s obvezom
javne uprave da međusobno dijeli te iste informacije, podatke i dokumentaciju.⁹

Kada se govori o načelu samo jednom nužno je i obrazložiti pojam intero-
perabilnosti, jer je isti usko vezan uz predmetno načelo. Interoperabilnost u svom
općenitom pojmovnom određenju označuje sposobnost međusobne komunikacije
različitih sustava radi obavljanja određenih zadaća.¹⁰ Zašto je to bitno za načelo
samo jednom? Provedba načela samo jednom u svojoj esencijalnoj biti zahtijeva
suradnju (komunikaciju) različitih institucionalnih aktera i različitih sudionika,
a sve s ciljem kako bi se jednom dostavljeni podaci međusobno razmjenjivali.¹¹

⁵ Naeha Rashid, *Deploying the Once-Only Policy: A Privacy-Enhancing Guide for Policymakers and Civil Society Actors*, Ash Center for Democratic Governance and Innovation, Harvard Kennedy School, Cambridge, 2020, 6.

⁶ Podatak, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=48887>, 21. 3. 2023.

⁷ Informacija, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=27405>, 21. 3. 2023.

⁸ Dokument, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=15752>, 21. 3. 2023.

⁹ Francesco Gorgerino, „Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Vol. 12621, Springer, 2021, 104.

¹⁰ Interoperabilnost, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=27658>, 20. 3. 2023.

¹¹ Maria A. Wimmer, „Once-Only Principle Good Practices in Europe“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Springer, Vol. 12621, 2021, 76.

Digitalna revolucija u zadnja dva desetljeća transformirala je ne samo poslovne aktivnosti i društvo na globalnom nivou, nego i način na koje isto društvo percipira tijela javnih vlasti zasnovanih na papirnatom (fizičkom) načinu komunikacije. Korištenjem suvremenih tehnologija u javnoj upravi postiže se znatno veći stupanj učinkovitosti, transparentnosti, ali i veći stupanj odgovornosti u radu.¹² Upravo zbog toga dolazi do digitalizacije ne samo pojedinih postupaka već i do načina međusobne komunikacije između tijela javnih vlasti, ali i između građana i ostalih subjekata s javnim vlastima. Uspješnost takve komunikacije, ali i razmjena informacija biti će veća ukoliko postoji međusobno elektronički povezani sustav baza podataka koji se vode u elektroničnom obliku. Dakle, s tehničkog poimanja načela samo jednom, realizacija predmetnog načela je vezana i uz međusobno električno povezane interoperabilne bazne registre.¹³ Bazni (osnovni, temeljni) registar odnosi se na pouzdan i autentičan izvor informacija, odnosno skupa podataka koji je pod nadzorom javne uprave ili organizacije koja je na to ovlaštena zakonom.¹⁴ Primjenom ove paradigme unutar administracije i načela samo jednom, javni subjekt mogao bi imati pristup informacijama, podacima ili dokumentima koje posjeduje drugo tijelo bez potrebe (barem tehničke) za bilo kakvu interakciju između dužnosnika. Dovoljno bi bilo da ured koji vodi postupak putem vlastitog računalnog sustava zatraži iste koji su mu potrebni i mogao bi automatski dohvatiti podatke iz registra kojeg je stavila na raspolaganje druga javna uprava.¹⁵ Shodno tome, nacionalna i prekogranična razmjena i ponovna upotreba podataka zahtjeva da informacijski sustavi baznih registara budu interoperabilni tj. da mogu međusobno komunicirati i surađivati digitalnim putem.¹⁶ Međutim, pogrešan bi bio zaključak da je takva elektronična interoperabilnost baznih registara nužan uvjet za primjenu načela samo jednom. Predmetni tehnički uvjet samo pospješuje primjenu predmetnog načela, a njegova primjena će ovisiti o tome je li pravni okvir primjene načela samo jednom zahtjeva isključivo primjenu takvih elektroničnih interoperabilnih baznih registara. Upravo je i SIGMA¹⁷ u svom izvještaju o sprovođenju Zakona

¹² Ana Đanić Čeko, Matko Guštin, „Digitalizacija hrvatske javne uprave s posebnim osvrtom na sustav socijalne skrbi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* (ur. Barić Punda V. et al.), br. 4, Vol. 59, Split, 2022, 795.

¹³ R. Krimmer, „Position paper on definition of OPP and situation in Europe“, op. cit., 10.

¹⁴ Luca Boldrin, Giovanni Paolo Sellito, Jaak Tepandi, „TOOP Trust Architecture“, *The Once-Only Principle*, (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Springer, Vol. 12621, 2021, 126.

¹⁵ F. Gorgerino (2021), op. cit., 111.

¹⁶ R. Krimmer, „Position paper on definition of OPP and situation in Europe“, op. cit., 10.

¹⁷ SIGMA (podrška za unaprjeđenje upravljanja) je zajednička inicijativa OECD-a i Europeke unije koje uglavnom financira EU. Sigma radi sa partnerskim zemljama na osnaživanju sistema

o općem upravnom postupku zemalja Zapadnog Balkana¹⁸ istaknula da određeni infrastrukturni elementi, poput interoperabilnosti relevantnih baza podataka, mogu značajno pojednostaviti poštivanje ovog načela, ali da ZUP-ovima tih zemalja to nije predviđeno kao preduvjet za njegovu primjenu, pa je uprava dužna poštivati načelo samo jednom, bez obzira na to je li elektronička interoperabilnost baznih registara uspostavljena, npr. direktnom komunikacijom između tijela koja čuvaju i koriste podatke.¹⁹

PRAVNI OKVIR NAČELA SAMO JEDNOM

Pravni okvir načela samo jednom u EU

Primjena načela samo jednom je nemoguća bez uvođenja predmetnog načela u pravni sustav države. Rješavanje svih pravnih prepreka i uspostavljanje čvrste pravne osnove jedan je od prvih i najvažnijih strateških pitanja za implementaciju načela samo jednom.²⁰ Europska unija je vodila računa o važnosti uvođenja načela samo jednom u svojim prekograničnim djelatnostima te prvi pokušaj izgradnje svog pravog okvira za primjenu načela samo jednom predstavlja Uredba o jedinstvenom digitalnom pristupniku.^{21, 22} Međutim, predmetna Uredba ima ograničenu primjenu načela samo jednom i to isključivo u određenim prekograničnim digitalnim postupcima.²³ Nadalje, primjena predmetnog načela uvjetovana je i postojanjem adekvatnog tehničkog sustava povezivanja elektroničnih interoperabilnih registara država članica

javnog upravljanja i kapacitete javne uprave od 1992. godine, Sigma at a glance, <https://www.sigmaweb.org/ouexpertise/#d.en.259002>, 20. 3. 2023.

¹⁸ Timo Ligi, Andrej Kmecl, „Implementation of laws on general administrative procedure in the Western Balkans“, *SIGMA Papers*, No. 62, OECD, Paris, 2021.

¹⁹ *Ibidem*, 15.

²⁰ Claudia Gallo, Michele Giove, *Study on eGovernment and the Reduction of Administrative Burden*, Teknologisk institut, Taastrup, 2014, 42.

²¹ Uredba (EU) 2018/1724 Europskog parlamenta i Vijeća od 2. listopada 2018. o uspostavi jedinstvenog digitalnog pristupnika za pristup informacijama, postupcima, uslugama podrške i rješavanja problema te o izmjeni Uredbe (EU) br. 1024/2012 (u daljnjem tekstu: Uredba o jedinstvenom digitalnom pristupniku).

²² Hans Graux, „The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.) Lecture Notes in Computer Science, Vol 12621, Springer, 2021, 84.

²³ U prilogu br. 2 Uredbe o jedinstvenom digitalnom pristupniku navedeni su točno određeni postupci, a koji su grupirani po životnim događajima i to rođenje, boravište, studiranje, rad, preseljenje, umirovljenje i pokretanje vođenje i zatvaranje poduzeća, kao i na prekogranične postupke iz direktiva br. 2005/36/EZ, 2006/123/EZ, 2014/24/EU i 2014/25/EU.

kojeg Komisija treba razviti sa državama članicama.²⁴ Upravo zbog toga određen je i dugi *vacatio legis* predmetne uredbe u dijelu koji se odnosi na primjenu načela samo jednom (ista će stupiti na snagu 12. 12. 2023. godine).²⁵ Osim toga uredba određuje i da upotreba tehničkog sustava interoperabilnosti u postupcima nije obvezna, jer se primjenjuje samo na zahtjev i pristanak korisnika, pri čemu pristanak korisnika mora biti izričit, dobrovoljan, konkretan, informiran i nedvosmislen, da bi tijela nadležna za internetske postupke putem tehničkog sustava tražili dokaze izravno od tijela nadležnih za izdavanje dokaza u drugim državama članicama.²⁶ Isto tako, korisnicima se dopušta i podnošenje dokaza na način koji nije dio tehničkog sustava, pa i podnošenje dokaza izravno odgovarajućem nadležnom tijelu.²⁷ Pored razvoja svog pravnog okvira primjene načela samo jednom, EU utječe i na europeizaciju prava država članica, ali i država kandidatkinja. Na području europeizacije upravnog postupanja, EU djeluje putem ranije spomenute SIGMA-e²⁸ koje je utvrdila niz standarda općeg upravnog postupka, te pri tome prati i nadgleda postupak izgradnje upravnih kapaciteta kao jedan od temeljnih uvjeta za pridruživanje EU, pri čemu njezini standardi i zahtjevi tijekom vremena postaju sve stroži.²⁹ Tako SIGMA u dokumentu načela javne uprave za države kandidatkinje i potencijalne kandidatkinje iz 2017. godine,³⁰ ističe važnost postojanja zakonskog okvira u ostvarivanju interoperabilnih registara i digitalnih usluga sa ciljem pojednostavljenja procedura za građane.³¹

Pravni okvir načela samo jednom u zemljama Zapadnog Balkana

Kao što je u teorijskom poimanju načela samo jednom navedeno, predmetno načelo postoji s ciljem administrativnog rasterećenja građanina i ostalih subjekata i to u dijelu dostava podataka i dokumentacije tijelima javnih vlasti. Upravo zbog toga su bitni zakoni koji reguliraju pravila upravnog postupanja, jer isti sadrže opće odredbe o načinu na koji javnopravna tijela postupaju kada provedu upravni postupak.

²⁴ Čl. 14, st. 1 Uredbe o jedinstvenom digitalnom pristupniku.

²⁵ Čl. 39, st. 3 Uredbe o jedinstvenom digitalnom pristupniku.

²⁶ Čl. 14, st. 7 Uredbe o jedinstvenom digitalnom pristupniku.

²⁷ Čl.14, st. 4 Uredbe o jedinstvenom digitalnom pristupniku.

²⁸ Loc. cit. rbr. 19.

²⁹ Ivan Koprić, *Upoznavanje s novim Zakonom o općem upravnom postupku*, Udruga općina u Republici Hrvatskoj, Zagreb, 2010, 9.

³⁰ Principles of Public Administration 2017 edition, SIGMA, OECD, Pariz, 2017, <https://sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2017-edition-ENG.pdf>, 29. 3. 2023.

³¹ *Ibidem*, 67.

SIGMA je utjecala na EU kandidatkinje Zapadnog Balkana da prilikom donošenja svojih novih Zakona o općem upravnom postupku u iste implementiraju i novine kao što je i načelo samo jednom (uz iznimku Republike Bosne i Hercegovine). Iako postoje razlike načina na koji su ga predmetne zemlje unijele u svoje ZUP-ove (bilo kao samostalno načelo ili kao dio drugih načela) predmetno načelo predstavlja sada dio temeljnih načela ZUP-ova zemalja Zapadnog Balkana.

Prema Zakonu o općem upravnom postupku Republike Sjeverne Makedonije,³² načelo samo jednom je regulirano u okviru poglavlja temeljnih načela i to kao dio načela traženja materijalne istine.³³ Odredbom kojom je propisano načelo samo jednom određuje se da je javnopravno tijelo dužno po službenoj dužnosti prikupljati, pregledavati i obrađivati pohranjene podatke u službenim evidencijama i upisnicima, osim ako je pristup tim podacima zabranjen određenim zakonom.³⁴ Uz to, određeno je i da javnopravno tijelo ima pravo od stranke pribaviti samo podatke ili identifikacijske dokumente relevantne za utvrđivanje činjenica i okolnosti, ako isti nisu evidentirani u službenim evidencijama.³⁵ ZUP MKD određuje presumpciju da je stranka predala podatke i isprave uz svoj zahtjev ukoliko se radi o podacima i dokumentima koji se vode u službenim evidencijama tijela koji vodi taj sam postupak.³⁶ Ukoliko se radi o službenim evidencijama drugog tijela, tijelo koje vodi postupak će pribaviti od istih po službenoj dužnosti od drugog tijela elektroničnim putem, pod uvjetom da je stranka dala privolu da se koriste njeni osobni podaci radi pribave dokumenata i podataka. Također, ukoliko se upravni postupak vodi po službenoj dužnosti, tijelo koje vodi postupak je dužno pribaviti podatke i dokumente iz službenih evidencija svojih ali i iz onih službenih evidencija koje se vode kod drugog tijela a koje je isto dužno dostaviti elektroničnim putem u roku od tri dana od dana primitka zahtjeva.³⁷

Za razliku od ZUP MKD-a, Zakonom o općem upravnom postupku Republike Srbije,³⁸ načelo samo jednom je dio drugog temeljnog načela i to načela učinkovitosti

³² Zakon o općem upravnom postupku Republike Sjeverne Makedonije (Zakon za opšta upravna postapka), *Službeni vesnik na RSM*, br. 145, u daljnjem tekstu: Zakon o općem upravnom postupku Republike Sjeverne Makedonije ili ZUP MKD.

³³ Čl. 10 ZUP MKD-a.

³⁴ Čl. 10, st. 2 ZUP MKD-a.

³⁵ Čl. 10, st. 3 ZUP MKD-a.

³⁶ Čl. 56, st. 3 i 4 ZUP MKD-a.

³⁷ Čl. 57, st.1, st.2 i 3 ZUP MKD-a.

³⁸ Zakon o opštem upravnom postupku Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije br. 18/2016, 95/2018 - autentično tumačenje i 2/2023 - odluka US*, u daljnjem tekstu: Zakon o općem upravnom postupku Republike Srbije ili ZUP RS.

i ekonomičnosti postupka.³⁹ Odredba koja sadrži načelo samo jednom određuje da je javnopravno tijelo dužno po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom, vršiti uvid u podatke o činjenicama neophodnim za odlučivanje o kojima se vodi službena evidencija te da ih pribavlja i obrađuje,⁴⁰ s tim da organ može od stranke zahtijevati samo one podatke koji su neophodni za njezinu identifikaciju i dokumente koji potvrđuju činjenice o kojima se ne vodi službena evidencija.⁴¹ Procedura primjene načela samo jednom prema ZUS RS podrazumijeva da organ koji vodi postupak po službenoj dužnosti pribavlja podatke iz svojih ili službenih evidencija drugih organa u najkraćem mogućem roku ako se isti mogu pribaviti elektroničnim putem, a ako se ne mogu elektroničnim putem pribaviti onda se isti moraju pribaviti najkasnije u roku od 15 dana.⁴² Uz to ZUS RS predvidio je i da je stranka koja podnijela zahtjev za pokretanje postupka dala i prešutni pristanak da se podaci iz službenih evidencija pribavljaju od strane upravnog tijela, osim ukoliko je izričito dala izjavu da će sama pribaviti podatke.⁴³ ZUP RS, ne samo što je predvidio obvezu za tijela da po službenoj dužnosti prikupljaju podatke o kojima se vodi službena evidencija, već je predvidio i novčano kažnjavanje u novčanom iznosu od 5.000,00 do 50.000,00 srpskih dinara i to ovlaštenog službenog lica tijela, ukoliko isto tijelo postupi protivno predmetnom načelu, odnosno ne prikupi i obrađi podatke iz službenih evidencija.⁴⁴ Ono što je zanimljivo u pogledu ZUP RS-a, je što je isti napravio korak dalje u implementaciji načela samo jednom, te je u svojim prijelaznim i završnim odredbama odredio da odredbe drugih zakona i propisa prema kojima je određena obaveza za stranku i drugog sudionika u postupku da tijelu dostavljaju podatke o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija, prestaju važiti istekom 90 dana od dana stupanja na snagu ZUP RS-a.⁴⁵ Stupnjem na snagu predmetne odredbe (stupila na snagu 8. lipnja 2016. godine) prestaju važiti svi posebni propisi (zakonski i podzakonski) suprotni načelu samo jednom, te su tijela dužna primjenjivati načelo samo jednom neovisno što je propisano u odredbama posebnih zakona i drugih propisa.

Zakonom o općem upravnom postupku Republike Albanije⁴⁶ načelo samo jednom nije propisano kao jedno od općih načela upravnog postupka, nego kao dio

³⁹ Čl. 9, ZUP RS-a.

⁴⁰ Čl. 9, st. 3 ZUP RS-a.

⁴¹ Čl. 9, st. 4 ZUP RS-a.

⁴² Čl.103, st. 1 i 2 ZUS RS-a.

⁴³ Čl.103, st. 3 ZUS RS-a

⁴⁴ Čl. 207 ZUP RS-a.

⁴⁵ Čl. 215 ZUP RS-a.

⁴⁶ Zakon o općem upravnom postupku Republike Albanije (Kodi i procedurave administrative i Republikes se Shqiperise), *LIGJ*, Nr. 44/2015, u daljnjem tekstu: Zakon o općem upravnom postupku Republike Albanije ili ZUP ALB.

temeljnih procesnih načela administrativne istrage. Prema ZUP ALB predviđeno je da dokumente iz službenih evidencija a koji potvrđuju akte, činjenice i svojstva potrebna za upravno razmatranje, pribavlja tijelo uprave po službenoj dužnosti, ako su ti isti dokumenti i podaci pod njegovom upravom ili upravom drugih javnih organa, a pri tome javni organ može zahtijevati od stranke samo potrebne informacije o njihovoj identifikaciji.⁴⁷ Međutim, ZUP ALB ne sadrži druge odredbe koje propisuju samu proceduru ostvarivanja načela samo jednom.

U Zakonu o upravnom postupku Crne Gore,⁴⁸ načelo samo jednom predstavlja samostalno načelo te nije dio drugih načela kao u slučaju ranijih analiziranih ZUP-ova. Načelo samo jednom u ZUP CG označeno je kao načelo pribavljanja podataka po službenoj dužnosti, te je određena obveza javnopravnih tijela prilikom odlučivanja u upravnom postupku, da po službenoj dužnosti vrše uvid, pribavljaju i koriste podatke iz službenih evidencija i registara, a koje vodi taj javnopravni organ, odnosno drugi nadležni organ, osim ako je pristup tim podacima ograničen u skladu sa zakonom.⁴⁹ Iako predstavlja samostalno načelo sama procedura primjene načela samo jednom nije opisana kao što je primjerice opisana u ZUP MKD i ZUP RS. Predmetni ZUP CG glede načela samo jednom predviđa da će tijelo koji vodi postupak pribaviti podatke iz službenih evidencija neovisno o kojem obliku se iste službene evidencije vode, te da stranka uz svoj zahtjev nije dužna podnijeti ili navesti podatke ili dokumentaciju koja proizlazi iz službenih evidencija.⁵⁰

Republika Hrvatska za razliku od analiziranih zemalja je punopravna članica Europske unije i svoj novi Zakon o općem upravnom postupku⁵¹ je donijela mnogo ranije u odnosu na druge zemlje Zapadnog Balkana. Upravo činjenica što je ZUP RH donesen znatno ranije (prije digitalne revolucije i razvoja koncepta načela samo jednom) i kao što Ljubanović zaključuje da se Republici Hrvatskoj prilikom pristupanja EU pogledalo „kroz prste“ glede administrativnog kriterija učinkovite javne uprave,⁵² ZUP Republike Hrvatske ne sadrži odredbe o načelu samo jednom. Ipak pogrešan bi bio zaključak da Republika Hrvatska nema pravni okvir koji

⁴⁷ Čl. 77, st. 3 ZUP ALB.

⁴⁸ Zakon o upravnom postupku Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 56/14, 20/15, 40/16 i 37/17, u daljnjem tekstu: Zakon o upravnom postupku Crne Gore ili ZUP CG.

⁴⁹ Čl. 13 ZUP CG.

⁵⁰ Čl. 105, st. 2 i 3 ZUP CG-a.

⁵¹ Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine*, br. 47/09, 110/21, u daljnjem tekstu: Zakon o općem upravnom postupku Republike Hrvatske ili ZUP RH.

⁵² Boris Ljubanović, „Pravo EU u upravnom pravu i postupku“, *Procesno-pravni aspekti prava EU* (ur. doc. dr. sc. Tunjica Petrašević, doc. dr. sc. Igor Vuletić), Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Juraja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2016, 173.

predviđa primjenu načela samo jednom u upravnim postupcima. Temeljni Zakon u Republici Hrvatskoj koji sadrži načelo samo jednom je Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi.⁵³ Odredba ZDII-a koja sadrži načelo samo jednom predstavlja čl.10 koji predviđa da tijela javnog sektora preuzimaju autentične podatke iz temeljnih registara, u pravilu bez dodatnih provjera. Pri tome, preuzimaju se autentični podaci utvrđeni zakonom ili međunarodnim sporazumom o ustrojavanju javnog registra i/ili podaci potrebni u okviru obavljanja zakonom propisanih poslova.⁵⁴ Tijela javnog sektora koja provede svoje pojedinačne postupke dužna su pribaviti, odnosno preuzeti podatke iz javnih registara po službenoj dužnosti, bez traženja istih podataka od stranaka, građana ili poslovnih subjekata u postupku.⁵⁵ Međutim, predmetnu odredbu treba tumačiti zajedno sa ostalim odredbama ZDII-a, kako bi se utvrdilo pod kojim uvjetima funkcionira načelo samo jednom prema predmetnom zakonu. Prije svega, potrebno je uzeti definiranje pojmova prema ZDII-u, a koji će pomoći u boljem tumačenju predmetne odredbe. Tako ZDII definira autentični podatak kao podatak koji je izvoran i vjerodostojan, te je kao takav određen zakonom ili proizlazi iz svrhe uspostave javnog registra određene zakonom.⁵⁶ Sam podatak predstavlja osobne podatke sukladno propisima koji reguliraju zaštitu osobnih podataka, kao i druge podatke koji se obrađuju u javnim registrima, sa svrhom obavljanja zakonom određenih poslova i zadaća tijela javnog sektora pri tome podatak određuje entitet, odnosno predmet upisa, koji može biti pravna ili fizička osoba, prostor, stvar, događaj ili veza entiteta.⁵⁷ Samo preuzimanje podataka u baze podataka odnosi se na pribavljanje podataka iz temeljnih registara, a putem državne informacijske infrastrukture.⁵⁸ Temeljni registar je onaj javni registar u kojem se prikuplja i vodi barem jedan autentični podatak, a koji je kao temeljni određen odlukom Vlade Republike Hrvatske.⁵⁹ Zaključno, javni registar je službena evidencija koja se vodi u elektroničkom obliku, a sastoji se od strukturiranih, uređenih, međusobno povezanih i usklađenih podataka o subjektu upisa u registar, i podataka koji su u svezi sa subjektom upisa u registar iz djelokruga tijela javnog sektora, a ustrojen je i vodi se na temelju zakona ili međunarodnog

⁵³ Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi, *Narodne novine*, br. 92/14, u daljnjem tekstu: Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi ili ZDII.

⁵⁴ Čl. 10, st. 1 ZDII-a.

⁵⁵ Čl. 10, st. 2 ZDII-a.

⁵⁶ Čl. 2, st. 1, tač. 1 ZDII-a.

⁵⁷ Čl. 2, st. 1, tač. 12 ZDII-a.

⁵⁸ Čl. 2, st. 1, tač. 14 ZDII-a.

⁵⁹ Čl. 2, st. 1, tač. 18 ZDII-a.

sporazuma i služi za prikupljanje i pohranu podataka u okviru obavljanja propisanih poslova tijela javnog sektora.⁶⁰

Analizirajući prije navedenu odredbu u ZDII-u o načelu samo jednom, te autentično tumačenje koje ZDII daje iz iste proizlazi da su tijela javnog sektora prilikom vođenja bilo kojeg postupka dužni primjenjivati načelo samo jednom, odnosno preuzimati podatke isključivo iz temeljnih javnih registara koji se vode u elektroničnom interoperabilnom obliku. Iz toga može proizaći i drugi zaključak, da se svi oni podaci koji nisu sadržani u takvom elektronskom, temeljnom javnom registru mogu pribavljati od stranaka neovisno što se radi o podacima s kojima već raspolaže tijelo javnog sektora.

NAČELO SAMO JEDNOM I PRAVO NA PRAVNU DRŽAVU

Načelo samo jednom daje jamstvo građaninu i poslovnom subjektu da će dostaviti samo jednom podatke tijelima države, a ukoliko tijelima vlasti budu ponovno potrebne informacije iste neće tražiti od građanina ili poslovnog subjekta već će isti informacije preuzeti iz svojih registara. Zemlje Zapadnog Balkana uz iznimku Republike Hrvatske u svojim ZUP-ovima propisuju načelo samo jednom kao dio njihovih temeljnih načela ZUP-ova. Upravni postupak je kao i svaki postupak uvjetovan primjenom njegovih načela tijekom čitavog postupka koji su obvezujući za primjenjivača, te se njegov značaj ogleda prilikom izjavljivanja žalbe i pokretanja upravnih sporova u slučaju njihove povrede.⁶¹ Odstupanje od istih načela je moguće samo ako je to neophodno i ako ZUP predviđa takvo odstupanje.⁶² Na taj način se zaštićuju pravni interesi stranke a i osigurava se valjanost upravnog akta i provedene upravne procedure.⁶³ Primjenom takve paradigme na načelo samo jednom, isto načelo predstavlja jedan od zahtjeva zakonitosti upravnog postupanja. Svaka povreda predmetnog načela prema ZUP-ovima zemalja Zapadnog Balkana predstavlja valjani žalbeni razlog ili razlog radi pokretanja upravnosudske zaštite. Zakon o općem upravnom postupku Republike Hrvatske ne predviđa načelo samo jednom kao dio svojih temeljnih načela, ali Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi predviđa primjenu načela samo jednom u svim pojedinačnim

⁶⁰ Čl. 2. st. 1, tač. 10 ZDII-a.

⁶¹ Ivo Borković, *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002, 403.

⁶² Slavoljub Popović, *Upravno pravo, opšti deo, deveto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Savremena administracija, Beograd, 1979, 408.

⁶³ Ivo Krbeč, *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1950, 441.

postupcima, pa time i u upravnim postupcima. Shodno tome, povreda načela samo jednom prema ZDII-u također predstavlja valjani žalbeni razlog ili razlog radi pokretanja upravnog spora. Ipak postoji razlika, glede načina povrede načela samo jednom u slučaju upravnog postupka koji se vodi u Republici Hrvatskoj u odnosu na ostale zemlje Zapadnog Balkana. Naime, ranije spomenuti Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi kao uvjet primjene načela samo jednog traži postojanje elektroničnog interoperabilnog javnog registra. Shodno tome, stranka u upravnom postupku u Republici Hrvatskoj može opravdano podnositi žalbu ili pokrenuti upravni spor zbog povrede načela samo jednom jedino ukoliko se od stranke tražila dostava dokumentacije koja je već sadržana u temeljnom elektroničnom interoperabilnom registru. S druge strane, pravni okvir načela samo jednom u ostalim zemljama Zapadnog Balkana ne traži postojanje elektroničnog interoperabilnog sustava službenih evidencija za njegovu primjenu, pa do povrede predmetnog načela dolazi ako se od stranke traži dostava podataka iz svih službenih evidencija, neovisno o obliku u kojem se vode iste službene evidencije.

ZAKLJUČAK

Načelo samo jednom je novo postupovno načelo koje će utjecati na promjenu načina razmišljanja kako tijela države trebaju funkcionirati. Isto polazi od pretpostavke da je jednostavnije i jeftinije da tijela države prikupljaju već dostavljene podatke i dokumentaciju sami, a ne da isto traže od građana i poslovnih subjekata. S druge strane, načelo stvara garanciju građaninu i poslovnom subjektu da se jednom dostavljeni podaci i dokumentacija od njega više neće tražiti, nego će ih tijela države međusobno razmjenjivat. U teorijskom poimanju predmetnog načela postoji razlika u tome je li se isti podaci mogu pohranjivati isključivo u jednoj bazi podataka ili je moguće da se isti podaci pohrane u više baza podataka, ali onaj minimalni zahtjev predmetnog načela je da se samo jednom dostavljaju podaci tijelima države. Elektronične interoperabilne baze podataka olakšavaju pristup ne samo tijelima koja vode brigu o njima, već i onim tijelima koja trebaju dohvatiti podatke iz drugih baza podataka. Shodno tome, ključni uspjeh primjene načela samo jednom je uvjetovan postojanjem elektroničnih interoperabilnih baza podataka. Međutim, ista interoperabilnost nije sama po sebi uvjet za primjenu načela samo jednom, već ovisi o pravnom okviru načela samo jednom. Pravni okvir načela samo jednom u Europskoj uniji je učinjen donošenjem Uredbe o jedinstvenom digitalnom pristupniku ali primjena se odnosi na samo pojedinačne elektronične prekogranične postupke te je uvjetovana postojanjem elektroničnog sustava interoperabilnih registara i postojanja izričitog pristanka stranke u postupku.

Zemlje Zapadnog Balkana pod utjecajem SIGMA-e kao dio svog „EU puta“ su donijele nove Zakone o općim upravnim postupcima a koji sadrže načelo samo jednom kao dio načela upravnih postupaka. Zakon o općem upravnom postupku Republike Hrvatske ne sadrži načelo samo jednom kao dio temeljnih načela jer je donesen znatno ranije nego Zakoni o općem upravnom postupku ostalih zemalja Zapadnog Balkana. Međutim, posebni Zakon o državnoj informacijskoj infrastrukturi propisuje primjenu načela samo jednom u svim pojedinačnim postupcima u Republici Hrvatskoj, ali je njegova primjena uvjetovana postojanjem elektroničnih interoperabilnih registra. Iz odredbi ZUP-ova zemalja Zapadnog Balkana te Zakona o državnoj informacijskoj infrastrukturi vidljivo je da analizirane države preuzimaju onaj teorijski koncept načela samo jednom u kojoj se podaci moraju dostaviti jednom ali se mogu pohraniti u više baza podataka. Povreda načela samo jednom predstavlja u upravnim postupcima žalbeni razlog ili razlog radi pokretanja upravnosudskog postupka. Jedina razlika koja postoji u odnosu na Republiku Hrvatsku i ostale zemlje Zapadnog Balkana jeste što primjena, a time i povreda načela samo jednom ovisi o postojanju elektroničnog interoperabilnog registra dok u zemljama Zapadnog Balkana postojanje elektroničnog interoperabilnog registra nije isti uvjet njegove primjene i povrede. Na osnovi svega autori zaključuju da su sve njihove početne hipoteze postavljene u uvodnom dijelu rada dokazane.

Prof. Dr. BORIS LJUBANOVIĆ
Full Professor, Faculty of Law J. J. Strossmayer
University of Osijek

ALEN LALIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law J. J. Strossmayer
University of Osijek

LEGAL FRAMEWORK OF ONLY ONCE PRINCIPLE IN THE COUNTRIES OF THE WESTERN BALKANS

Summary

The only once principle represents a new procedural principle that changes the way of understanding how state bodies should act in individual procedures. It represents an obligation for state bodies in their individual proceedings *ex officio* collect data and documentation that citizens and business entities have already submitted to any state body, including courts. It provides a legal guarantee to subjects in proceedings that they have the obligation to submit only those data and documentation that are not in the possession of any state body or court, and the rest of the documentation and data will be exchanged between state bodies and courts. The legal framework is the first point in its application,

and the authors in the subject paper analyze the legal framework of the only-once principle in the countries of the Western Balkans. From the results of the analysis, it is evident that the EU candidate countries of the Western Balkans have included the principle only once in their new General Administrative Procedure law. The Republic of Croatia, as a full member of the EU, did not introduce the principle in question into its Law on General Administrative Procedure, but the legal framework of the principle in question was created through a special law of state information infrastructure.

Key words: only once principle, interoperability, Law on general administrative Procedure, Western Balkan

Literatura

- Boldrin L., Sellito P. G., Tepandi J., „TOOP Trust Architecture“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Springer, Vol. 12621, 2021.
- Borković I., *Upravno pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2002.
- Danić Č. A., Guštin M., „Digitalizacija hrvatske javne uprave s posebnim osvrtom na sustav socijalne skrbi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* (ur. Barić Punda V. et al.), br. 4, Vol. 59, Split, 2022.
- Gallo C., Giove M., *Study on eGovernment and the Reduction of Administrative Burden*, Teknologisk instut, Taastrup, 2014.
- Gorgerino F., „Legal Basis and Regulatory Applications of the Once-Only Principle: The Italian Case“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Vol. 12621, Springer, 2021.
- Graux H., „The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Vol. 12621, Springer, 2021.
- Koprić I., *Upoznavanje s novim Zakonom o općem upravnom postupku*, Udruga općina u Republici Hrvatskoj, Zagreb, 2010.
- Krbek I., *Osnovi upravnog prava FNRJ*, Izdavački zavod Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1950.
- Krimmer R., Kalvet T., Olesk M., Cepilovs A., Tambouris E., „Exploring and Demonstrating the Once-Only Principle: A European Perspective“, *Proceedings of the 18th Annual International Conference on Digital Government Research* (ur. Charles C. Hinnant, Charles, Adegboyega Ojo), New York, 2017.
- Krimmer R., Kalvet T., Olesk, M., Cepilovs A., *Position Paper on Definition of OOP and Situation in Europe*, Tallin University of tehnology, Talin, 2017.
- Ligi T., Kmecl A., „Implementation of laws on general administrative procedure in the Western Balkans“, *SIGMA Papers*, No. 62, OECD, Paris, 2021.
- Ljubanović B., „Pravo EU u upravnom pravo i postupku“, *Procesno-pravni aspekti prava EU* (ur. doc. dr. sc. Tunjica Petrašević, doc. Dr. sc. Igor Vuletić), Pravni fakultet Sveučilišta Josipa Juraja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2016.

- Mamrot S., Rzyszczyk K., „Implementation of the 'Once-Only' Principle in Europe – National Approach“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, vol 12621. Springer, 2021.
- Popović S., *Upravno pravo, opšti deo, deveto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Savremena administracija, Beograd, 1979.
- Rashid N., *Deploying the Once-Only Policy: A Privacy-Enhancing Guide for Policymakers and Civil Society Actors*, Ash Center for Democratic Governance and Innovation, Harvard Kennedy School, Cambridge, 2020.
- Wimmer A. M., „Once-Only Principle Good Practices in Europe“, *The Once-Only Principle* (ur. Krimmer R., Prentza A., Mamrot S.), Lecture Notes in Computer Science, Springer, Vol. 12621, 2021.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MIODRAG PEŠIĆ

IZAZOVI UPRAVNOG SUDSTVA U CRNOJ GORI

„Pravda odgođena je pravda uskraćena“

William E. Gladstone

Pravo građana na dobru upravu, kroz segment koji se odnosi na postupanje organa javne uprave u okviru razumnog vremenskog okvira, svakako podrazumijeva blagovremeno postupanje i Upravnog suda. Efikasan sistem zaštite ljudskih prava je ideal kojem teži svako demokratsko društvo, pa je tako i crnogorski zakonodavac, donošenjem novog Zakona o upravnom sporu, želio da učvrsti temelje pravne sigurnosti onima koji zatraže zaštitu pred Upravnim sudom, i to na način što će strankama osigurati okončanje postupaka pred sudom u najkraćem mogućem roku. Iako je učinkovitost nekog zakona veoma teško „izmjeriti“, nesumnjivo je da se kroz analizu aktuelnih zakonskih rješenja i postojeće sudske prakse, može doći do nekih zaključaka koji bi ukazivali na to da li je implementacija određenog zakonskog rješenja dala neke rezultate. Osim toga, sudska praksa je veoma često znala da „utaba stazu“ određenim normativnim rješenjima. Upravo je cilj ovog rada da se, kroz analizu određenih zakonskih rješenja i sagledavanjem sudske prakse, proceni da li su donošenjem novog Zakona o upravnom sporu, stvorene normativne pretpostavke koje bi garantovale da Upravni sud Crne Gore donosi odluke u razumnom roku, te da li eventualno ima prostora za unaprjeđenje normativnog okvira u ovoj oblasti prava.

Ključne riječi: pravo na suđenje u razumnom roku, upravni spor, Upravni sud Crne Gore, spajanje postupaka, ćutanje uprave

Miodrag Pešić, magistar pravnih nauka, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, predsjednik Upravnog suda Crne Gore, e-mail: miodrag.pesic@sudstvo.me.

U V O D

Pravo na pravično suđenje predstavlja ključnu komponentu uređenog sudskog sistema, koji čini garanciju ostvarenja zaštite prava svih onih koji tu zaštitu traže pred sudom, između ostalog i kroz pravo na suđenje u razumnom roku.¹ Te garancije su ustanovljene kako opštim aktom najveće pravne snage – Ustavom Crne Gore, tako i zakonom, ali i međunarodnim dokumentima – Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.² Pravo na pravično suđenje je zaštićeno odredbom čl. 6 st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, na način što je, kada je u pitanju vremenski okvir u kojem su nadležni državni organi dužni da postupaju, propisano da svako tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Iako čl. 6 Konvencije navodi da se pravo na suđenje u razumnom roku primjenjuje u situacijama kada se odučuje o nečijim građanskim pravima i obavezama, odnosno o krivičnoj optužbi protiv određenog lica u sudskom postupku, polje dejstva navedenog člana je znatno šire, pa on obuhvata i upravni postupak, a samim tim i upravni spor.³ Inače, Evropski sud za ljudska prava je razvio veoma bogatu praksu kada je u pitanju suđenje u razumnom roku, pa se tako u periodu od 1959. do 2020. godine, od ukupno donesenih 19.739 presuda u kojim je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu barem jednog konvencijskog prava, čak 5.950 presuda odnosi na povredu prava na suđenje u razumnom roku.⁴ I kada je u pitanju Crna Gora, upravo je najveći broj presuda donijet zbog kršenja prava na suđenje u razumnom roku, jer su u periodu

¹ „Pravičnost suđenja zahteva da postupanje sudova bude ekspeditivno i da se sudski postupci u državama koje su ratifikovale konvenciju okončaju u razumnom roku.“ Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić, Vladimir Đerić, Goran Ilić, Ivan Janković, Edo Korljan, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, Tatjana Papić, Dragoljub Popović, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, 140.

² Konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama je potpisana u Rimu 1950. godine, a stupila je na snagu 1953. godine. Državna zajednica Srbija i Crna Gora je 2003. godine ratifikovala Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Nakon što je stekla nezavisnost, Crna Gora je Savjetu Evrope uputila izjavu o sukcesiji u odnosu na sve konvencije koje je potpisala ili je strana ugovornica bila državna zajednica Srbija i Crna Gora, da bi 2007. godine Crna Gora postala članica Savjeta Evrope.

³ „Čl. 6, st. 1 Konvencije, pa time i njegov aspekt prava na suđenje u razumnom roku primjenjuje se i na postupke iz područja javnog prava ako oni na određeni način utiču na privatna imovinska prava podnosioca zahtjeva“, *Case of Sporrang and Lonroth v. Sweden*, European Court of Human Rights, 7151/75, 7172/75, 23. 9. 1982. par. 79, hudoc

⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_ENG.pdf, 20. 9. 2023.

od marta 2004. do 2020. godine donesene 34 presude u kojima je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku, od kojih je čak sedam doneseno u 2020. godini.

Kada su u pitanju međunarodni standardi zaštite prava na suđenje u razumnom roku, svakako valja pomenuti i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, koji u čl. 14 propisuje više garancija prava na pravično suđenje za sva lica koja su optužena za krivično djelo, uključujući i pravo da mu bude suđeno bez velikog zakašnjenja.⁵

Takođe, i Povelja o ljudskim pravima Evropske unije⁶ garantuje svakom kome su povrijeđena prava i slobode zajamčene pravom Unije da ima pravo na djelotvorno pravno sredstvo pred sudom, kao i da svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom osnovanim na osnovu zakona.

Osim međunarodnih standarda, pravo na suđenje u razumnom roku je garantovano i Ustavom Crne Gore, imajući u vidu da je odredbom čl. 32 Ustava propisano da svako ima pravo na pravično i javno suđenje u razumnom roku, pred nepristrasnim i zakonom ustanovljenim sudom.⁷

Radi sveobuhvatnog uređenja mehanizma zaštite prava na suđenje u razumnom roku, skraćanja trajanja sudskih postupaka, odnosno radi obezbjeđenja djelotvornog pravnog lijeka u slučaju povrede prava na suđenje u razumnom roku, crnogorski zakonodavac je u svoj pravni sistem uveo i Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.⁸ Prema Zakonu o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, pravna sredstva za zaštitu prava na suđenje u razumnom roku su zahtjev za ubrzanje postupka (kontrolni zahtjev) i tužba za pravično zadovoljenje, a kada je u pitanju upravni spor, isto pravo je rezervisano za stranku i zainteresovano lice. Istim zakonom su propisani i parametri koji se uzimaju u obzir prilikom odlučivanja o zahtjevu za ubrzanje postupka (kontrolni zahtjev) i tužbi za pravično zadovoljenje, a tu se misli na složenost predmeta, ponašanje podnosioca pravnog sredstva, ponašanje suda i drugih državnih organa, organa lokalne samouprave, javnih službi i drugih nosilaca javnih ovlašćenja.

⁵ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen i otvoren za potpis, ratifikaciju i pristupanje rezolucijom Generalne skupštine 2200 A (XXI) od 16. decembra 1966. Stupio na snagu 23. marta 1976. godine.

⁶ Charter on Fundamental Rights of the European Union, 2007/C 303/01, Strasbourg, 12. 12. 2007.

⁷ Ustav Crne Gore, *Službeni list CG*, br.1/07 i 38/13 – Amandmani I–XVI.

⁸ Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni list CG*, br. 11/07.

Osim Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, i Zakon o parničnom postupku⁹ štiti pravo na suđenje u razumnom roku, na način što čl. 11 propisuje dužnost suda da nastoji da postupak sprovede bez odugovlačenja, u razumnom roku, sa što manje troškova i da onemogući svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku. Osim opšte odredbe kojom se štiti pravo na suđenje u razumnom roku, u funkciji takvog postupanja, Zakon o parničnom postupku određuje rokove za preduzimanje određenih radnji u postupku, pa tako propisuje da se tužba sa prilogima dostavlja tuženom na odgovor u roku od 30 dana od dana prijema uredne i potpune tužbe u sudu,¹⁰ isti rok je propisan i za odgovor na tužbu, računajući od dana kada je tuženom uredno uručena tužba sa prilogima.¹¹ Zakon o parničnom postupku sadrži i niz drugih odredbi kojima se podstiče postupanje sudova u razumnom roku.¹²

Zakon o upravnom postupku propisuje obavezu vođenja postupka bez odugovlačenja i sa što manje troškova, ali tako da se pravilno i potpuno utvrde sve činjenice i okolnosti bitne za uspješno i potpuno ostvarivanje i zaštitu prava i pravnih interesa stranaka, odnosno drugih učesnika u postupku.¹³

Kada je u pitanju Zakon o upravnom sporu, valja istaći da je čl. 4 istog zakona normirano da se na pitanja postupka u upravnom sporu koja nijesu uređena ovim zakonom, shodno primjenjuje zakon kojim se uređuje parnični postupak, pa kako pitanje postupanja u razumnom roku (u smislu generalne odrebe) nije propisano Zakonom o upravnom sporu, to i Upravni sud ima nastojati da postupak sprovede bez odugovlačenja, u razumnom roku, sa što manje troškova i da onemogući svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postupku.¹⁴ S druge strane, neka nova zakonska rješenja (o kojima će biti riječi u daljem dijelu rada), takođe su u funkciji postupanja u razumnom vremenskom okviru.

⁹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni list CG*, br. 22/04, 28/05 – odluka US i 76/06, *Službeni list CG*, br. 47/15 – dr. zakon, 48/15, 51/17, 75/17 – odluka US, 62/18 – odluka US, 34/19, 42/19 – ispr. i 76/20.

¹⁰ Čl. 278 Zakona o parničnom postupku .

¹¹ Čl. 279 Zakona o parničnom postupku.

¹² Tako je čl. 284, st. 3 Zakona o parničnom postupku propisano da će se pripremno ročište, po pravilu, održati u roku od 30 dana od dana kada tuženi dostavi pisani odgovor na tužbu, dok je čl. 295 Zakona o parničnom postupku propisano da se glavna rasprava, po pravilu, mora održati u roku od 60 dana od dana održavanja pripremnog ročišta. Takođe, odredbama o prekluziji predlaganja dokaza, rokovima za donošenje presude, izjavljivanje žalbe, postupanja u pojedinim posebnim postupcima, svakako se promoviše postupanje suda u razumnom roku.

¹³ Čl. 10 Zakona o upravnom postupku, *Službeni list CG*, br. 56/14, 20/15, 40/16 i 37/17.

¹⁴ Zakon o upravnom sporu, *Službeni list CG*, br. 54/16.

Pitanje dužine trajanja određenog vremenskog perioda, koji se može okarakterisati kao razuman, svakako predstavlja jedno od najkompleksnijih pitanja koje se postavlja prilikom odlučivanja u predmetima koji svoj osnov nalaze u čl. 6 st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Bez obzira što postoji veliki broj presuda koje se odnose na povredu ovog člana, kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava su se iskristalisali određeni kriterijumi, koji predstavljaju smjernice koje pomažu prilikom određivanja da li je određeni vremenski period razuman, što je pohvalno, imajući u vidu „da se interesi pojedinaca u svezi sa brzinom donošenja odluka, moraju podudarati s zahtjevom ispravnog vođenja postupka“.¹⁵ Kada se govori o kriterijumima koji su se iskristalisali kroz praksu suda, tu se prije svega misli na to koliko je određeni predmet kompleksan (u činjeničnom i pravnom smislu), te ponašanje podnosioca predstavke, ali i nadležnih organa. Osim navedenih kriterijuma, kao bitan se iskristalisao i značaj predmeta spora za podnosioca predstavke.

Da li je određeni predmet kompleksan ili nije, veoma je teško odgovoriti, i to predstavlja predmet ispitivanja suda u svakom konkretnom slučaju, imajući u vidu da se kompleksnost može javiti u činjeničnom, pravnom i činjenično-pravnom smislu.

Što se tiče ponašanja podnosioca predstavke, vodi se računa da li je u postupanju podnosioca predstavke bilo preduzetih radnji, ili propuštanja preduzimanja određenih radnji, što je uticalo na to da se postupak odugovlači. Nadležni organi, s druge strane, radnje trebaju da preduzimaju blagovremeno, ali osim blagovremenosti, neophodno je da i te radnje budu djelotvorne, odnosno da preduzimanje neke radnje proizvede pravnu posljedicu koja je u funkciji okončanja postupka koji se vodi. Prema tome, kada se odlučuje o tome da li je poštovana garancija roka u razumnim granicama, uzimaju se u obzir samo ona kašnjenja koja se mogu pripisati državi, odnosno koja su prouzrokovali njeni organi.¹⁶

Iako se kao vodeći slučaj u Crnoj Gori, kada je u pitanju pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, navodi predmet *Stekić protiv Crne Gore*¹⁷ treba istaći da je predmet *Stanka Mirković i ostali protiv Crne Gore*¹⁸ od naročite važnosti

¹⁵ Bosiljka Britvić Vetma, „Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 6) i upravni spor“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2008, 138.

¹⁶ *Case of Napijalo v. Croatia*, European Court of Human Rights, 66485/01, 13. 11. 2003, § 61, hudoc.

¹⁷ *Case of Stakić v. Montenegro*, European Court of Human Rights, 49320/07, 2. 10. 2012, hudoc.

¹⁸ *Case of Stanka Mirković and others v. Montenegro*, European Court of Human Rights, 33781/15, 33785/15, 34369/15, 34371/15, 7. 3. 2017, hudoc.

za crnogorski pravosudni sistem, jer je to jedna (najupečatljivija) od nekoliko presuda protiv Crne Gore u kojoj je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu čl. 6 Konvencije zbog dužine trajanja postupka pred upravnim organima. Naime, tokom perioda od deset godina, šest mjeseci i jedanaest dana, crnogorski sudovi su donijeli dvadeset i jednu odluku (uključujući i dvije odluke Ustavnog suda) i vraćali postupak na ponovno odlučivanje čak devet puta (u vrijeme odlučivanja po podnijetoj predstavi, predmet je ponovo bio pred prvostepenim upravnim organom), pa je Evropski sud za ljudska prava, utvrđujući povredu čl. 6 Konvencije, našao da niti kompleksnost predmeta, niti ponašanje podnosioca predstave, ne objašnjavaju dužinu trajanja postupka, a Vlada nije dala bilo kakva objašnjenja za odlaganje.

Osim pitanja dužine trajanja određenog vremenskog perioda, koji se može okarakterisati kao razuman, kao sporno se postavilo i pitanje perioda koji treba uzeti u razmatranje, tj. od kada počinje da teče period koji se uzima kao relevantan prilikom odlučivanja da li se radi o postupku koji se vodio u razumnim granicama. I odgovor na ovo pitanje je iskristalisala sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava, pa je tako u jednoj presudi navedeno „Što se tiče razdoblja koje treba uzeti u obzir, sud prvo primjećuje da je upravni postupak pokrenut 19. 9. 1997. godine, a da je 14. 9. 1999. godine Područni ured u Sisku donio rješenje kojim je odbijen zahtjev podnositeljice zahtjeva. Međutim, razdoblje koje treba razmotriti započelo je tek 9. 7. 1999. godine, kada je podnositeljica zahtjeva uložila žalbu protiv tog rješenja, jer je tada nastao 'spor' u smislu čl. 6 st. 1 Konvencije.¹⁹

Iz naprijed navedenog, jasno se može zaključiti kolika je važnost prava na suđenje u razumnom roku, kada je u pitanju sprovođenje upravnih sporova, a samo inkorporiranje konvencijskog prava u djelovanje svog upravnog sistema, ukazuje na jasnu opredijeljenost Crne Gore da se prikloni standardima koji osiguravaju zaštitu ljudskih prava na zadovoljavajućem nivou.

ORGANIZACIJA UPRAVNOG SUDSTVA U CRNOJ GORI

Crna Gora svoje prve korake, kada je u pitanju sudska vlast, pravi ustanovljavanjem organa koji se zvao Praviteljstvo suda crnogorskog i brdskog, koji je osnovan 1798. godine na zajedničkom zboru crnogorskih i brdskih glavara u manastiru Stanjevići (Pobori, Budva), a koji je poznat i po imenu Kuluk ili Senat. Međutim, to tijelo se, imajući u vidu stepen razvoja crnogorskog društva, s obzirom na to da

¹⁹ Case of *Bozic v. Croatia*, European Court of Human Rights, 22457/02, 29. 6. 2006, § 26, hudoc.

se i nije moglo govoriti o organizaciji državnog aparata u modernom smislu, i nije bavilo pitanjima koja se odnose na upravnu materiju, već se rad ovog tijela zasnivao na primjeni Stege crnogorske i brdske (1796) i Zakonika opšteg crnogorskog i brdskog (1798), odnosno običajnog prava, a rad istog je bio veoma značajan za sudsko suzbijanje krivičnih djela.

Nakon što je Ustavotvornoj skupštini saopštena sadržina Ustava koji je izradio knjaz Nikola Petrović, ista ga je „primila“ aklamacijom (oktroisani Ustav), pa se tako i Crna Gora pridružila svim ostalim evropskim zemljama koje su već donijele ustave (izuzev Osmanskog carstva). Donošenje Ustava je imalo naročitu važnost za razvitak upravnog sudstva u Crnoj Gori. Naime, čl. 118 Ustava, koji je pripadao petoj glavi istog, ustanovljen je Državni savjet, koji je u suštini predstavljao reformisani Državni savjet iz 1879. godine i koji se sastojao od šest članova²⁰ koje je postavljao knjaz, a koji je takođe, postavljao i predsjednika Državnog savjeta, iz reda članova istog, i koji u suštini predstavljao upravni sud koji je nadležan za rješavanje upravnih sporova, iako je zadržao i neke upravne nadležnosti.²¹

Stvaranjem Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, a zatim i Jugoslavije, Crna Gora je izgubila nezavisnost, a samim tim je i ustrojstvo upravnih sudova bilo

²⁰ Državni Savjetnici mogu biti oni crnogorski državljani: koji su navršili 35 godina života, koji su svršili redovno kakav fakultet na strani ili kakvu višu stručnu školu koja stoji u rangu fakulteta, i koji su proveli 10 godina u državnoj službi, ili oni koji su bili ministri. Čl. 119 Ustava za Knjaževinu Crnu Goru.

²¹ Državni Savjet ima ove dužnosti: 1) da proučava zakonske prijedloge, koja vlada podnosi Narodnoj Skupštini i da daje svoje mišljenje o njima; 2) da daje vladi svoje mišljenje o predmetima, koje bi mu ona predložila; 3) da rasmatra i rješava žalbe protiv ministarskih rješenja u spornijem administrativnijem pitanjima. Ta rješenja Državnoga Savjeta obavezna su za ministre; 4) da rješava sukobe između administrativnijih vlasti, kao i između sudskih i administrativnijih vlasti; 5) da sudi državnijem činovnicima kao disciplinarnim sud; 6) da odobrava djelimične izdatke iz opštega kredita određenoga budžetom za vanredne potrebe, kao i djelimično upotrebljavanje određenoga kredita za velike građevine; 7) da odobrava izuzetno stupanje u crnogorsko državljanstvo; 8) da odobrava poravnjanja između države i pojedinijih lica, koja bi se pokazala kao korisna po državne interese; 9) da odobrava zaduživanje države, kao i vanredne kredite u slučajevima predviđenijem čl. 93. ovoga Ustava; 10) da rasmatra i rješava po žalbama protiv ukaza, kojima se vrijeđaju zakonom ujemčena privatna prava; ako je pak ukazom povrijeđen kakav državni materijalni interes u korist pojedinaca, onda Glavna Državna Kontrola ima pravo da se žali Državnom Savjetu u ime države; 11) da rasmatra i rješava po žalbama protiv ministarskih rješenja, donesenijih po predmetima, za koje ministar po zakonu nije nadležan, ili kad prelaze krug njegove zakonom određene vlasti; 12) da rješava o prodaji neporetnijih dobara, koja pripadaju oblastima, kapetanijama i opštinama; 13) da rješava o rashodovanju onijeh suma, za koje bi se pokazalo, da nemaju otkud naplatiti; 14) da može od Glavne Državne Kontrole zahtijevati potrebne izvještaje o državnijem računima; 15) da presuđuje o žalbama protiv osudnijeh rješenja Glavne Državne Kontrole; i 16) da vrši one poslove, koje bi odredili razni zemaljski zakoni. Član 120 Ustava za Knjaževinu Crnu Goru.

drugačije, pa je tako upravni sud osnovan za svako ono područje na kojem je postojao apelacioni sud, s tim što je sve vrijeme postojao i vrhovni upravni sud – Državni savjet, čije je sjedište bilo u Beogradu. Mreža upravnih sudova je bila ustojena na način da je prvostepeni upravni sud sa sjedištem u Beogradu bio nadležan za područje Srbije²² i Vojvodine, dok je sud u Zagrebu bio nadležan za teritoriju Hrvatske sa Slovenijom i Međumurjem, sud u Celju je bio nadležan za područje Slovenije sa Prekomurjem, za teritoriju Bosne i Hercegovine je bio nadležan prvostepeni upravni sud sa sjedištem u Sarajevu, za Južnu Srbiju u Skoplju, dok je za Dalmaciju i Crnu Goru bio nadležan prvostepeni upravni sud u Dubrovniku.

U periodu koji slijedi neposredno po završetku Drugog svjetskog rata, u suštini i nije postojao sudski mehanizam kontrole rada uprave, s obzirom na to da se kontrola obavljala u okviru same državne uprave, a takvo stanje je bilo sve do donošenja Zakona o upravnim sporovima²³ iz 1952. godine.²⁴ U kasnijem razvoju Jugoslavije koju je činilo šest socijalističkih republika i dvije autonomne pokrajine, put razvoja upravnog pravosuđa je bio trasiran saveznim zakonima iz 1952. godine, koji je noveliran 1964. godine, te novim zakonom iz 1977. godine.²⁵ Na osnovu zakonskog rješenja iz 1977. godine, nadležnost za rješavanje upravnih sporova je predviđena za vrhovne sudove socijalističkih republika, te za Vrhovni vojni sud i savezni sud.

Novija istorija upravnog sudstva u Crnoj Gori počinje osnivanjem Upravnog suda Crne Gore, Zakonom o sudovima,²⁶ koji je stupio na snagu 21. marta 2002. godine. Do početka funkcionisanja Upravnog suda, upravni sporovi su rješavani u Vrhovnom sudu Crne Gore. Osnivanjem Upravnog suda, uspostavljena je jedna specijalizovana sudska instanca koja bi trebala da bude garant pravne sigurnosti i koja bi trebala da unese izvjesnost zakonitog odlučivanja u upravnim stvarima, odnosno svim upravnim oblastima.

Upravni sud, iako je ustanovljen u 2002. godini, sa radom je počeo 1. januara 2005. godine i osnovan je za cijelu teritoriju Crne Gore, a sjedište mu je u Podgorici.

²² Pojedini autori navode da je Državni savjet, nakon donošenja Ustava iz 1888. godine, kada je Srbija postala ustavna monarhija, vrši sudsku kontrolu nad upravnom vlašću, koji se tada po prvi put javlja kao administrativni sud, te da je svoje nadležnosti zadržao i u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, sve do donošenja Vidovdanskog ustava (1921. godine), Milena Jakšić, Milan Macura, „Istorijski razvoj upravnog spora u pravnoj nauci“, *Baština*, Priština, Leposavić, 2018, 185.

²³ *Službeni list FNRJ*, br. 23/52.

²⁴ Slavoljub Popović, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Stručna knjiga, 1977/1978, 47.

²⁵ *Službeni list SFRJ*, br. 4/77.

²⁶ *Službeni list SRCG*, br. 5/02.

Nadležnost suda je utvrđena Zakonom o sudovima,²⁷ pa je tako tim zakonom propisano da Upravni sud odlučuje u upravnom sporu o zakonitosti upravnih akata, kao i zakonitosti drugih pojedinačnih akata kada je to zakonom određeno.²⁸ Nema dileme da je zakonodavac, na način na koji je odredio nadležnost Upravnog suda, istu postavio veoma široko, jer se ona, u suštini, opredjeljuje posebnim zakonima – svim onim zakonima kojima je propisana mogućnost vođenja upravnog spora. Imajući u vidu broj predmeta pred Upravnim sudom, svakako se može postaviti pitanje da li je organizacija upravnog sudstva u srazmjeri sa predmetom upravnog spora, s obzirom na nespornu intenciju proširivanja oblasti u kojima je moguće voditi upravni spor,²⁹ budući da je nizom novijih zakona propisana ova mogućnost (npr. Zakon o otklanjanju posljedica oduzimanja imovine u uvali Valdanos).³⁰

Član 6 Zakona o upravnom sporu³¹ propisuje da upravni spor rješavaju Upravni sud Crne Gore i Vrhovni sud Crne Gore, te da u upravnom sporu sud odlučuje u vijeću sastavljenom od troje sudija (izuzetno može odlučivati i sudija pojedinac). Što se tiče nadležnosti Vrhovnog suda Crne Gore, ona je rezervisana za odlučivanje po zahtjevu za ispitivanje sudske odluke – pravosnažne odluke Upravnog suda, po kojem Vrhovni sud odlučuje u vijeću od troje sudija, po pravilu na nejavnoj sjednici.

SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU PRED UPRAVNIM SUDOM CRNE GORE

Dužina trajanja postupaka svakako predstavlja najveći problem u funkcionisanju, ne samo crnogorskog pravosudnog sistema, već i pravosudnih sistema daleko naprednijih država.³² Iako su aktivnosti na reformi pravosuđa započete još

²⁷ *Službeni list CG*, br.11/15 i 76/20.

²⁸ Čl. 22 Zakona o sudovima.

²⁹ Jedan od posljednjih slučajeva proširivanja nadležnosti Upravnog suda se desio krajem 2022. godine, kada je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o komunalnim djelatnostima (*Službeni list CG*, br. 140/22) u nadležnost Upravnog suda „dodato“ i odlučivanje po tužbi korisnika individualne komunalne potrošnje iz kategorije fizičkih lica ukoliko je nezadovoljan odlukom po prigovoru organa lokalne uprave nadležnog za vršenje upravnog nadzora nad radom vršioca komunalne djelatnosti.

³⁰ *Službeni list CG*, br. 54/16.

³¹ *Službeni list CG*, br. 68/21.

³² Marko Šikić navodi da je jedna od najvažnijih zadata modernih pravnih država „ustrojiti i razvijati takve postupovne sustave koji će omogućiti građanima da vlastite pravne situacije, u postupcima

početkom 21. vijeka, na njoj se i dalje u kontinuitetu radi, da bi se, unapređenjem uslova za jačanje pravne sigurnosti izgradio adekvatan sistem zaštite i promocije ljudskih prava i osnovnih sloboda, te je reformu pravosuđa, zbog specifičnosti upravnog spora, morala pratiti i Strategija upravne reforme (koja je započeta 2003. godine); može se opravdano postaviti pitanje da li se sa reformom postiglo to što je bilo očekivano. Naime, već je naprijed navedeno da je u periodu od 1959. do 2020. godine, od ukupno donesenih 19.739 presuda u kojim je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu barem jednog konvencijskog prava, čak 30% presuda odnosi na povredu prava na suđenje u razumnom roku, a da su u odnosu na Crnu Goru, u periodu od marta 2004. do 2020. godine donesene 34 presude u kojima je Evropski sud za ljudska prava utvrdio povredu prava na suđenje u razumnom roku, od kojih je čak sedam doneseno u 2020. godini. Ako se tome doda činjenica da se pred Upravnim sudom Crne Gore, u vrijeme pisanja ovog rada, vodi oko 26.000 (dvadeset šest hiljada) postupaka, da je prosječno vrijeme trajanja postupka oko 500 (pet stotina) dana, naprijed navedeno pitanje svakako dobija na aktuelnosti.

Načelo učinkovitosti postupka, koje se u upravnom sporu primjenjuje shodnom primjenom Zakona o parničnom postupku,³³ trebalo bi da garantuje brže i efikasnije sprovođenje upravnog spora. Međutim, koliko je odredbama novog Zakona o upravnom sporu, koje su, sasvim nesporno inkorporirane u novi zakonski tekst iz razloga efikasnijeg vođenja upravnog spora, učinjen korak naprijed, te koliko je sudska prasa u funkciji ostvarivanja prava na suđenje u razumnom roku, odgovor se može dati samo detaljnom analizom pojedinih zakonskih rješenja, odnosno analizom sudske prakse.³⁴

Svakako, neka nova rješenja koji je donio Zakon o upravnom sporu iz 2016. godine (koji je u primjeni od 1. jula 2017. godine), skraćuju procedure, pa je tako propisan rok za podnošenje tužbe od 20 dana od dana dostavljanja akta stranci,³⁵

pred tijelima javne vlasti, riješe u primjerenim vremenskim okvirima“. Marko Šikić, „Vremenski okviri odlučivanja u hrvatskom upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, 2010, 93.

³³ *Službeni list RCG*, br. 22/04, 28/05, 76/06, *Službeni list Crne Gore*, br. 73/10, 47/15, 48/15, 51/17, 75/17, 62/18, 34/19, 42/19, 76/20, 108/21. Čl. 11 st. 1 navedenog zakona, na koji upućuje čl. 4 Zakona u upravnom sporu (shodna primjena) propisano je da je sud dužan da nastoji da se postupak sprovede bez odugovlačenja, u razumnom roku, sa što manje troškova i da onemoguću svaku zloupotrebu prava koja strankama pripadaju u postuku.

³⁴ Kada je u pitanju Hrvatska, pojedini autori navode da su ZUS-om iz 2010. godine stvorene normativne pretpostavke za poštovanje ustavnog i konvencijskog prava na donošenje odluke u upravnim stvarima u razumnom roku. Sanja Otočan, „Načelo učinkovitosti upravnog spora u svijetlu konvencijskog prava na suđenje u razumnom roku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2020, 185.

³⁵ Čl. 17 Zakona o upravnom sporu.

umjesto 30 dana kakvo je rješenje bilo po starom zakonu. Takođe, novim Zakonom o upravnom sporu predviđeni su slučajevi kada po tužbi postupa sudija pojedinac,³⁶ u odnosu na ranije važeći zakon³⁷ koji je predviđao, u čl. 15 st. 2, da o tužbi odlučuje Upravni sud u vijeću od trojice sudija, čime su stvoreni uslovi za racionalizaciju u postupanju suda, a samim tim i za uštedu vremena u postupanju sudija.

Kada se već govori o učinkovitosti, institucionalnoj organizaciji sudova u Crnoj Gori i sastavu suda pri rješavanju upravnih sporova, valja napomenuti da je to tema koja zaokuplja pravne teoretičare i praktičare upravnog prava ne samo u Crnoj Gori, već i u zemljama Evropske unije.³⁸

Apsolutno ne postoji neki univerzalan model organizacije pravosuđa, koji bi bio prihvaćen u crnogorskom pravnom sistemu i koji bi garantovao funkcionisanje upravnog sudstva na način kojim bi se zadovoljili standardi suđenja u razumnom roku.³⁹ Ovo naročito u vremenu kada se crnogorsko upravno pravosuđe susreće sa rekordnim brojem priliva predmeta (priliv koji je u 2022. godini bio za više od 100% veći u odnosu na 2021. godinu, a priliv u prvih devet mjeseci 2023. godine je već dostigao godišnji priliv predmeta iz rekordne 2022. godine), pa ukoliko se ovakav trend nastavi, osim detaljne analize razloga zbog čega se to dešava, ne bi bilo loše razmisliti i o tome da li postoji, a imajući u vidu tradiciju, pravnu kulturu, politički ambijent, finansijska sredstva, mogućnost reorganizacije upravnog pravosuđa u Crnoj Gori. Naravno, ako rezultat te analize bude ukazivao da se, bez obzira na sve intervencije koje bi bile preduzete, trend rasta predmeta pred Upravnim sudom ne bi zaustavio, trenutni kapaciteti suda (čak i kada bi se broj sudija, kojih je po Pravilniku o orijentacionim mjerilima za određivanje potrebnog broja sudija šesnaest, udvostručio, ne bi dao neki vidljiviji rezultat) nedovoljni su da se odgovori tom zadatku. U tom pravcu treba razmisliti o reorganizaciji crnogorskog upravnog

³⁶ Čl. 16 st. 3 Zakona o upravnom sporu.

³⁷ Zakon o upravnom sporu, *Službeni list RCG*, br. 60/03, 73/10 i 32/11.

³⁸ U Hrvatskoj ima autora koji su se bavili predmetnom problematikom, odnosno da li upravne sporove unutar nadležnog suda treba da rješavaju sudska vijeća ili sudije pojedinci, sa sugestijom da se radi o jednom od područja hrvatskog upravnog spora, koje bi trebalo drugačije regulirati, s obzirom na to da je zakonsko rješenje u Republici Hrvatskoj, od 2012. godine, da pred upravnim sudovima odlučuje isključivo sudija pojedinac. Dario Đerđa, David Kryska, „Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu: Kako unaprijediti hrvatski upravni spor?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2018, 104.

³⁹ U nekim državama upravno sudstvo je ustrojeno u okviru sustava redovitih sudova, u nekima postoje specijalizirani sudovi, koji rješavaju samo upravne sporove, dok je u nekim državama dio upravnosudskog sustava u okviru redovitog, a dio u okviru posebnog sudstva. Dario Đerđa, „Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2008, 87.

pravosuđa, na način što bi se osnovala tri regionalna upravna suda (stručna upravna vijeća pri tri najveća suda u svakoj od tri regije u Crnoj Gori), a sadašnji Upravni sud bi preuzeo ulogu Vrhovnog upravnog suda.⁴⁰ Ono što bi bila prednost jednog takvog rješenja je činjenica da bi se Upravni sud Crne Gore rasteretio, što bi, kroz propisivanje mjesne nadležnosti upravnog pravosuđa, isto bilo znatno dostupnije građanima, što ne bi trebalo povećavati ukupan broj sudija u Crnoj Gori, jer ta mjesta su već određena orijentacionim mjerilima, a broj predmeta u prvostepenim redovnim sudovima bi dozvoljavao jednu takvu intervenciju, koja ne bi bila velikom obima (izmjena svega par zakona), te što za isto ne trebaju znatna novčana sredstva.

S druge strane, sistem na kojem se zasniva zaštita u upravnom sporu, prema Zakonu o upravnom sporu Crne Gore, počiva na tome da po tužbi odlučuje Upravni sud u vijeću sastavljenom od troje sudija, a Vrhovni sud, takođe u vijeću od troje sudija, odlučuje po zahtjevu za ispitivanje sudske odluke Upravnog suda.⁴¹ Osim odlučivanja u vijeću od troje sudija, postoje i slučajevi kada Upravni sud odlučuje u formaciji od jednog sudije, i to u situacijama kada odbija tužbu, jer je ista nepotpuna ili nerazumljiva (a nije podnijeta od strane punomoćnika koji je advokat, Zaštitnik imovinsko-pravnih interesa Crne Gore, organ opštine nadležan za zaštitu imovinskopravnih interesa opštine), ako tužilac u ostavljenom roku, uz ukazivanje na posljedice nepostupanja, ne otkloni nedostatke na koje mu je ukazano, pod uslovom da se radi o nedostacima koji sprječavaju rad suda.⁴² Osim naprijed navedene nadležnosti sudije pojedinca, ista postoji i kada Upravni sud odbija tužbu, jer je ista neblagovremena, ili je podnijeta prije vremena, jer je očigledno da se upravnim aktom ili drugom upravnom aktivnošću koja se tužbom osporava ne dira u pravo tužioca ili njegov pravni interes, u situacijama kada se tužba odbija jer protiv upravnog akta ili druge upravne aktivnosti koja se tužbom osporava nije uopšte ili nije blagovremeno izjavljen pravni lijek koji je u skladu za zakonom mogao biti izjavljen, kada odbija tužbu jer već postoji pravosnažna sudska odluka donijeta u istoj stvari, te kada tužbu odbija jer je poslije podnošenja tužbe osporeni

⁴⁰ Slična organizacija je bila u Češkoj, kada je 2003. godine uspostavljen Upravni sud i upravno sudstvo podijeljeno u dvije instance, gdje je prvu instancu činilo osam okružnih sudova (stručna vijeća, a ne specijalizovana vijeća), dok je preispitivanje njihovih odluka vršio Upravni sud. Vojtech Šimiček, „Upravno sudstvo u Češkoj Republici – razvoj i odabrani problemi – Dio I“, *Nova pravna revija*, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ Stiftung), Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnika, br. 1, 2011, 31.

⁴¹ Sreten Ivanović, *Novi zakon o upravnom sporu Komentar sa sudskom praksom*, Vrhovni sud Crne Gore, Podgorica, 2017, 182.

⁴² Čl. 21 st. 2 Zakona o upravnom sporu.

akt poništen po tužbi druge stranke.⁴³ Sudija pojedinac će postupati i u slučaju donošenja rješenja o prekidu (slučaj iz čl. 24 Zakona o upravnom sporu – postupak po uzorku) i kada donosi odluku po pravosnažnost presude u izabranom predmetu (po postupku po uzorku).⁴⁴

Funkcionalna nadležnost u okviru određenog suda (tzv. horizontalna funkcionalna nadležnost) itekako može da utiče na blagovremenost u postupanju, pa ako se ima u vidu rješenje koje je prihvaćeno u crnogorskom pravnom sistemu i koje je naprijed izloženo, može se zaključiti da je isto u funkciji ubrzanja postupaka pred Upravnim sudom, jer je, iako kao izuzetak, propisalo nadležnost sudije pojedinca za odlučivanje u određenim pravnim stvarima. Na taj način se vijeća rasterećuju i ostavlja se mogućnost da sudija pojedinac, u tačno određenim taksativno nabrojanim slučajevima, odluči o predmetu spora. S druge strane, može se reći da je kolegijalni način odlučivanja, sa određenim izuzecima, pravilo u većini evropskih zemalja (Slovenija, Češka, Poljska...), a što se možda može pravdati i kompleksnošću i raznovrсноšću materije, koja se obrađuje u upravnom sporu, odnosno brojnošću opštih akata čija primjena je neophodna da bi se riješila određena upravna stvar. Imajući u vidu broj predmeta pred Upravnim sudom Crne Gore, svakako bi sistem u kojem sudija pojedinac odlučuje u upravnom sporu, trenutno bio prihvatljiviji, ali se može postaviti pitanje da li bi to moglo uticati na kvalitet sudskih odluka, s obzirom na to da upravnom sporu prethodi upravni postupak, u kojem bi bilo očekivano da je odlučivala osoba koja je usko specijalizovana za oblast u kojoj je odlučivala, a u upravnom sporu bi odlučivao sudija pojedinac iz pravnog sistema koji ne poznaje specijalizaciju sudija.⁴⁵

U svijetlu konkretnih dešavanja u upravnom pravosuđu Crne Gore, kada je isto opterećeno ogromnim brojem novopodnesenih tužbi zbog ćutanja uprave u smislu odredbi Zakona o slobodnom pristupu informacijama⁴⁶ kao nužnost se

⁴³ Čl. 22 st. 1, tač 1 i tač. 3–6 Zakona o upravnom sporu.

⁴⁴ Čl. 16 st. 2, tač. 2 i 3 Zakona o upravnom spora.

⁴⁵ Neki autori smatraju da bi propisivanje isključivog rješavanja od strane sudije pojedinca, nesumnjivo moglo dovesti do smanjenja kvaliteta sudskih odluka, a da će jedan od razloga smanjenja kvaliteta sudskih presuda biti konformističko pristajanje suca pojedinca na obrazloženje rješenja koje se u upravnom sporu osporava, zbog objektivne nemogućnosti dubinske analize rješenja koja se donesu, odnosno postupanja javnopravnih tijela, što će neminovno dovesti do smanjenja nivoa zaštite prava stranaka, ali i objektivne zakonitosti. Marko Šikić, Frano Staničić, „Sastav suda u upravnom sporu – s posebnim osvrtom na odlučivanje suca pojedinca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 2014, 381.

⁴⁶ U toku 2021. godine, Upravni sud je primio 1.479 tužbi zbog ćutanja uprave, koje su podnijete na osnovu Zakona o slobodnom pristupu informacijama, u toku 2022. godine taj broj je iznosio 5.064 tužbi, dok je za prvih devet mjeseci 2023. godine, Upravni sud primio čak 8.023 takve tužbe.

nameće intervencija u zakonodavnom okviru koja se tiče, između ostalog, funkcionalne nadležnosti u Upravnom sudu, na način što će se eventualno proširiti polje djelovanja sudije pojedinca u svim onim postupcima u kojima je tužba podnijeta zbog ćutanja uprave, a sud ocijeni da presudom treba obavezati javnopravni organ da odluči o zahtjevu stranke.⁴⁷

Nesumnjivo da tužbe zbog ćutanja uprave značajno opterećuju upravno-sudski aparat, s obzirom na to da znatno usporavaju postupanje pred Upravnim sudom, imajući u vidu da se značajni administrativni kapaciteti angažuju radi postupanja po tim tužbama. Osim toga, u veoma velikom broju postupaka koji su formirani po tužbama zbog ćutanja uprave, traženo je održavanje javne rasprave (uglavnom svi predmeti), što dodatno otežava funkcionisanje suda, jer osim što zahtijeva i dodatnu organizaciju oko korišćenja samo dvije sudnice kojima sud raspolaže, utiče na raspoloživo vrijeme koje sudije posvećuju pripremi svih ostalih predmeta.

Tendencija rasta tužbi zbog ćutanja uprave ukazuje na postojanje problema prilikom primjene Zakona o slobodnom pristupu informacijama, tačnije njegovoj tzv. zloupotrebi. Naravno, kada se govori o tužbama zbog ćutanja uprave i zloupotrebi prava, ne misli se na one tužbe koje su rezultat istinskog ćutanja uprave, jer javnopravni organ nije odlučio (o zahtjevu, žalbi) u zakonom propisanom roku, već o onim tužbama koje su posljedica podnošenja ogromnog broja zahtjeva (zatrpanje organa zahtjevima kojima se traže informacije koje su beznačajne), gdje fizički i nije moguće odgovoriti na te zahtjeve.

Izazov sa kojim se sreće upravno sudstvo u Crnoj Gori je veoma zahtjevan, kod činjenice da nigdje tako kao u upravnom sporu, zbog same njegove prirode, nije izražen zahtjev za suđenjem u razumnom roku, s obzirom na to da „kašnjenje u provedbi zakonskih i podzakonskih propisa može dovesti do osjećanja nemoći građana pred pravnim sustavom i gubitka vjere u samu pravnu državu“.⁴⁸ Ovo posebno ako se ima u vidu da se upravnim aktima odlučuje o pravima i obavezama građana, tj. o njihovim životnim pitanjima, kao što su pravo iz radnih odnosa državnih službenika i namještenika, pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na povraćaj

⁴⁷ Vlada Crne Gore je na sjednici koja je održana 23. 6. 2022. godine utvrdila Predlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o upravnom sporu (Zaključak Vlade Crne Gore br.04-3866/2 od 23. 6. 2022. godine), kojim je, između ostalog, predviđeno da Upravni sud može da riješi spor bez sprovođenja usmene rasprave ako je tužba podnijeta zbog ćutanja uprave, a sud ocijeni da presudom treba obavezati javnopravni organ da odluči o zahtjevu, ali isti nije imao neophodnu većinu prilikom glasanja u Skupštini Crne Gore.

⁴⁸ Marko Šikić, „Pitanje uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2008, 1.

imovine (kroz postupak povraćaja i obeštećenja koji je regulisan posebnim zakonom – Zakonom o povraćaju oduzetih imovinskih prava i obeštećenju), pravo na penziju, prijem u državljanstvo... Treba istaći da postojanje velikog broja tužbi zbog ćutanja uprave, ne samo da usporava postupke pred Upravim sudom, i otežava pristup sudu građanima kojima je zaista potrebna reakcija Upravnog suda u formi sudske odluke, već tužbe zbog ćutanja uprave, koje su podnijete samo iz razloga ostvarivanja finansijske dobiti kroz troškove postupka, koštaju građane Crne Gore veoma mnogo novca.

Zbog samog značaja koji Zakon o slobodnom pristupu informacijama ima za svaki demokratski sistem,⁴⁹ potrebno je obezbijediti njegovu djelotvornu primjenu u praksi, jer u suprotnom, on ostaje mrtvo slovo na papiru. S obzirom na broj tužbi koji se svakodnevno podnosi Upravnom sudu, čiji cilj svakako nije (u najvećem broju) da se obezbijedi da javnost zna informacije koje su u posjedu organa vlasti, radi vršenja demokratske kontrole vlasti i ostvarivanja ljudskih prava, već ostvarivanje dobiti kroz troškove postupka koje dosuđuje sud, neophodno je omogućiti, kako organima uprave, tako i Upravnom sudu, da funkcionišu u regularnim uslovima, koji svakako ne podrazumijevaju odlučivanje u stotinama i hiljadama zahtjeva za slobodan pristup inofirmacijama koje su podnijete od strane određenih pravnih lica, u svega par dana.⁵⁰ Zbog toga je naprije neophodno izmijeniti Zakon o slobodnom pristupu informacijama na način što će se naprije u istom inkorporirati odredba o zabrani zloupotrebe prava na slobodan pristup informacijama, a kakavo rješenje je već prepoznato u nekim zemljama Evropske unije.⁵¹

⁴⁹ Pravo na pristup informacijama prepoznato je u demokratskim zemljama kao preduvjet transparentnosti i odgovornosti vlasti koja štiti građane od lošeg upravljanja i korupcije vlasti. Lana Ofak, „Pravo na pristup informacijama kao pravo zaštićeno Europskom konvencijom i drugim međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2016, 922.

⁵⁰ Neki autori navode i načela koja se odnose na pristup informacijama, pa prepoznaju načelo javnosti i slobodnog pristupa, pravovremenosti, potpunosti i tačnosti, načelo jednakosti, načelo raspolaganja informacijama. Dragan Elijaš, Sandra Marković, Sanja Trgovac, „Pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti – kroz ustavnosudski aspekt i stajališta Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2017, 505.

⁵¹ 5. člen Zakona o dopolnitvi Zakona o dostopu do informacij javnega značaja, *Uradni list RS*, št. 7/18, (načelo prostega dostopa) - ... (5) Organ može izuzetno da uskrati tražiocu pristup traženoj informaciji, ako podnosilac sa jednim ili više funkcionalno povezanih zahtjeva očigledno zloupotrebljava pravo na pristup informacijama javnog karaktera u skladu sa ovim zahtjevom, ili je očigledno da su podneseni zahtjevi nasilničke prirode. <http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO3336>; čl. 23 st. 6 tač. 5 Zakona o pravu na pristup informacijama Republike Hrvatske (NN 25/13, 85/15 i 69/22) propisuje da će „tijelo javne vlasti rješenjem odbiti zahtjev ako jedan ili više međusobno povezanih podnositelja putem jednog ili više funkcionalno vezanih

Međutim, implementacija eventualno novog zakonskog rješenja, kojim bi se normirala zloupotreba prava na pristup informacijama, sasvim sigurno ne bi bila dovoljna da se broj aktuelnih predmeta svede na neku razumnu granicu. U tom pravcu treba razmišljati i o produženju rokova za odlučivanje po žalbi,⁵² kao mjeri koja bi omogućila drugostepenom organu da ima više vremena za postupanje po žalbama, afirmaciji još proaktivnijeg pristupa javnih organa kada je u pitanju javno objavljivanje podataka koje su po zakonu dužni da objavljuju, ali i o kontinuiranoj obuci službenika koji odlučuju po zahtjevima za slobodan pristup informacijama, ili eventualno odlučuju po žalbama na odluke prvostepenih organa.

Osim ogromnog broja tužbi zbog ćutanja uprave, kao jedan od razloga zbog kojih Upravni sud ne može da ostvari punu efikasnost (i efektivnost) je i nedosljedna sudska praksa Vrhovnog suda Crne Gore, a koja se ogleda u različitom pristupu tog suda prilikom odlučivanja o spajanju postupaka u upravnom sporu. Naime, odredbom čl. 292 Zakona o parničnom postupku, koji se, shodno odredbi čl. 4 Zakona o upravnom sporu primjenjuje u postupku pred Upravnim sudom, propisano je da ako pred istim sudom teče više parnica između istih lica ili u kojima je isto lice protivnik raznih tužilaca ili raznih tuženih, sud može rješenjem spojiti sve te parnice radi zajedničkog raspravljanja, ako bi se time ubrzalo raspravljanje ili smanjili troškovi. Vrhovni sud Crne Gore u jednoj svojoj odluci nije problematizovao činjenicu da je Upravni sud, s obzirom na to da je tužilja podnijela više tužbi protiv istog tuženog organa, spojio sedam postupaka radi jedinstvenog raspravljanja i donošenja zajedničkog rješenja, a da bi ubrzao raspravljanje i smanjio troškove postupka,⁵³ da bi naknadno, u drugom predmetu istakao da sud u upravnom sporu ne bi smio, kao u parnici, da spaja više tužbi i da o njima odlučuje u jednom postupku, istom odlukom, jer u upravnom sporu vrijedi pravilo jedna tužba

zahtjeva očito zloupotrebljava pravo na pristup informacijama, a osobito kada zbog učestalih zahtjeva za dostavu istih ili istovrsnih informacija ili zahtjeva kojima se traži veliki broj informacija dolazi do opterećivanja rada i redovitog funkcioniranja tijela javne vlasti“, <https://www.zakon.hr/z/126/Zakon-o-pravu-na-pristup-informacijama>; čl. 15 st. 3 Zakona br. 26/2016 od 22. avgusta 2016. godine Portugala propisuje da subjekti nijesu u obavezi da ispunjavaju zahtjeve koji su, s obzirom na njihovu repetitivnost i sistematičnost prirode ili broja traženih dokumenata, očigledno uvredljivi, ne dovodeći u pitanje pravo podnosioca na žalbu. Law no. 26/2016 of 22 August 2016 https://www.parlamento.pt/sites/EN/Parliament/Documents/Lei26_2016.en.pdf; *Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos* (<https://www.cada.pt/traducoes/about-us-commission-for-access-to-administrative-documents-cada>).

⁵² Shodno čl. 38 st. 1 Zakona o slobodnom pristupu informacijama Agencija za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama je dužna da po žalbi na akt o zahtjevu za pristup informaciji donese rješenje i dostavi ga podnosiocu žalbe u roku od 15 dana od dana podnošenja žalbe.

⁵³ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Uvp. br. 5591/19 od 4. 2. 2021. godine.

– jedan upravni spor – jedna presuda, tako da kod upravnog spora u ovakvim situacijama, ne dolazi u obzir shodna primjena Zakona o parničnom postupku. Vrhovni sud zaključuje i da su u konkretnom slučaju podnijete tužbe koje se odnose na različito nepostupanje, odnosno neodlučivanje po žalbama na različita rješenja tuženog, zbog kojih postoji ćutanje uprave, pa imajući u vidu da je Upravni sud spojio više tužbi koje se odnose na ćutanje uprave, na različite žalbe po kojima je trebalo odlučiti, to nije bilo mjesta za spajanje postupaka.⁵⁴ Imajući u vidu razlog postojanja ovog instituta,⁵⁵ apsolutno je neopravdano neprihvatanje spajanja postupaka u upravnom sporu, jer sama specifičnost istog ne znači da te postupke nije moguće spojiti, naprotiv, načelo ekonomičnosti postupka ukazuje na obavezu spajanja postupaka. Osim toga, treba istaći da Zakon o parničnom postupku ne dozvoljava žalbu protiv rješenja kojim su spojene parnice, pa bi, ako se prihvati stanovište koje je izneseno u ranije pomenutoj presudi Vrhovnog suda, ispalo da je tu odluku moguće provjeriti po zahtjevu za ispitivanje sudske odluke, i to čak i ako je isti izjavljen samo u odnosu na troškove postupka.

ZAKLJUČAK

Okončanje sudskih postupaka u vremenskom periodu koji se ima smatrati razumnim, jeste ideal kojem teže sva uređena društva. Mehanizmi koji se primjenjuju radi postizanja tog cilja su različiti i zavise od mnogo faktora, zbog čega uloga Upravnog suda u postizanju tog ideala može biti veoma ograničena. Ovo naročito kod činjenice što Upravni sud ne može uticati na priliv predmeta, koji je u 2022. duplo veći u odnosu na 2021. godinu, a priliv u prvih devet mjeseci u 2023. godine je jednak prilivu za cijelu 2022. godinu. Međutim, pravo građana na suđenje u razumnom roku, te pravo na dobru upravu, obavezuje da se trasiraju određeni pravci djelovanja, koji bi osigurali pravovremeno odlučivanje u postupcima koji su pokrenuti tužbama pred Upravnim sudom Crne Gore. Upravo je ovim ukazano na to koji bi to osnovni koraci bili koji bi vodili efiksnom upravnosudskom aparatu, a koji jedino može biti garancija funkcionisanja upravnog sudstva na način kojim bi se zadovoljili standardi suđenja u razumnom roku. Takođe, preduzimanjem tih koraka bi se, s jedne strane, uticalo na to da se broj tužbi svede na optimalan nivo, kroz izmjene nekih zakonskih rješenja, a s druge strane, da se znatno ograniči mogućnost zloupotrebe prava koja su garantovana zakonom.

⁵⁴ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore, Uvp. br. 250/23 od 29. 3. 2023. godine

⁵⁵ Intencija zakonodavca u propisivanju spajanja parnica radi zajedničkog raspravljanja je ubrzavanje raspravljanja i smanjenje troškova. Jozo Čizmić, *Komentar Zakona o parničnom postupku – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Privredna štampa DOO Sarajevo, 2016, 303.

MIODRAG PEŠIĆ, LL.M.
Ph.D. candidate, Faculty of Law
University of Kragujevac
President of the Administrative Court of Montenegro

CHALLENGES OF ADMINISTRATIVE JUDICIARY IN MONTENEGRO

Summary

The right of citizens to good administration, through the segment that refers to the actions of public administration within a reasonable time frame, certainly implies timely actions of the Administrative Court. An efficient system of human rights protection is an ideal that every democratic society strives for, so the Montenegrin lawmaker, by enacting the new Law on Administrative Disputes, wanted to strengthen the foundations of legal security for those seeking protection before the Administrative Court, ensuring that the parties conclude the proceedings before the court in the shortest possible time. Although measuring the effectiveness of a law is very difficult, there is no doubt that, through the analysis of current legal solutions and existing case law, some conclusions can be reached that would indicate whether the implementation of a certain legal solution has yielded some results. In addition, case law has very often paved the way for certain normative solutions. The aim of this paper is to, through the analysis of certain legal solutions and the review of case law, indicate whether the adoption of the new Law on Administrative Disputes has created normative prerequisites to guarantee that the Administrative Court of Montenegro delivers decisions within a reasonable time, and whether there is room for improvement of the normative framework in this area of law.

Key words: right to a trial within a reasonable time, administrative dispute, Administrative Court of Montenegro, merge of proceedings, silence of administration

Literatura

- Beširević V., Carić S., Draškić M., Đerić V., Ilić G., Janković I., Korljan E., Krstić I., Marinović T., Papić T., Popović D., *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Britvić Vetma B., „Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (čl. 6) i upravni spor“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2008.
- Đerđa D., „Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2008,
- Đerđa D., Kryska D., „Neka rješenja upravnog spora u usporednom pravu: Kako unaprijediti hrvatski upravni spor?“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2018.
- Elijaš D., Marković S., Trgovac S., „Pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti – kroz ustavnosudski aspekt i stajališta Europskog suda za ljudska prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2017.
- Ivanović S., *Novi zakon o upravnom sporu Komentar sa sudskom praksom*, Vrhovni sud Crne Gore, Podgorica, 2017.

- Čizmić J., *Komentar Zakona o parničnom postupku – drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Privredna štampa DOO Sarajevo, 2016.
- Jakšić M., Macura M., „Istorijski razvoj upravnog spora u pravnoj nauci, *Baština*, Priština, Leposavić, 2018.
- Ovak L., „Pravo na pristup informacijama kao pravo zaštićeno Europskom konvencijom i drugim međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 2, 2016.
- Otočan S., „Načelo učinkovitosti upravnog spora u svijetlu konvencijskog prava na suđenje u razumnom roku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2020.
- Popović S., *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Stručna knjiga, 1977/1978.
- Šikić M., „Vremenski okviri odlučivanja u hrvatskom upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1, Split, 2010.
- Šikić M., „Pitanje uređenja i primjene pravne zaštite od šutnje uprave u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2008.
- Šikić M., Staničić, F., „Sastav suda u upravnom sporu – s posebnim osvrtom na odlučivanje suca pojedinca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 2, Split, 2014.
- Šimiček V., „Upravno sudstvo u Češkoj Republici – razvoj i odabrani problemi – Dio I“, *Nova pravna revija*, Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju (IRZ Stiftung), Njemačko-bosanskohercegovačko udruženje pravnik, br. 1, 2011.

NATAŠA MARKOVIĆ

MOGUĆNOSTI I IZAZOVI PRIMENE VEŠTAČKE INTELIGENCIJE U JAVNOJ UPRAVI – MEĐUNARODNI PRINCIPI I PRAKSA

Veštačka inteligencija je počela da se razvija u poslednjih nekoliko decenija, a njen ubrzani rast poslednjih godina doživeo je ekspanziju. Sve više se koristi u različitim oblastima društvenog života, a usled mogućnosti obrade velike količine podataka i napretka računara ubrzano se širi. Iako se koristi u industriji, bankarskom sektoru i drugim privrednim granama, u javnoj upravi nema punu primenu. S obzirom na postojeće izazove, vodeće zemlje u oblasti informaciono telekomunikacionih tehnologija (Sjedinjene Američke Države, Narodna Republika Kina i neke zemlje Evropske unije), ali i međunarodne organizacije donele su strateška dokumenta, kako bi ova široka oblast bila detaljnije pravno uređena. U radu se razmatraju međunarodni i principi u pojedinim državama u njenoj primeni, izazovi i rizici, kao i mogućnosti primene veštačke inteligencije u javnoj upravi. Takođe se daje pregled Strategije razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji kao i etičkih smernica za njenu primenu, sa posebnim osvrtom na odgovornosti javne uprave i uticaju na ljudska prava. Pored nesumnjivo velikih prednosti, upotreba veštačke inteligencije stvara brojne rizike po prava i slobode građana koja mogu biti ugrožena, kao što su pravo na slobodu, na zaštitu podataka o ličnosti, na privatnost i druga.

Ključne reči: veštačka inteligencija, javna uprava, međunarodni akti, strateški okvir Republike Srbije

U V O D

Savremeni način života podrazumeva upotrebu interneta i nameće potrebu stvaranja moderne uprave, sa ciljem da se poboljša efikasnost, efektivnost, transparentnost i odgovornost javne uprave. Elektronska uprava je jedan od načina

Nataša Marković, specijalista kriminalista, Republički sekretarijat za javne politike Republike Srbije, e-mail: natamarko@yahoo.com.

da se ostvari ovaj cilj, tako što se, pored pojednostavljenja upravnih procedura za ostvarivanje prava za građane i privredu na lakši, jednostavniji način, a uz što veću uštedu vremena i sredstava osigurava pristup informacijama i uslugama od javnog značaja.¹

Elektronska uprava se uveliko koristi u javnom sektoru u pretežnom broju zemalja, kao i u Republici Srbiji. Digitalizacija uprave je bitna pretpostavka za zakonito, efikasno i ekonomično ostvarivanje uloge uprave. Elektronska uprava uvodi značajne promene u strukturi društva, vrednostima, organizacionoj kulturi, kao i u poslovanju svih subjekata na tržištu. Njena primena snažno utiče na razvoj informacionog društva u oblastima javne uprave, zdravstva, obrazovanja, pravosuđa, socijalne politike, javnih nabavki, participacije u odlučivanju, sigurnosti podataka i elektronskih transakcija, dostupnosti i pristupačnosti, bezbednosti podataka o ličnosti.²

Veštačka inteligencija je omogućena kompjuterima i mašinama koji oponašaju percepciju, učenje, rešavanje problema i mogućnost odlučivanja ljudskog uma. Uči iz primera, iskustava, ima sposobnost za prepoznavanje objekata, razumevanje i odgovaranje, donošenje odluka, rešavanje problema. Današnjem procvatu veštačke inteligencije prethodila je velika količina podataka u digitalnom obliku, kao i napredak računara. Veštačka opšta inteligencija (na primer samovozeći auto zna kako da upravlja vozilom, zna koji su saobraćajni zakoni, kako da izbegne sudar, kako da se ponaša kada se desi nešto neočekivano) jednaka je ljudskoj inteligenciji, dok je veštačka superinteligencija superiorna u odnosu na ljudsku inteligenciju. Iako su veštačka opšta i superinteligencija za sada teorijski koncept, njihova praktična primena je dekadama daleko.³

Podskup veštačke inteligencije jeste mašinsko učenje (*machine learning*), koje ima mogućnost samostalnog učenja, a duboko učenje (*deep learning*) je podskup mašinskog učenja koje se samostalno obavlja sa velikom tačnošću, bez ljudske intervencije. Mašinsko učenje se odnosi na sposobnost softverskog sistema da generalizuje na osnovu prethodnog iskustva, pri čemu se pod iskustvom smatra skup podataka o pojavama/entitetima koji su predmet učenja. Koristi se generalizacija kako bi se pružili odgovori na pitanja koja se tiču entiteta/pojava sa kojima se sistem ranije nije susretao.

¹ Zorica Vukašinović Radojičić, Nataša Marković, „Izazovi primene savremenih informacionih tehnologija i reforma javne uprave u Republici Srbiji“, *Pravni život*, broj 10, Tom II, Beograd, 2019, 296.

² *Ibidem*.

³ Ana Kovačević, „Mašinsko učenje i sajber bezbednost“, *Zbornik radova sa konferencije Strateški i normativni okvir Republike Srbije za reagovanje na savremene bezbednosne rizike*, Beograd, mart 2023, 160–162.

Računari mogu da obrađuju velike količine podataka. To znači da se mnogi poslovi mogu brže, efikasnije i uspešnije obaviti njihovim korišćenjem, što se odnosi na matematičke i ekonomske proračune, pretraživanja baza podataka, usluge prevoza i prodaje, pružanje medicinske pomoći itd. Sistemi zasnovani na veštačkoj inteligenciji mogu biti bazirani isključivo na softveru i delovati u virtuelnom svetu (na primer, virtuelni asistenti, softveri za analizu fotografija, internet pretraživači, sistemi za prepoznavanje govora i lica) ili mogu biti ugrađeni u uređaje – hardver (na primer, napredni roboti, autonomna vozila, dronovi i slično). Računarski sistemi su inteligentni kada su sposobni da nezavisno i efikasno reše probleme koji se pred njima stavljaju. Posledično, stepenovanje inteligencije sistema zavisi od autonomije sistema, stepena složenosti problema i stepena efikasnosti postupka rešavanja problema.⁴

Ljudi mogu da pronađu zakonitosti i relacije u podacima, dok mašine za to nisu sposobne, ali mogu obraditi veliki broj podataka veoma brzo i efikasno. S druge strane, računari mogu da obrade veliku količinu podataka brzo, ali ne znaju kako. Ideja je da se udruži ovo dvoje, odnosno da se ljudsko znanje kombinuje sa obradom mašina, tj. da računari obrađuju veliku količinu podataka samostalno (ili sa minimalnom ljudskom intervencijom). Jedan od ključnih razloga za primenu mašinskog učenja jeste prikupljanje velike količine digitalnih podataka u raznim oblastima.⁵

Primena veštačke inteligencije – međunarodni akti i uporedna iskustva

Ne postoji jedinstvena definicija veštačke inteligencije. Marvin Minski (*Marvin Minsky*), jedan od pionira veštačke inteligencije, definisao je veštačku inteligenciju kao nauku činjenja gde mašine rade stvari koje bi zahtevale inteligenciju ukoliko bi ih radio čovek.⁶ Veštačka inteligencija predstavlja opšti naziv za napredne računarske sisteme koji teže da simuliraju funkcionisanje ljudske inteligencije na takav način da su mašine sposobne da zamene ulogu i rad čoveka u raznim aktivnostima, od prostih do složenih.⁷

Međunarodni principi za javnu upravu imaju za cilj da podrže države u uspostavljanju jasnog i konzistentnog pravnog okvira i sprovođenju vladavine prava,

⁴ Stefan Andonović, „Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu“, *Strani pravni život*, god. LXIV, br. 3, Beograd, 2020, 112.

⁵ Brojna su istraživanja u raznim oblastima (računarskih nauka, sociologije, filozofije) kako da se kreiraju sistemi tako da ne rade stvari koje mi ne želimo, kao na primer uništavanje čovečanstva.

⁶ A. Kovačević (2023), op. cit., 160.

⁷ S. Andonović (2020), op. cit., 111–112.

razvijanju dobro organizovanih i adekvatno finansiranih sudskih, administrativnih, bezbednosnih i drugih institucija, kao i razvoj civilnog društva koje doprinosi jačanju vladavine prava i odgovornosti javnih zvaničnika i institucija.⁸ Pored toga zakonodavstvo svake države ponaosob postavlja temelje postupanja javne uprave. Uvođenje eUprave i servisa za građane i privredne subjekte nije dovoljna potpora elektronskom upravnom postupanju. Osim toga ekspanzija naučnih dostignuća u oblasti veštačke inteligencije navodi javnu upravu da se u reformi koristi mogućnostima ovih tehnologija. Elektronska uprava je široko zastupljena i propisima uređena, za razliku od veštačke inteligencije koja se u javnoj upravi koristi u malom broju zemalja i gde se fragmentarno nalaze propisi koji je uređuju. Ujedinjene nacije, Evropska unija, kao i pojedine države u svom strateškom okviru uređuju i veštačku inteligenciju. Zbog enormno brzog razvoja novih tehnologija neophodno je da se pravna regulativa u ovoj oblasti kreira što pre. Baš iz tog razloga proteklih desetak godina mnogobrojna međunarodna i nacionalna tela bavila su se pojedinim pitanjima pravnog regulisanja veštačke inteligencije, a posebno pitanjem zaštite ljudskih prava od mogućeg ugrožavanja od strane sistema veštačke inteligencije.⁹

Sjedinjene Američke Države, kao jedna od vodećih ekonomija stavile su poseban fokus na zaštitu prava i sloboda pojedinca prilikom upotrebe i korišćenja veštačke inteligencije. Kao osnovni etički principi koje treba poštovati određeni su: poštovanje ljudske autonomije, prevencija prouzrokovanja štete, princip poštene primene, objašnjivost. Ovi principi se odnose na to da građani treba da budu obavješteni i svesni postojanja veštačke inteligencije, što podrazumeva sprečavanje njene zloupotrebe. Građani treba da nastave da učestvuju u društvenim procesima, nezavisno od postojanja veštačke inteligencije, koja treba da predstavlja sredstvo, a ne cilj. Sam način stvaranja sistema veštačke inteligencije treba da služi građanima i javnom interesu, a ne da nanosi štetu ljudima. Veštačka inteligencija znači i jednakost u primeni prema svim ljudima. Objašnjivost podrazumeva da sistemi veštačke inteligencije moraju da budu takvi da se može objasniti postupak donošenja odluke i sama odluka onim subjektima na koje se ona odnosi. Svi principi moraju biti zajednički primenjeni, tako da kreiraju legalni i legitimni osnov na kome se zasniva stvaranje i upotreba novih tehnologija u oblasti prava.¹⁰

⁸ Zorica Vukašinović Radojičić, Vesna Čogurić, „Convergence and Symbiosis of Public Administration Principles – International and European Perspective“, *Bezbednost*, br. 1, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2021, 7.

⁹ Dragan Prlja, Gordana Gasmı, Vanja Korać, *Ljudska prava i veštačka inteligencija*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2022, 9.

¹⁰ S. Andonović (2020), op. cit., 113–116.

U SAD je izrađen Nacionalni strateški plan za istraživanje i razvoj veštačke inteligencije, koji se fokusirao na dugoročno investiranje u razvoj veštačke inteligencije, razvoj efektivnih metoda za saradnju ljudi i veštačke inteligencije, razumevanje i ukazivanje na etička, pravna i društvena pitanja u vezi sa veštačkom inteligencijom, ostvarivanje sigurnosti i bezbednosti sistema veštačke inteligencije, razvoj javnih baza podataka i okruženja za testiranje i usavršavanje veštačke inteligencije, praćenje i ocenjivanje tehnologije veštačke inteligencije kroz standarde i referentne vrednosti, bolje razumevanje potreba nacionalnih komisija koje se bave veštačkom inteligencijom.¹¹

Narodna Republika Kina je takođe jedna od vodećih država po pitanju ulaganja u digitalizaciju i razvoj novih informacionih tehnologija. Nacionalni savet NR Kine 2017. godine izdao je Plan razvoja nove generacije veštačke inteligencije, koji je upućen svim vladama provincija, autonomnim pokrajinama i opštinama koje se nalaze pod centralnom vlašću, svim ministrima Nacionalnog saveta i svim ustanovama koje su pod kontrolom centralne vlasti, kako bi bile pažljivo implementirane u njihov rad.¹²

Ujedinjene nacije su u okviru Instituta Ujedinjenih nacija za istraživanje kriminaliteta i pravde (UNICRI), 2015. godine osnovale Centar za veštačku inteligenciju i robotiku sa sedištem u Holandiji (Hag). Rad centra usmeren je na unapređivanje znanja iz oblasti veštačke inteligencije, robotike i drugih novih informacionih tehnologija, posebno u vezi sa pitanjima sprečavanja kriminala i sa uspostavljanjem pravde i sigurnosti. Jedna od prvih studija ovog centra, pod nazivom „Veštačka inteligencija i robotika za izvršavanje zakona“ iz 2020. godine tiče se mogućnosti upotrebe novih tehnologija u oblasti prava. Veštačka inteligencija može da bude od velike koristi prilikom primene prava od strane organa vlasti, što ujedno stvara i brojne rizike po prava i slobode građana. U tom smislu ona može da podstakne i širenje lažnih vesti i informacija, netačnih podataka preradom fotografija i video-sadržaja, što može da dovede u pitanje legalnost dokaza i postupaka pred organima javne vlasti.¹³

UNESCO je doneo Preporuku o etici u veštačkoj inteligenciji,¹⁴ koja u delu II, „Etika u upravi“, obavezuje države članice da obezbede da mehanizmi upravljanja veštačkom inteligencijom budu inkluzivni, transparentni, multidisciplinarni,

¹¹ *Ibidem*, 117–118.

¹² *Ibidem*, 118.

¹³ *Ibidem*, 117.

¹⁴ Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/recommendation-ethics-artificial-intelligence>, 10. 5. 2023.

multilateralni i sa više zainteresovanih strana, kao i da uključe aspekte predviđanja i efektivne zaštite, praćenja uticaja, sprovođenja i obeštećenja. Takođe, treba da se obezbedi da se štete izazvane sistemima veštačke inteligencije istraže i isprave donošenjem snažnih mehanizama za sprovođenje i korektivnih mera, kako bi se ljudska prava i osnovne slobode i vladavina zakona poštovala u digitalnom i stvarnom svetu.

Države članice se podstiču da razviju nacionalne i regionalne strategije veštačke inteligencije, oblike upravljanja kao što je mehanizam sertifikacije za sisteme veštačke inteligencije i uzajamno priznavanje njihove sertifikacije, u skladu sa osetljivošću domena primene i očekivanim uticajem na ljudska prava. Potrebno je da se izvrši transparentna samoprocena postojećih i predloženih sistema veštačke inteligencije kako bi se onemogućilo kršenje ljudskih prava i ako je potrebno zabraniti je. Države članice treba da osiguraju da se veštačka inteligencija primenjuje u skladu sa međunarodnim pravom o ljudskim pravima, standardima i principima, uzimajući u potpunosti u obzir trenutne kulturne i društvene različitosti, lokalne običaje i verske tradicije, uz poštovanje prednosti i univerzalnosti ljudskih prava.

Evropska komisija je donela 25. aprila 2018. godine strateški dokument Veštačka inteligencija za Evropu.¹⁵ U ovom dokumentu fokus je na jačanju tehnoloških i industrijskih kapaciteta EU i uvođenju veštačke inteligencije u ekonomiju, na pripremi društvenih i ekonomskih promena usled razvoja veštačke inteligencije, na stvaranju odgovarajućeg etičkog i pravnog okvira za korišćenje tehnologija baziranih na veštačkoj inteligenciji i na zajedničkom delovanju i međusobnoj razmeni iskustava zemalja EU u vezi sa razvojem i upotrebom veštačke inteligencije.¹⁶

Predlog Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o utvrđivanju usklađenih pravila o veštačkoj inteligenciji (Akt o veštačkoj inteligenciji i izmeni određenih zakonodavnih akata Unije)¹⁷ je povezan sa Aktom o upravljanju podacima, Direktivom o otvorenim podacima i drugim inicijativama u okviru strategije EU za podatke, kojom će se uspostaviti pouzdani mehanizmi i usluge za ponovnu upotrebu, razmenu i objedinjavanje podataka koji su neophodni za razvoj visokokvalitetnih modela veštačke inteligencije koji se temelje na podacima. Predlogom se znatno jača i uloga Unije u oblikovanju globalnih normi i standarda, kao i unapređenju veštačke inteligencije koja je dosledna vrednostima i interesima Unije. Njime se

¹⁵ European Commission, „Artificial Intelligence for Europe“, COM (2018) 237 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>, 10. 5. 2023.

¹⁶ D. Prlja, G. Gasmi, V. Korać (2022), op. cit., 10

¹⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (artificial intelligence) and amending certain Union legislative act, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>, 25. 8. 2023.

Uniji daje snažan temelj za dalju saradnju s spoljnim partnerima, uključujući treće zemlje i u međunarodnim forumima o pitanjima koja se na nju odnose.

Osim toga, utvrđuje se i popis zabranjene primene veštačke inteligencije, koji obuhvata sve sisteme čija se upotreba smatra neprihvatljivom jer je protivna vrednostima Unije, na primer zbog kršenja osnovnih prava. Zabrane se odnose na prakse koje imaju znatan potencijal za manipulisanje osobama primenom tehnika koje deluju na nesvesnoj osnovi ili iskorišćavanju slabosti specifičnih ranjivih grupa kao što su deca ili osobe s invaliditetom kako bi se bitno promenilo njihovo ponašanje na način koji će njima ili drugim osobama verovatno uzrokovati psihološku ili telesnu štetu. Zabranjuje se i primena sistema za daljinsku biometrijsku identifikaciju na javnim mestima, osim ako se primenjuju određeni izuzeci.

U Predlogu se utvrđuju i posebni rizici od manipulacije, kao i obaveze u pogledu transparentnosti koje se primenjuju za sisteme koji komuniciraju sa ljudima, služe za otkrivanje emocija ili određivanje povezanosti sa socijalnim kategorijama na osnovu biometrijskih podataka ili stvaraju sadržaj ili manipulišu njime (*deep fakes*). Ako su osobe u interakciji sa sistemom veštačke inteligencije i izvodi se automatizovano prepoznavanje njihovih emocija ili karakteristika, moraju o tome biti obavesteni. Ako se ovaj sistem upotrebljava za stvaranje ili manipulisanje slikovnim sadržajem, audio-sadržajem ili video-sadržajem u kojem postoji znatna sličnost s autentičnim sadržajem, treba da postoji obveza navođenja da je taj sadržaj stvoren automatizovanim sredstvima, uz izuzetke u zakonom propisane svrhe, kao na primer za krivično gonjenje.

U poslednjih nekoliko godina, veliki broj državnih institucija širom sveta je uveo takozvane čet botove odnosno virtuelne asistente koji automatizovano odgovaraju na pitanja građana. Na osnovu pitanja i odgovora, sistem uči kako da unapredi pružanje odgovora tokom vremena, čime se službenici rasterećuju i usmeravaju vreme na manje rutinska pitanja i poslove koji zahtevaju stručnost.¹⁸

Primena veštačke inteligencije i njen uticaj na ljudska prava

Prepoznavanje lica je oblast uspešne primene veštačke inteligencije. Sistemi za prepoznavanje lica imaju ogromnu korist u primeni identifikacije kriminalaca na fotografijama. Međutim, nijedan sistem nije sasvim precizan te korišćenje ovog sistema predstavlja izazov za pravnu regulativu i primenu.

¹⁸ Australijska poreska uprava je 2015. godine razvila naprednog virtuelnog asistenta Aleksu koji može da pruži odgovore na konkretna pitanja vezana za poreze, na primer: kako ispraviti grešku u poreskoj prijavi, kako da se izvrši uvid u postojeće stanje duga, itd. Kompanija Transport for London je kreirala svoj čet bot na Fejsbuku, putem koga se mogu dobiti informacije o trenutnom stanju ili kašnjenju metroa, autobusa i o planiranim radovima u realnom vremenu.

Virtuelni asistenti koriste tehnologiju veštačke inteligencije za prepoznavanje, razumevanje i generisanje govora, gde se prepoznaje govor osobe, razumeju reči i daju odgovori osobi i taj proces se naziva obrada prirodnog jezika. Virtuelni asistent se povezuje sa aplikacijama i uslugama na uređaju osobe radi pružanja traženih informacija ili radi izvođenja određenog zadatka. Veštačka inteligencija u ovoj oblasti se može koristiti i u javnoj upravi. Naime, softveri za prepoznavanje lica korišćenjem fotografije i glasa se može koristiti u radu Ministarstva unutrašnjih poslova.

Korišćenje veštačke inteligencije postavlja i mnogo pitanja. Jedno od njih je i ko bi bio odgovoran za dostavljanje pogrešnih informacija datim građanima i privrednim subjektima zbog čega stranke ne ostvare svoje pravo ili ne izvrše obavezu na vreme, kao i ukoliko samovozeći automobil izazove saobraćajnu nezgodu i prouzrokuje štetu. Odgovornost za korišćenje i obradu ličnih podataka je takođe pitanje koje se postavlja skoro u svim zemljama sveta u kojima se koristi veštačka inteligencija. Veštačka inteligencija nosi izazove koji se moraju predvideti i normirati. Neophodno je da se propiše kontrola same veštačke inteligencije, posebno tamo gde je to neophodno zbog određene osetljivosti.

Korišćenje veštačke inteligencije može uticati i na ljudska prava. Njenom primenom prikupljaju se i analiziraju velike količine podataka o pojedincima što može uticati na to da se predvidi njihovo ponašanje, mogu uticati na promenu njihovog ponašanja, mogu ugroziti njihovu privatnost.¹⁹ Sistemi za pronalaženje i prepoznavanje na fotografijama takođe mogu imati diskriminatorni efekat. Razlog tome može biti učenje sistema za prepoznavanje na primerima pripadnika bele rase, a kasnije taj sistem u velikom broju slučajeva greši kod prepoznavanja pripadnika drugih rasa.

Sistemi veštačke inteligencije zasnovani na pristrasnim informacijama mogu prouzrokovati algoritamsku diskriminaciju, odnosno diskriminatorne algoritamske odluke ili ponašanja.²⁰ Ako sistem veštačke inteligencije uči na bazi prethodnih podataka zasnovanih na diskriminatornim odlukama, onda i on sam može da donosi diskriminatorne odluke, odnosno može da ugrozi ljudska prava.

¹⁹ Ljudi i sami pomažu u korišćenju tehnologije veštačke inteligencije svaki put kada dodaju svoje fotografije na društvene mreže (Facebook, LinkedIn, Instagram). Fejsbuk ima više od 1,3 milijarde aktivnih korisnika, a ti korisnici učitavaju 400 miliona novih fotografija svaki dan. Mnogi korisnici označavaju imena svojih prijatelja i članova svoje porodice na fotografijama koje postavljaju. Svaka označena fotografija je slika koja pomaže Fejsbukovom algoritmu veštačke inteligencije da bude još bolji. Još 2015. istraživači Fejsbuka najavili su da bi njihov softver DeepFace mogao da identifikuje lica, kao i čoveka.

²⁰ D. Prlja, G. Gasmı, V. Korać (2022), op. cit., 86

Na primer, ako su u prošlosti na određena radna mesta zapošljavani mnogo više muškarci u odnosu na žene, onda će sistem veštačke inteligencije na osnovu učenja na prethodnim primerima i u budućnosti diskriminisati žene pri zapošljavanju na ta radna mesta. Podaci koji se koriste mogu dovesti do nejednakog tretmana među građanima. Ovi primeri algoritamske diskriminacije ukazuju na to da sistemi veštačke inteligencije vrlo često proizvode razne oblike diskriminacije zahvaljujući tome što uče na bazi prethodnih loših primera ili zahvaljujući tome što su isprogramirani da pojedince dovedu u diskriminatorni položaj. Da bi se eliminisali ovi oblici diskriminacije, neophodno je da se sistemi veštačke inteligencije koriguju na bazi primera idealnog ponašanja bez diskriminacije. Stereotipna ponašanja koja vode diskriminaciji ne bi trebalo da se ponavljaju od strane sistema veštačke inteligencije, već se ona moraju korigovati u cilju ukidanja nepravdi i poštovanja propisa o jednakosti svih. Svi slučajevi u kojima funkcionisanje algoritma dovodi do diskriminacije, po bilo kom osnovu, moraju biti efikasno sankcionisani.²¹

Mogućnost primene veštačke inteligencije u javnoj upravi Srbije

U Republici Srbiji se u poslednje vreme koristi veštačka inteligencija u privatnom sektoru uglavnom na poslovima komunikacije sa građanima. Primena četbotova značajno doprinosi poslovanju u oblastima uslužnog biznisa, kao i integrisanih marketinških komunikacija. Primena veštačke inteligencije se temelji na metodama i tehnologijama koje imaju za cilj jednostavno lansiranje proizvoda uz veliki stepen automatizacije obrade baze podataka o proizvodima i praćenje njihove realizacije.

Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period od 2020. do 2025. godine daje opšti osvrt na njeno korišćenje. Upotreba veštačke inteligencije veliki je izazov za poslovni svet. Ona može imati prednosti, ali i ograničenja, posebno u odnosu na prirodnu, ljudsku inteligenciju. Imperativ današnjeg doba je odabrati one aspekte veštačke inteligencije koji su u funkciji razvoja i služe za dobrobit društva.²² U Strategiji se definiše ovaj pojam na način kako je dat od nezavisne ekspertske grupe Evropske komisije i to da se veštačka inteligencija odnosi na sisteme koji pokazuju razumno, inteligentno, ponašanje na osnovu analize svog okruženja i donose odluke sa određenim stepenom autonomije da ostvare

²¹ D. Prlja, G. Gasmı, V. Korać (2022), op. cit., 90.

²² Vesna Buha, Miroslav Bjegović, „Primena veštačke inteligencije u bankarskom sektoru i bezbednosna zaštita poslovnih informacija“, *Bezbednost*, br. 1, Beograd, 2023, 88.

konkretne ciljeve. Kao razlog donošenja navodi se potreba da se jednim dokumentom javne politike definiše pravac razvoja, ciljevi čija je implementacija potrebna kako bi se postiglo unapređenje u ovoj oblasti, kao i da se uspostave jasne, merljive i konkretne mere čija će realizacija doprineti razvoju veštačke inteligencije za sve sektore u Republici Srbiji.²³

Vlada Republike Srbije, 23. marta 2023. godine donela je Etičke smernice za razvoj, primenu i upotrebu pouzdane i odgovorne veštačke inteligencije.²⁴ Ove smernice, između ostalog definisale su i visokorizične sisteme u oblastima: biometrijske identifikacije i kategorizacije pojedinaca (sistemi za daljinsku biometrijsku identifikaciju u realnom vremenu kao i naknadnu daljinsku biometrijsku identifikaciju), zapošljavanja, upravljanja zaposlenim/angažovanim licima i pristupa samozapošljavanju, zdravstva kada se analiziraju genetički i zdravstveni podaci, pristupa i korišćenja javnih i socijalnih usluga za ocenjivanje prihvatljivosti pojedinaca za pružanje javnih usluga i socijalnih davanja kao i donošenja odluka o odobravanju, smanjenju, ukidanju takvih usluga, krivičnog gonjenja gde se vrši procena rizika pojedinaca za izvršenje ili ponovno izvršenje krivičnih dela na osnovu osobina, karakteristika ili prethodnog kriminalnog ponašanja, provera verodostojnosti putnih isprava, naročito kroz proveru sigurnosnih obeležja tih isprava, kao i u drugim oblastima gde se vrši obrada podataka o ličnosti a koje koriste državni organi i organizacije, organi i organizacije pokrajinske autonomije, jedinica lokalne samouprave, ustanove, javna preduzeća prilikom donošenja odluka u obavljanju poslova iz svoje nadležnosti.

Na osnovu pogrešnih podataka pohranjenih u bazama biometrijskih podataka može se, upoređivanjem sa podacima u realnom vremenu onemogućiti korišćenje nekog prava, na primer kod elektronskog podnošenja zahteva za ostvarenje prava, gde se biometrijski podaci podnosioca zahteva pohranjeni u bazama podataka, upoređuju sa istim pribavljenim u realnom vremenu. Osim toga, donošenje odluka na osnovu biometrijskih podataka pribavljenih na javnom mestu može uzrokovati neosnovano podnošenje prijave za krivično delo ili prekršaj.

Premda je u okviru javne uprave Srbije učinjen napredak u njenoj reformi u uspostavljanju korisnički orijentisane elektronske uprave kroz obezbeđivanje adekvatnog pravnog okvira, neophodne infrastrukture i interoperabilnosti, optimizacije i digitalizacije upravnih postupaka i usluga, do sada nije zabeležena primena veštačke inteligencije u javnoj upravi.

²³ Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period od 2020. do 2025. godine, *Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 96/19.

²⁴ Etičke smernice za razvoj, primenu i upotrebu pouzdane i odgovorne veštačke inteligencije, *Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 23/23.

Razvoj veštačke inteligencije sa sobom nosi mnogo prednosti ali i izazova, kako za pojedinca tako i za društvo u celini. Iako mnogi od izazova još uvek nisu u potpunosti vidljivi, na osnovu uporednih praksi uočeni su izazovi kao što su reprezentativnost podataka koji se koriste za mašinsko učenje, redefinisane ili eliminisanje potreba za određenim profesijama usled uvođenja veštačke inteligencije, potreba za dokvalifikacijom stanovništva za poslove budućnosti pa do pitanja odgovornosti za posledice odluka autonomnih sistema zasnovanih na veštačkoj inteligenciji. Kako bi se osigurala dostupnost, bezbednost, jednaka i pravedna primena veštačke inteligencije, a ujedno i izgradilo poverenje društva prema veštačkoj inteligenciji, važno je da tehnološki napredak u ovoj oblasti prati odgovorno i svesno promišljanje i ukazivanje na izazove koje njegov razvoj uzrokuje.

Kada su u pitanju trendovi i korišćenje novih informacionih tehnologija, poput veštačke inteligencije, korišćenje, čuvanje i zaštita podataka, kao i diverzifikacija i inoviranje elektronskih servisa, strateški i pravni okvir su takođe u fokusu promena kako bi se nesmetano napredovalo u procesu digitalne transformacije.

Iako je digitalna transformacija javne uprave u Republici Srbiji, planirana strateškim i programskim dokumentima omogućila da se napreduje u mnogim segmentima rada uprave, kao i da se poveća efikasnost, transparentnost, ekonomičnost i odgovornost, u Republici Srbiji još uvek nije doneta Strategija razvoja veštačke inteligencije u javnoj upravi.

ZAKLJUČAK

Veštačka inteligencija može unaprediti efikasnost rada javne uprave i kvalitet usluga koje država pruža građanima i privredi. Uz potencijalne prednosti u vidu ekonomskog razvoja i unapređenja efikasnosti, razvoj veštačke inteligencije nosi sa sobom i određene izazove. To su pre svega zaštita podataka o ličnosti, rizik da se iz podataka naslede pristrasnost i diskriminatorni faktori, izazov obrazovnom sistemu da pripremi učenike i studente za poslove budućnosti, obezbeđivanje transparentnosti, odgovornost i druga etička pitanja. Sistem veštačke inteligencije bi trebalo da bude pouzdana podrška u procesu donošenja odluka i predmet kontinuiranog nadzora i kontrole od strane čoveka.

Implementacijom virtuelnih asistenata (tzv. čet botova) na nacionalnim portalima moguće je građanima i privredi pružati usluge na način koji u većoj meri odgovara njihovim specifičnim potrebama i to u bilo kom trenutku. Inteligentna rešenja mogu obezbediti personalizaciju usluga, pružati podršku korisnicima, pojednostaviti proces popunjavanja elektronskih obrazaca. Primenom veštačke inteligencije moguće je višestruko ubrzati mnoge rutinske postupke u kojima se

o zahtevu stranke odlučuje isključivo na osnovu objektivnih činjenica poput priložene dokumentacije ili podataka koji su već pohranjeni u registrima i evidencijama, posebno u slučajevima gde je ispunjenost kriterijuma za donošenje pozitivnog rešenja po stranku jasna i neupitna. Prilikom projektovanja, razvoja i implementacije usluga javnog sektora zasnovanih na veštačkoj inteligenciji neophodno je obezbediti pouzdanost primenjenog rešenja, zaštitu privatnosti i podataka korisnika, kao i višekanalni pristup, odnosno da se korisniku mora obezbediti i mogućnost interakcije sa službenikom, tj. pružanje usluge uz posredovanje čoveka. Ključni izazovi su, između ostalog i nedovoljna uređenost pravnog okvira koji se tiče vlasništva nad podacima, regulacija algoritamske diskriminacije, kao i odgovornost.

Iako su u strateškim i programskim dokumentima zadati ciljevi kao što su razvoj efikasne i korisnički orijentisane uprave, povećanje dostupnosti eUprave građanima i privredi, unapređenje pravne sigurnosti u korišćenju eUprave, otvaranje podataka u javnoj upravi, dalji pravci razvoja treba da se zasnivaju na uređenju sistema veštačke inteligencije u posebnim propisima i oblastima prava, a ne isključivo na jedinstvenom propisu koji bi uređivao primenu veštačke inteligencije na jednak način u svim oblastima. Mogućnosti korišćenja informaciono-komunikacionih tehnologija, između ostalog i u javnoj upravi ogromne su, što prati i značajan rizik po prava i slobode građana, pa je neophodno detaljno istražiti i urediti (pravnim normama) odnos konkretnog oblika veštačke inteligencije i oblasti prava u kojoj se primenjuje (upravno pravo, ustavno pravo, privredno pravo, pravo zaštite podataka o ličnosti itd.). Pored toga, potrebno je posvetiti više pažnje implementaciji novih tehnoloških mogućnosti u okviru tradicionalnih grana prava i instituta u Srbiji.

Veštačka inteligencija već danas ima direktan uticaj na ekonomiju, politiku, obrazovanje, kulturu, demokratiju i ljudska prava. Možemo samo da naslutimo kakav će uticaj veštačke inteligencije na naš život biti u budućnosti. Njen razvoj i ulazak u naš svakodnevni život danas otvara niz novih pitanja: od pitanja pravnog subjektiviteta i odgovornosti robota sa veštačkom inteligencijom, do pitanja ugrožavanja ljudskih prava i demokratije od strane sistema veštačke inteligencije. Neophodno je da pravo odgovori na taj izazov i zaštiti osnovna ljudska prava i slobode. Donošenje novih pravila i izmena postojećih treba da stvori pravni sistem koji će uspešno zaštititi najviše vrednost rukovodeći se pravdom, moralom i etikom. Pravo je dužno da pruži odgovor na razvoj novih tehnologija i ograniči mogućnost njihove zloupotrebe i zaštiti ljudska prava i slobode.

Od posebnog je značaja i donošenje strateških i planskih dokumenata, kao i propisa o korišćenju veštačke inteligencije u javnoj upravi. Naime, kako je oblast primene upravnog prava najpribližnija građanima i privrednim subjektima, ostavljanje stanja u ovoj oblasti bez regulative u Srbiji, ali i u drugim državama može izazvati

dalekosežne posledice. U isto vreme ne treba zanemariti ni korist od ovog tehnološkog dostignuća, uzevši u obzir da bi ovo bilo od ogromne koristi kako za građane, tako i za službenike u javnoj upravi kojima veštačka inteligencija značajno olakšava rad.

Sve dosadašnje aktivnosti nacionalnih i međunarodnih aktera ukazuju na to da pravni sistem koji će u budućnosti regulisati veštačku inteligenciju mora biti deo globalnog pravnog mehanizma koji reguliše digitalne tehnologije i mora obuhvatiti koherentan skup pravila, koja će regulisati na pravedan, moralan i etički način svakodnevnu upotrebu veštačke inteligencije u različitim područjima života i rada ljudi. Međusobni odnos prava i veštačke inteligencije nije jednosmerna ulica, odnosno ne utiče samo pravo na veštačku inteligenciju, već je taj odnos više nalik na dvosmernu ulicu, jer i veštačka inteligencija na različite načine utiče na pravo. U mnogim aspektima veštačka inteligencija može da utiče na drugačiji i bolji način primene prava. Neki od tih načina su automatsko prevođenje, donošenje odluka, predviđanje rizika, upravljanje resursima, popunjavanje formulara. Izuzetno aktuelna, zanimljiva i inspirativna tema međusobnog odnosa veštačke inteligencije i ljudskih prava ne samo da ima praktičan uticaj na naš svakodnevni život, već će kvalitet pravne regulative u ovoj oblasti sa jedne strane uticati na ubrzavanje ili usporavanje primene najnovijih tehnoloških dostignuća iz oblasti veštačke inteligencije, a sa druge strane odrediti stepen dostojanstva i stvarne slobode pojedinca u sajber-prostoru. Ljudska prava i slobode, kao univerzalna vrednost moraju biti zaštićena od mogućeg ugrožavanja od strane proizvoda i usluga baziranih na algoritmima, odnosno veštačkoj inteligenciji. Najbolji način da se to stvarno dogodi jeste razvijanje skupa pravnih normi, koji će garantovati efikasno ostvarivanje prava i sloboda svim pojedincima bez ikakvih razlika.

NATAŠA MARKOVIĆ

Graduated lawyer, specialist criminalist

Secretariat for Public Policy of the Republic of Serbia

POSSIBILITIES AND CHALLENGES OF APPLYING
ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN PUBLIC ADMINISTRATION
– INTERNATIONAL PRINCIPLES AND PRACTICE

Summary

Artificial intelligence began to develop in the last few decades, and its rapid growth in recent years has seen expansion. It is used more and more in various areas of social life, and it is rapidly expanding due to the possibility of processing large amounts of data and the progress of computers. Although it is used in industry, the banking sector and other economic branches, it is not fully

implemented in public administration. Given the existing challenges of the world's leading countries in the field of information and telecommunication technologies (the United States of America, the Republic of China and some countries of the European Union), as well as international organizations have strategic documents in this area, to that this broad area is regulated in more detail. In the paper, it discusses also international and individual country principles in its application, challenges and risks, as well as the possibilities of applying artificial intelligence in public administration. It also provides an overview of the Strategy for the Development of Artificial Intelligence in the Republic of Serbia, as well as the ethical guidelines for its application, with a special focus on the responsibilities of public administration and the impact on human rights. In addition to undoubtedly great advantages, the use of artificial intelligence creates numerous risks for the rights and freedoms of citizens that may be threatened, such as the right to freedom, to the protection of personal data, to privacy and others.

Key words: artificial intelligence, public administration, international acts, strategic framework of the Republic of Serbia

Literatura

Andonović S., „Strateško-pravni okvir veštačke inteligencije u uporednom pravu“, *Strani pravni život*, god. LXIV, br. 3, Beograd, 2020.

Buha V., Bjegović M., „Primena veštačke inteligencije u bankarskom sektoru i bezbednosna zaštita poslovnih informacija“, *Bezbednost*, br. 1, Beograd, 2023.

Kovačević A., „Mašinsko učenje i sajber bezbednost“, *Zbornik radova sa konferencije Strateški i normativni okvir Republike Srbije za reagovanje na savremene bezbednosne rizike*, Beograd, mart 2023.

Prlja D., Gasmi G., Korać V., *Ljudska prava i veštačka inteligencija*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2022.

Vukašinović Radojičić Z., Marković N., „Izazovi primene savremenih informacionih tehnologija i reforma javne uprave u Republici Srbiji“, *Pravni život*, br. 10, tom II, Beograd, 2019.

Vukašinović Radojičić Z., Čogurić V., „Convergence and Symbiosis of Public Administration Principles – International and European Perspective“, *Bezbednost*, br. 1, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2021.

PREGLEDNI RAD

SISTEM BESPLATNE PRAVNE POMOĆI KAO PODRŠKA RAZVOJU EFIKASNE I KORISNIČKI ORIJENTISANE UPRAVE U DIGITALNOM OKRUŽENJU

Budući da je donet u vreme važenja zakona kojim je normirano postupanje u oblasti elektronske uprave, čija primena i razvoj predstavljaju jedan od strateških ciljeva naše zemlje, Zakonom o besplatnoj pravnoj pomoći ipak nisu predviđeni kriterijumi i merila za korisnike koji nemaju pristup internetu i tehničkim sredstvima niti potrebna znanja za ostvarivanje prava pred organima čiji su postupci u potpunosti ili delimično prilagođeni elektronskom upravnom postupku. Kako su jedinice lokalne samouprave, opštine i gradovi, prepoznati kao organi državne uprave koji obavljaju poslove uprave u elektronskom obliku, te organi državne uprave koji pružaju besplatnu pravnu pomoć i podršku u okviru svoje izvorne nadležnosti, to predlažemo da se Službama besplatne pravne pomoći, registrovanim u jedinicama lokalne samouprave, propiše obaveza pružanja elektronske besplatne pravne podrške svim onim korisnicima koji nemaju tehničke mogućnosti ili znanja da to sami učine. Takođe, neophodno je predvideti mogućnost sprovođenja elektronskog postupka za odlučivanje o pravu na besplatnu pravnu pomoć kao i mogućnost pružanja elektronske besplatne pravne pomoći, što bi olakšalo i proveru kvaliteta pružene pomoći.

Ključne reči: besplatna pravna pomoć, besplatna pravna podrška, jedinice lokalne samouprave, elektronska uprava

U V O D

Više od decenije od podizanja prava na besplatnu pravnu pomoć u rang ustavnog prava, donet je zakon kojim se na celovit način ovo pravo uređuje.

Dr Milica Torbica, viši savetnik u Republičkom geodetskom zavodu, e-mail: milica.office1@gmail.com.

Pre njegovog stupanja na pravnu snagu, pojedina pitanja koja se tiču ostvarivanja prava na besplatnu pravnu pomoć bila su sadržana u više različitih zakona, što svakako nije bilo dovoljno da bi se ova oblast mogla smatrati pravno uređenom. Iako kratko na pravnoj snazi, s obzirom na to da se primenjuje od oktobra 2019. godine, primećujemo potrebu za određenim izmenama kojima bi se sistem pravne pomoći unapredio. Svojevrstne, konstruktivne i konkretne izmene, nalaže ubrzani razvoj elektronske uprave i usmeravanje orijentacije čitavog rada uprave prema korisnicima, sa naglaskom na njenoj efikasnosti, efektivnosti i profesionalnosti. U tom smislu, u daljem radu će biti ukazano na primećene nedostatke sadašnjeg pravnog okvira regulisanja sistema besplatne pravne pomoći u našoj zemlji sa predlozima za njegovu izmenu i harmonizaciju sa razvojem elektronske uprave.

BESPLATNA PRAVNA POMOĆ

Pravnu pomoć možemo posmatrati kao obavezu društva da, radi obezbeđivanja ravnopravnosti, negovanja demokratije i omogućavanja da svi pod određenim uslovima mogu da ostvare svoja prava zajemčena najvišim pravnim aktima jedne zemlje, ustanovi adekvatan mehanizam za njeno pružanje od strane kompetentnih pružalaca. Besplatna pravna pomoć, stoga, ne predstavlja „milostinju siromašnima“,¹ već obezbeđivanje efikasne pravne zaštite koja proizilazi iz usvojenih principa vladavine prava i prava na pravično suđenje² i onim

¹ Savet Evrope usvojio je brojne preporuke i rezolucije koje se odnose na besplatnu pravnu pomoć. Tako se na primer u Rezoluciji (78) 8 o pravnoj pomoći i savetima navodi da „pružanje pravne pomoći ne bi trebalo da se posmatra kao dobrotvorna akcija u korist ugroženih lica, već kao obaveza društva kao celine. Država ima centralnu ulogu u organizovanju i koordiniranju pružanja pravne pomoći, ali ostaje obaveza društvene solidarnost, posebno od strane pravnih stručnjaka, kao i drugih segmenata društva“. Resolution No. (78) 8, of the Committee of Ministers, on legal aid and advice, March, 1978, <https://rm.coe.int/16804e2bb2>, 14. 9. 2023. Zatim, važno je pomenuti i sledeće dokumente: Rezolucija 76 (5) o pravnoj pomoći u građanskim, privrednim i upravnim stvarima; Resolution No. 76 (5), of the Committee of Ministers to member States on legal aid in civil, commercial and administrative matters, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj8yv7J3KiBAxV1FxAIHf06B58QFnoECBgQAQ&url=https%3A%2F%2Frm.coe.int%2Fcmres-76-5-on-legal-aid-in-civil-commercial-and-administrative-matters%2F1680a43b69&usg=AOvVaw2qOKIN7QuI20gbXq9OgHqf&opi=89978449>, 14. 9. 2023; Preporuka R (81) 7, o merama olakšanja pristupa pravdi; Recommendation No.R(81)7, of the Committee of Ministers to Member States on Measures facilitating Access to Justice, May, 14 1981, <https://rm.coe.int/168050e7e4>, 14. 9. 2023.

² Dušica Palačković, Jelena Čanović, „Besplatna pravna pomoć u kontekstu prava na pristup sudu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. Miroslav Lazić), br. 89, Vol. 59, Niš, 2020, 66.

skupinama ljudi koji zbog svojih ličnih i ekonomskih karakteristika i stanja nisu u mogućnosti da to sami učine.³

Pravo na pravnu pomoć uopšte kao i pravo na besplatnu pravnu pomoć,⁴ zajemčeno je najvišim pravnim aktom države, Ustavom Republike Srbije, sa izričitim

³ Republika Srbija je ratifikovala brojne međunarodne dokumente o ljudskim pravima, kojima je kao princip propisano da se vladavina prava i pravično suđenje ostvaruje efikasnom pravnom zaštitom. Tako, Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima je propisano: „Svi su jednaki pred sudovima i sudovima pravde. Svako lice ima pravo da njegov slučaj bude raspravljan pravično i javno pred nadležnim, nezavisnim i nepristrasnim sudom, ustanovljenim na osnovu zakona koji odlučuje o osnovanosti svake optužbe podignute protiv njega u krivičnim stvarima ili o osporavanju njegovih građanskih prava i obaveza. Može se narediti i isključivanje javnosti za vreme trajanja cele rasprave ili jednog dela u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, ili ako to interes ličnog života stranakazahteva, ili još ako to sud smatra apsolutno potrebnim iz razloga posebnih okolnosti slučajakada bi javnost štetila interesima pravde, ipak, svaka presuda doneta u krivičnim ili građanskim stvarima biće javna, osim ako interes maloletnika zahteva da se postupa drukčije ili ako serasprava odnosi na bračne sporove ili na starateljstvo dece.“ Zakon o ratifikacijimeđunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ*, br. 7/71, čl. 14; zatim Konvencijom Ujedinjenih nacija o pravima deteta je propisano: „Svako dete lišeno slobode ima pravo na hitnu pravnu i drugu odgovarajuću pomoć, pravo da pred sudom ili drugim nadležnim, nezavisnim i nepristrasnim organom postavi pitanje zakonitosti lišavanja slobode, kao i pravo na hitnu odluku o tom pitanju.“ Zakon oratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodniugovori*, br. 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/96 i 2/97, čl. 37(d), kao i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojom je propisano: „Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnojoptužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno, ali se štampai javnost mogu isključiti s celog ili s dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalnebezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštitaprivatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda, nužno potrebna u posebnimokolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.“ Zakon oratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05, 7/05 – ispravka, čl. 6. st. 1.

⁴ Pravo na pravnu pomoć garantovano je Evropskom konvencijom za zaštituljudskih prava i osnovnih sloboda koju je ratifikovala Republika Srbija: „Svako ko je optužen za krivično delo ima sledeća minimalna prava: (...) c) da se brani lično ili putem branioca koga sam izabere ili, ako nema dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, da ovu pomoć dobije besplatno kada interesi pravde to zahtevaju.“Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa protokolom 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostijma, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispr., i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10 i 10/15, čl. 6. st. 3.

određenjem njegove dalje regulacije zakonom.⁵ Ovo pravo je prepoznato kao fundamentalno ljudsko pravo, garantovano svim građanima, pod zakonom propisanim uslovima. Ustavom je predviđeno da pravnu pomoć, a samim tim i besplatnu pravnu pomoć, pružaju advokatura, kao samostalna i nezavisna služba, i službe pravne pomoći koje se osnivaju u jedinicama lokalne samouprave u skladu sa zakonom.

Donošenjem Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći,⁶ sistemski je i na celovit način uređeno pružanje besplatne pravne pomoći, uz naglašavanje osnovnog cilja, dostupnosti pravde svima. Zakonom su propisana merila i kriterijumi za korisnike, položaj i uloga pružaoca besplatne pravne pomoći, postupak u kojem se ovo pravo ostvaruje, sprovođenje kontrole kvaliteta pružanja pravne pomoći, kao i finansiranje i kaznene odredbe.⁷ Predviđeno je da se besplatna pravna pomoć pruža kroz besplatnu pravnu pomoć u užem smislu i besplatnu pravnu podršku. *Besplatna pravna pomoć u užem smislu* se sastoji od *pružanja pravnih saveta* (detaljna objašnjenja o načinu i mogućnostima rešavanja konkretne stvari pred sudom, drugim državnim organom, odnosno organom javne vlasti ili u postupku mirnog rešavanja spora, a koje se odnose na pravo, obavezu ili interes korisnika besplatne pravne pomoći zasnovane na zakonu), *sastavljanja podnesaka* (podrazumeva izradu pismena kojim se pokreće postupak pred sudom, drugim državnim organom, odnosno organom javne vlasti ili koje se podnosi tokom već pokrenutog postupka: sastavljanje tužbe, zahteva, predloga, molbe, pritužbe, prigovora, podnesaka, žalbe i drugog pravnog sredstva), *zastupanja* (predstavlja svaku pravnu radnju koju na osnovu ovlašćenja za zastupanje punomoćnik preduzima u ime i za račun korisnika besplatne pravne pomoći u postupku pred sudom, drugim državnim organom, organom javne vlasti ili u postupku mirnog rešavanja sporova) i *odbrane* (zastupanja osumnjičenog, okrivljenog ili optuženog u predistražnom, istražnom i krivičnom postupku koji se vodi zbog sumnje da je izvršeno krivično delo za koje nije predviđena obavezna odbrana i zastupanje u prekršajnom postupku koji se vodi zbog sumnje da je izvršen prekršaj za koji je predviđena

⁵ Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06, 115/21, čl. 67.

⁶ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 87/18.

⁷ Zakonodavac se, prilikom donošenja Zakona, rukovodio standardima i kriterijumima predstavljanim od strane Evropskog suda za ljudska prava koje je sud smatrao relevantnim prilikom utvrđivanja neophodnosti pružanja besplatne pravne pomoći a koji se tiču: značaja predmeta za podnosioca predstavke, kompleksnosti predmeta, sposobnosti podnosioca predstavke da se sam zastupa, uzimaju se u obzir sve okolnosti koje se tiču pojedinca (uzrast, stepen pismenosti, pripadnost određenoj grupi stanovništva) te troškovi postupka i mogućnost podnosioca da ih sam snosi. *Airey protiv Irske*, presuda br. 6289/73 od 9. oktobra 1979. godine, Evropski sud za ljudska prava, Strazbur, Francuska, serija A, br. 32, st. 24.

kazna zatvora).⁸ Zakonom je predviđeno da se besplatna pravna pomoć ne može pružiti, čak i kada lice ispunjava uslove na njeno pružanje, u privrednim sporovima, postupcima registracije pravnih lica, postupku naknade štete za povredu ugleda i časti, prekršajnom postupku kada za prekršaj nije zaprećena zatvorska kazna, u postupku u kome bi vrednost spora bila u očiglednoj i značajnoj nesrazmeri sa troškovima postupka, postupku u kome je očigledno da tražilac besplatne pravne pomoći nema izgleda na uspeh i u slučaju kada postoji očigledan pokušaj da se zloupotrebi pravo na besplatnu pravnu pomoć ili neko drugo pravo.⁹ *Besplatna pravna podrška* se sastoji od pružanja *opšte informacije* (pružanje informacije o uređenju neke pravne oblasti, pravnom položaju korisnika u konkretnoj pravnoj stvari, subjektu i načinu odlučivanja o pojedinačnom pravu, obavezi ili interesu zasnovanom na zakonu, pred sudom ili drugim državnim organom odnosno organom javne vlasti, o pravilima i o visini troškova postupka koji se ne odnose na postupak pred sudom u konkretnoj pravnoj stvari, načinu izvršenja odluke, o razlozima i uslovima za pokretanje upravnog postupka i postupka koji se pokreće ustavnim žalbom i o uslovima i postupku ostvarivanja prava na besplatnu pravnu pomoć), *popunjavanja formulara* (formulare popunjava pružalac a potpisuje korisnik), *sastavljanja javnobeležničke isprave* (javnobeležničkih zapisa i zapisnika) i *posredovanja u rešavanju sporova* (svaka radnja koju prema zakonu kojim se uređuje posredovanje u rešavanju sporova preuzima posrednik).¹⁰ Treći vid, *pružanje besplatne pravne pomoći u prekograničnim sporovima*, će početi da se primenjuje tek nakon što Republika Srbija pristupi Evropskoj uniji.¹¹

Zakonodavac se opredelio za širok krug pružalaca besplatne pravne pomoći i podrške¹² (advokati, službe besplatne pravne pomoći u jedinicama lokalne samouprave, udruženja, javni beležnici, posrednici i pravni fakulteti) uz određena ograničenja.¹³ Naime, bez ograničenja besplatnu pravnu pomoć mogu da pružaju isključivo advokati. Diplomirani pravnici u službama pravne pomoći u jedinici

⁸ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 6.

⁹ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 7.

¹⁰ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 11.

¹¹ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 61.

¹² Ovakvo zakonsko rešenje je izazvalo polemiku u stručnoj javnosti i različiti stanovišta, sa argumentom protiv kojim se ukazuje na nesklad sa ustavnom normom kojom su kao pružaoci pravne pomoći predviđeni samo advokatura i jedinice lokalne samouprave, i argumentom za kojim je predviđanje šireg kruga pružalaca pravne pomoći u skladu sa međunarodnim standardima. Mijodrag Radojević, „Sistem (besplatne) pravne pomoći u Republici Srbiji i primena međunarodnih standarda – Povodom prvog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (2018)“, *Srpska politička misao*, br. 4, Vol. 62, Beograd, 2018, 257–258.

¹³ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 9. i čl. 12.

lokalne samouprave ili u ime udruženja mogu pružati samo onu besplatnu pravnu pomoć na koju su ovlašćeni i koja proizilazi iz zakona kojim je uređen odgovarajući postupak. Predviđena je mogućnost osnivanja zajedničke službe za pružanje besplatne pravne pomoći jedinice lokalne samouprave i drugog pružaoca, s tim da jedinica lokalne samouprave na drugog ne može preneti pružanje besplatne pravne pomoći u potpunosti. Pružaoci besplatne pravne pomoći moraju biti upisani u Registar pružalaca besplatne pravne pomoći.

Pružanje pravne pomoći, a samim tim i besplatne pravne pomoći, je jedna od izvornih nadležnosti jedinica lokalne samouprave.¹⁴ Svaka jedinica lokalne samouprave u našoj zemlji je bila dužna da obrazuje službu za pružanje besplatne pravne pomoći, a do sada je ona obrazovana u 166 od postojećih 174 jedinica lokalne samouprave.¹⁵ Pravna pomoć koju pruža služba besplatne pravne pomoći finansira se iz budžeta jedinice lokalne samouprave, a na isti način se podmiruje i polovina iznosa naknade za advokate, sastavljanje javnobeležničke isprave ili posredovanje u rešavanju spora kada besplatnu pravnu pomoć pružaju advokati, javni beležnici ili posrednici.¹⁶ Iako je zakonom predviđeno više načina finansiranja pružanja besplatne pravne pomoći, svakako da je najveći teret na jedinici lokalne samouprave.

Pravo na korišćenje besplatne pravne pomoći je predviđeno za veoma širok krug lica, uz ograničenja koja se tiču njihovog ličnog stanja i socijalnih prilika.¹⁷ U svakom slučaju, ovo pravo se priznaje socijalno ugroženim licima.

ELEKTRONSKA UPRAVA

U pravnoj teoriji modernog doba je uprava shvaćena kao sistem koji kroz saradnju sa ljudima doprinosi regulaciji društvenih procesa uz obezbeđivanje minimuma opšteg blagostanja. Teorijski koncept države i uprave kao vlasti postepeno je zamenjen konceptom države i uprave kao javne službe usmerene na iniciranje, koordiniranje i izvršavanje društveno neophodnih i korisnih poslova u različitim aspektima društvenog života.¹⁸ Funkcija uprave se samim tim multiplikovala

¹⁴ Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS*, broj 129/07, 83/14 – dr. zakon, 101/16 – dr. zakon, 47/18 i 111/21 – dr. zakon, čl. 20. st. 1. tač. 11.

¹⁵ Ministarstvo pravde, Spisak registrovanih pružalaca besplatne pravne pomoći lokalne samouprave i udruženja, <https://www.mpravde.gov.rs/sr/tekst/26370/spisak-registrovanih-pruzalaca-besplatne-pravne-pomoci-lokalne-samouprave-i-udruzenja.php>, 4. 9. 2023.

¹⁶ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 39. st. 1. i 2.

¹⁷ Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći, čl. 4.

¹⁸ Stevan Lilić, „Teorijski pojam uprave“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4, Vol. 43, Beograd, 1995, 359.

i postala složenija. Razvoj informacionih tehnologija je značajno doprineo ekonomičnijem i efikasnijem delovanju uprave, pojednostavljenju pristupa organima uprave od strane građanstva kao i bržem ostvarivanju prava i izvršavanju obaveza propisanih zakonom.

Razvoj elektronske uprave je strateški cilj naše zemlje i proces koji u Srbiji traje u poslednjih dvadeset godina različitim intenzitetom.¹⁹ Normativna delatnost države na tom planu se, pored usvajanja Strategija, ogleda u donošenju zakona kojima se reguliše ova oblast: Zakona o opštem upravnom postupku,²⁰ Zakona o elektronskoj upravi,²¹ Zakona o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju,²² Zakona o informacionoj bezbednosti,²³ kao i Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.²⁴ Podzakonski akti koji predstavljaju važeći pravni okvir eUprave jesu: Uredba o organizacionim i tehničkim standardima za održavanje i unapređenje jedinstvene informaciono-komunikacione mreže elektronske uprave i povezivanje organa na tu mrežu,²⁵ Uredba o bližim uslovima za izradu i održavanje veb-prezentacije organa,²⁶ Uredba o bližim uslovima za uspostavljanje elektronske uprave,²⁷ Uredba o načinu vođenja Metaregistra, načinu odobravanja, suspendovanja i ukidanja pristupa servisnoj magistrali organa i načinu rada na Portalu eUprava,²⁸ Uredba o načinu rada Portala

¹⁹ Dejan Milenković, *Savremene teorije i moderna uprava*, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2019, 201–214.

²⁰ Predviđena je mogućnost elektronskog opštenja organa i stranaka, elektronskog obaveštavanja i dostavljanja kao i donošenja rešenja u upravnom postupku od strane nadležnog organa u elektronskom obliku. V. Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 18/16, 19/18 – autentično tumačenje, 2/23 – odluka US

²¹ Zakon o elektronskoj upravi, *Službeni glasnik RS*, br. 27/18, čl. 56, 57, 60, 61, 64, 66, 70, 72, 77, 81, 118, 121. i 140.

²² Zakon o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 94/17 i 52/21.

²³ Zakon o informacionoj bezbednosti, *Službeni glasnik RS*, br.6/16, 94/17 i 77/19.

²⁴ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, *Službeni glasnik RS*, br. 87/18.

²⁵ Uredba o organizacionim i tehničkim standardima za održavanje i unapređenje jedinstvene informaciono-komunikacione mreže elektronske uprave i povezivanje organa na tu mrežu, *Službeni glasnik RS*, br. 104/18.

²⁶ Uredba o bližim uslovima za izradu i održavanje veb-prezentacije organa, *Službeni glasnik RS*, br. 104/18.

²⁷ Uredba o bližim uslovima za uspostavljanje elektronske uprave, *Službeni glasnik RS*, br. 104/18.

²⁸ Uredba o načinu vođenja Metaregistra, načinu odobravanja, suspendovanja i ukidanja pristupa servisnoj magistrali organa i načinu rada na Portalu eUprava, *Službeni glasnik RS*, br. 104/18.

otvorenih podataka,²⁹ Uredba o održavanju i unapređenju Državnog centra za upravljanje i čuvanje podataka,³⁰ te Uredba o kancelarijskom poslovanju organa državne uprave.³¹

Plan razvoja eUprave u Republici Srbiji je predstavljen u Programu razvoja eUprave za period 2023–2025. godine³² i sprovodi se uz poštovanje načela rodne ravnopravnosti i socijalne inkluzije, jednakosti i zabrane da se vrši diskriminacija, razvoja inovativnih tehnologija, zaštite životne sredine, načela koja proizilaze iz ciljeva održivog razvoja Ujedinjenih nacija, iz evropske regulative u oblasti zaštite podataka i strateškog okvira uspostavljenog u okviru Evropske unije i evropske regulative u oblasti eUprave. Ukratko, razvoj eUprave u našoj zemlji je predviđen tako da su informacioni sistemi, platforme, softveri i kompletna infrastruktura koju javna uprava koristi uspostavljeni tako da su jednako dostupni svim korisnicima na celoj teritoriji naše zemlje pod uslovom da lice poseduje računar i stabilnu internet konekciju. Predviđene posledice povećanja efikasnosti pružanja usluga od strane nadležnih organa treba direktno da utiče na iskorenjavanje siromaštva, zaštitu životne sredine, obezbeđivanje mira i prosperiteta za sve građane podjednako kao i ostvarivanje prava na dostojanstven život.³³

Elektronska uprava podrazumeva upotrebu informaciono-komunikacionih tehnologija (IKT) i uspostavljanje, održavanje i korišćenje interoperabilnih IKT državnih organa i organizacija, organa i organizacija pokrajinske autonomije, organa i organizacija jedinica lokalne samouprave, ustanova, javnih preduzeća, posebnih organa preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija i pravnih i fizičkih lica kojima su poverena javna ovlašćenja.³⁴ Kroz elektronsku upravu su povezani svi organi, organizacije, javna preduzeća i lica kojima su poverena javna ovlašćenja međusobno, i, u skladu sa njihovim nadležnostima,³⁵ omogućeno je pružanje usluga korisnicima,

²⁹ Uredba o načinu rada Portala otvorenih podataka, *Službeni glasnik RS*, br. 104/18.

³⁰ Uredba o održavanju i unapređenju Državnog centra za upravljanje i čuvanje podataka, *Službeni glasnik RS*, br. 18/22.

³¹ Uredba o kancelarijskom poslovanju organa državne uprave, *Službeni glasnik RS*, br. 21/20, 32/21 i 14/23.

³² Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave Republike Srbije, Program razvoja eUprave za period 2023–2025, <https://mduls.gov.rs/propisi/strategije/>, 13. 9. 2023. godine.

³³ UN ciljevi održivog razvoja (SDGs), <http://www.ciljeviodrzivograzvoja.net/un-ciljevi-odrzivog-razvoja/>, 13. 9. 2023. godine.

³⁴ Zakon o elektronskoj upravi, čl. 1.

³⁵ Pri čemu se misli kako na elektronsko upravno postupanje organa, tako i na elektronsku komunikaciju između organa, komunikaciju tih organa sa strankama u obavljanju poslova koji se ne odnose na upravno postupanje, ukoliko posebnim zakonom nije drugačije određeno.

građanima i privredi, elektronskim putem. Razmena podataka između organa se obavlja putem Servisne magistrale organa³⁶ i Portala eUprave.³⁷

Dostupnost eUprave građanima i privredi, korisnicima eUprave, kroz korisničke servise se ogleda u digitalizaciji upravnih procedura, usluga, registara i evidencija, funkcionisanju Portala eUprava i internet stranica organa javne uprave,³⁸ primeni sertifikacije, kvalifikovane elektronske dostave i elektronskih plaćanja. Korisnik usluga eUprave ima pravo da koristi uspostavljene usluge eUprave, podnosi elektronske podneske, komunicira sa organom, prima obaveštenja o preduzetim radnjama i donetim aktima nadležnih organa, prati status svog predmeta, prima akte nadležnih organa kroz Jedinstveni elektronski sandučić.³⁹ To podrazumeva da su organi dužni da izrade i održavaju veb-prezentaciju u okviru koje će omogućiti korisnicima usluga da pokrenu postupak pred tim organom, odnosno podnesu elektronski zahtev za pokretanje onih postupaka koji se mogu realizovati elektronskim putem, zatim da budu informisani o načinu vođenja elektronskog upravnog postupka i ograničenjima pri elektronskom upravnom postupanju. Pored toga, organ je dužan da pripremi elektronske obrasce za podnošenje elektronskih podnesaka, omogućujući njihov prijem i evidenciju u elektronskoj pisarnici uz dostavljanje potvrde o prijemu korisniku kao i da vrši elektronsko dostavljanje akata iz okvira svoje nadležnosti.

PRILAGOĐAVANJE SISTEMA BESPLATNE PRAVNE POMOĆI ELEKTRONSKOJ UPRAVI

Već smo napomenuli da se besplatna pravna pomoć ogleda u pružanju pravnih saveta, sastavljanju podnesaka, zastupanja i odbrane, a da se pružanje besplatne pravne podrške ogleda u pružanju opšte informacije, popunjavanju formulara,

Ograničenje je predviđeno samo u pogledu akata označenih određenim stepenom tajnosti. V. Zakon o elektronskoj upravi, čl. 2.

³⁶ Servisna magistrala organa je centralizovana softversko-hardverska platforma za integraciju i upravljanje elektronskim uslugama organa. V. Zakon o elektronskoj upravi, čl. 4. st. 1. tač. 31.

³⁷ Portal e-Uprava predstavlja nacionalni veb-portal kao jedinstvenu pristupnu tačku elektronskoj upravi organa. V. Zakon o elektronskoj upravi, čl. 4. st. 1. tač. 22.

³⁸ Internet stranica organa podrazumeva zvaničnu veb-prezentaciju organa na kojoj se objavljuju informacije o njegovom radu i predstavlja skup podataka i informacija pomoću posebnih računarskih programa koji su na raspolaganju korisnicima preko računarskih mreža. V. Zakon o elektronskoj upravi, čl. 4. st. 1. tač. 22.

³⁹ Zakon o elektronskoj upravi, čl. 23. i 24.

sastavljanju javnobeležničke isprave i posredovanju u rešavanju sporova. Budući da je određen širok krug organa koji su dužni da upotrebljavaju elektronsku upravu i sprovedu sve potrebne mere radi uspostavljanja elektronske komunikacije, kako međusobno tako i sa svim građanima i pravnim licima, u njih se ubrajaju i jedinice lokalne samouprave. Shodno navedenom, nema prepreke da služba besplatne pravne pomoći u okviru jedinice lokalne samouprave, koja je propisno registrovana, takve svoje usluge pruža elektronskim putem. Naime, i pored toga što su svi organi dužni da na svojim veb-prezentacijama objavljuju usluge koje su dostupne korisnicima elektronske uprave, obezbede pravno valjano elektronsko podnošenje zahteva i pruže različite informacije korisnicima o načinu postupanja u postupcima iz svoje nadležnosti, uvek postoje oni građani koji ne koriste tu vrstu tehnologije iz različitih razloga. Naime, računare u Srbiji ne poseduje 33% stanovništva, a internet oko 17% i isti procenat stanovnika nikada nije koristio računar.⁴⁰ Svakako da je taj procenat manji u gradovima i kod stanovništva sa višim i visokim stepenom obrazovanja, što ukazuje na to da ostale grupacije, one koje žive van gradova i nižeg su stepena obrazovanja, kojima je u većini slučajeva neophodna besplatna pravna pomoć, i ne mogu drugačije do nje da dođu osim da se obrate službi za to osnovanoj u jedinici lokalne samouprave. Za takva lica pružanje besplatne pravne pomoći, pod zakonom određenim uslovima, treba da se obavlja usmenim putem, odnosno neposrednom komunikacijom između pružaoca i primaoca besplatne pravne pomoći.

Međutim, tendencija digitalizacije svih postupaka organa i uspostavljanja elektronske komunikacije sa strankama i digitalizacijom svih postupaka kod kojih je to moguće, ukazuje na potrebu da se takvim licima, korisnicima besplatne pravne pomoći, pruži i pomoć prilikom ostvarenja elektronske komunikacije sa organom kao i pomoć prilikom vršenja određenih procesnih radnji u ime tih lica (prvenstveno podnošenje elektronskih zahteva i predaje elektronskih podnesaka). Naime, lica, korisnici besplatne pravne pomoći, koja ne poseduju računar, niti internet, u situaciji kada im je recimo dat pravni savet i sačinjen podnesak, nisu u mogućnosti da realizuju svrhu pružanja besplatne pravne pomoći, u konkretnom uskraćeni su za pravo da opšte sa organom čiji je postupak u celosti digitalizovan. Time su svakako diskriminirani u odnosu na deo stanovništva koji aktivno koristi IKT i koji putem različitih servisa može da dođe do informacija koje su im značajne za ostvarivanje njihovih prava pred različitim organima, pravnih saveta i u konačnom da uz posedovanje kvalifikovanog elektronskog potpisa pokrenu odgovarajuće postupke pred organom radi zaštite svojih prava i interesa.

⁴⁰ Republički zavod za statistiku, Upotreba informaciono-komunikacionih tehnologija u Republici Srbiji, 2022, 13–17, <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/upotreba-ikt>, 13. 9. 2023.

Takođe, u nadležnosti jedinica lokalne samouprave su svakako sprovode-nje određenih upravnih postupaka kao što su postupci izdavanja građevinskih i upotrebni dozvola, utvrđivanja poreza, naplate usluga kao i mnogih drugih, koji postupci su u većini digitalizovani i prilagođeni elektronskoj upravi. Shodno tome, jedinice lokalne samouprave raspolažu i kvalifikovanom radnom snagom i sredstvima neophodnim za vršenje elektronske uprave, te nema smetnje da pruže elektronsku besplatnu pravnu pomoć u onim situacijama u kojima to inače mogu rade.

Što se tiče podnošenja elektronskog zahteva i elektronskih podnesaka, službe besplatne pravne pomoći pri jedinicama lokalne samouprave ovu vrstu usluge treba da pružaju kao besplatnu pravnu podršku. Naime, licima kojima je inače odobreno pružanje besplatne pravne pomoći u sastavljanju podnesaka, neophodno je pružiti i besplatnu pravnu podršku za njihovo elektronsko slanje organu pred kojim je neophodno da korisnik besplatne pravne pomoći ostvari neko svoje pravo ili izvrši obavezu. Sa druge strane, potpuno je opravdano pružanje besplatne pravne podrške u ostvarivanju elektronske komunikacije sa nadležnim organom i u slučajevima kada lice ne ispunjava uslove za pružanje besplatne pravne pomoći. Dakle, neophodno je zakonom proširiti mogućnost da služba pravne pomoći pruži besplatnu pravnu podršku svim licima koja nisu u mogućnosti da elektronskim putem opšte sa nadležnim organom (ili nemaju računar, ili nemaju internet, ili nemaju elektronski potpis ili nisu osposobljeni za takav vid komunikacije), odnosno da služba može u njihovo ime da podnese elektronski zahtev (potpisan od strane podnosioca) i elektronski podnesak nadležnom organu.

ZAKLJUČAK

Kontinuirane promene i konstantno unapređenje razvoja elektronske uprave, kompletna digitalizacija velikog broja upravnih postupaka, mahom posebnih upravnih postupaka, u kojima se odlučuje o značajnom broju prava i interesa pravnih i fizičkih lica, omogućavanje i insistiranje na sprovođenju elektronske komunikacije u svim ostalim postupcima nadležnih organa, kako međusobno, tako i sa strankama, čak i kada postupak nije u celosti digitalizovan, svakako nalaže i prilagođavanje sistema pružanja besplatne pravne pomoći uspostavljenoj elektronskoj upravi. Sadašnje zakonsko rešenje u pogledu dostupnosti besplatne pravne pomoći i podrške opredeljuje lica koja mogu biti njeni korisnici i način na koji istu mogu da ostvare. Takođe, zakonom je određen i krug lica koja mogu biti pružaoci besplatne pravne pomoći i podrške. Budući da svaka jedinica lokalne samouprave, odnosno opština ili grad, mora imati osnovanu službu besplatne pravne pomoći čiji pružaoci moraju biti propisno registrovani, te kako je jedinica lokalne samouprave

prepoznata kao deo elektronske uprave, što podrazumeva da je elektronski povezana sa različitim organima kao i da su njene usluge dostupne korisnicima, svim građanima, putem Portala eUprava i veb-prezentacije, to je potpuno opravdano zakonom predvideti mogućnost elektronskog pružanja pravne pomoći i podrške od strane jedinice lokalne samouprave.

Pružanje elektronske pravne pomoći treba predvideti za sve situacije u kojima jedinica lokalne samouprave po važećem zakonu može da je pruži, ne izuzimajući ni elektronsko sprovođenje postupka za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć. Ovakvo rešenje ne predstavlja prepreku ni u slučaju kada je osnovana zajednička služba za pružanje besplatne pravne pomoći jedinice lokalne samouprave i drugog pružaoca.

Poštujući načelo zabrane diskriminacije predviđeno propisima kojima je uređena elektronska uprava, potpuno je opravdano proširiti oblike pružanja elektronske besplatne pravne podrške na sve slučajeve kada je neophodno i moguće da, radi zaštite prava i interesa korisnika, služba besplatne pravne pomoći jedinice lokalne samouprave pokrene odgovarajući postupak slanjem elektronskog zahteva koji je potpisan od strane korisnika nadležnom organu, a overen elektronskim potpisom pružaoca, ili pak prosleđivanjem elektronskih podnesaka korisnika organima čiji su postupci prilagođeni elektronskoj komunikaciji i ukoliko nema drugog načina da stranka pisanim putem ostvari komunikaciju sa organom. S obzirom na to da elektronska uprava već funkcioniše u jedinicama lokalne samouprave, ovakav vid pružanja besplatne pravne podrške i pomoći ne bi proizveo nikakve materijalne izdatke veće od onih koje opština ili grad već imaju kroz obavezu finansiranja pružanja besplatne pravne pomoći i podrške. Takođe, budući da svako, bez izuzetka, može podneti zahtev za ostvarivanje prava na besplatnu pravnu pomoć, omogućavanje pružanja elektronske besplatne pravne podrške podrazumeva i pokretanje elektronskog postupka za odobravanje pružanja besplatne pravne pomoći.

Ovakvim zakonskim rešenjem bi se pružanje besplatne pravne podrške i pomoći u potpunosti prilagodilo ciljevima strateškog razvoja elektronske uprave u našoj zemlji, a pravna pomoć bi svakako bila pružena svim marginalizovanim i najugroženijim pojedincima. Takođe, pravna podrška u smislu omogućavanja elektronskog opštenja organa i stranaka, mogla bi se besplatno pružiti i svima onima koji ne ispunjavaju uslove za pružanje besplatne pravne pomoći, a ne raspolažu ni znanjem, ni tehničkim sredstvima ni ostalim mogućnostima da ostvare svoja prava pred onim organima čiji su postupci i načini pružanja usluga u potpunosti digitalizovani. Takva lica, lica koja nemaju računar, internet ili ne znaju da ga koriste, ne bi bila diskriminisana, a postupak pružanja elektronske pravne podrške u ovom slučaju za jedinicu lokalne samouprave ne bi predstavljao dodatni finansijski trošak.

Dr. MILICA TORBICA
Senior Advisor, Republican Geodesy Bureau

FREE LEGAL ASSISTANCE SYSTEM AS A SUPPORT FOR THE DEVELOPMENT
OF EFFICIENT AND USER-ORIENTED ADMINISTRATION
IN THE DIGITAL ENVIRONMENT

Summary

Since it was passed at the time of validity of the law which standardized the procedure in the field of electronic administration, the implementation and development of which is one of the strategic goals of our country, the Law on free legal aid does not provide for criteria and standards for users who do not have access to the Internet and technical means, nor do they need knowledge for exercising rights before authorities whose procedures are fully or partially adapted to electronic administrative procedures. Since local self-government units, municipalities and cities are recognized as state administration bodies that perform administrative tasks in electronic form, and state administration bodies that provide free legal aid and support within their original jurisdiction, we suggest that the Free Legal Aid Services, registered in local self-government units, stipulates the obligation to provide free electronic legal support to all those users who do not have the technical capabilities or knowledge to do it themselves. Also, it is necessary to envisage the possibility of conducting an electronic procedure for deciding on the right to free legal aid, as well as the possibility of providing electronic free legal aid, which would facilitate the quality control of the aid provided.

Key words: free legal aid, free legal support, local self-government units, electronic administration

Literatura

- Lilić S., „Teorijski pojam uprave“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4, Vol. 43, Beograd, 1995.
- Milenković D., *Savremene teorije i moderna uprava*, Fakultet političkih nauka, Beograd, 2019.
- Palačković D., Čanović J., „Besplatna pravna pomoć u kontekstu prava na pristup sudu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (ur. Miroslav Lazić), br. 89, Vol. 59, Niš, 2020.
- Radojević M., „Sistem (besplatne) pravne pomoći u Republici Srbiji i primena međunarodnih standarda – Povodom prvog Zakona o besplatnoj pravnoj pomoći (2018)“, *Srpska politička misao*, br. 4, Vol. 62, Beograd, 2018.

PREGLEDNI RAD

ODLOŽNO DEJSTVO TUŽBE PREMA ZAKONU O UPRAVNIM SPOROVIMA

Upravni spor pokreće se tužbom i tužba, po pravilu, ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta. Međutim, mogućnost odlaganja izvršenja konačnog upravnog akta, koja je regulisana odredbama čl. 23 Zakona o upravnim sporovima, predstavlja izuzetak koji potvrđuje pravilo o nesuspendivnom dejstvu tužbe. Primena ovog instituta može da spreči nastupanje mnogih negativnih posledica po stranke i zbog toga je važan vid sudske zaštite u ostvarivanju i zaštiti njihovih prava u upravnim stvarima. U ovom radu bliže su objašnjeni uslovi koji moraju biti ispunjeni kako bi zahtev stranke kojim traži odlaganje upravnog akta bio usvojen.

Ključne reči: upravni spor, odlaganje izvršenja upravnih akata, javni interes, šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi i nenadoknativa šteta

U V O D

Upravni spor je svojevrsan sudski spor u kome se obezbeđuje zaštita pojedinačnih prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih lica kroz zakonitost rešavanja u upravnim i drugim Ustavom i zakonom predviđenim stvarima. U upravnom sporu (u okviru sudske vlasti) vrši se ocena zakonitosti postupanja u upravnim stvarima u jednoj drugoj grani vlasti – izvršnoj. Zbog toga se stepen demokratizacije, između ostalog, meri odnosom izvršne i sudske vlasti posmatranim kroz kvalitet presudjenja u ovoj materiji i poštovanju sudskih odluka od strane izvršne vlasti.¹

Dr Vesna Bilbija, viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije, e-mail: vesna_bilbija@yahoo.com.

¹ Ljubodrag Pljakić, *Praktikum za upravni spor*, Intermex, Beograd, 2011, 17.

Prema Zakonu o upravnim sporovima,² koji stupio na snagu 30. 12. 2009. godine, u upravnom sporu sud odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata, osim onih u pogledu kojih je predviđena drugačija sudska zaštita. U upravnom sporu sud odlučuje i o zakonitosti konačnih pojedinačnih akata kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, u pogledu kojih u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita. Sud u upravnom sporu odlučuje i o zakonitosti drugih konačnih pojedinačnih akata kada je to zakonom predviđeno. Odredbe ovog zakona koje se odnose na upravni akt, primenjuju se i na druge akte protiv kojih se može voditi upravni spor.³

Upravni spor može se pokrenuti protiv upravnog akta koji je donet u drugom stepenu, a upravni spor može se pokrenuti i protiv prvostepenog upravnog akta protiv koga nije dozvoljena žalba u upravnom postupku.⁴

Upravni spor pokreće se tužbom.⁵

Kada protiv konačnog upravnog akta kojim mu se nalaže neka obaveza, tužilac pokrene upravni spor, osnovni njegov interes jeste da na kraju spora osporeni upravni akt bude stavljen van snage, a da do donošenja definitivne odluke suda o njegovoj zakonitosti on ne proizvodi pravne posledice. Stoga bi sa aspekta zaštite interesa tužioca bilo potpuno opravdano kada bi i u upravnom sporu tužba uvek imala suspenzivno dejstvo, kao što je to slučaj sa žalbom u upravnom postupku. Međutim, javni interes ponekad nalaže da se sa izvršenjem upravnog akta ne čeka suviše dugo. Nakon što je stranka već jednom imala mogućnost da traži proveru zakonitosti upravnog akta u upravnom postupku, ponovna provera njegove zakonitosti u upravnom sporu, prema pravilima sudskog postupka, može ponekad značiti obesmišljavanje celokupne aktivnosti organa uprave.⁶

Sa druge strane, odlaganjem izvršenja upravnog akta stranke se štite od štete ili kakve neželjene situacije koje bi mogle da nastanu ako se na kraju upravnog spora pokaže da je njihova tužba osnovana i da je osporeni akt nezakonit. Bitno je istaći da takav ishod ne bi bio protivan javnom interesu, jer se odlaganjem izvršenja nezakonitog upravnog akta istovremeno štiti javni interes, odnosno štiti se država od svih štetnih posledica koje bi mogle da nastupe usled nezakonitog

² Zakon o upravnim sporovima, *Službeni glasnik RS*, br. 111/09, dalje u tekstu i u fusnotama: ZUS.

³ ZUS, čl. 3.

⁴ ZUS, čl. 14.

⁵ ZUS, čl. 17.

⁶ Zoran Lončar, „Odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad, 2012, 240.

rada organa uprave. Prema tome, iako deluje da tužilac, kome je u interesu da do izvršenja osporenog akta ne dođe, i država, odnosno javni interes u ovom odnosu nisu ravnopravni i ciljevi im, po prirodi stvari, nisu podudarni, može se reći da su oni ipak samo „na različitim stranama jednog istog puta“. Obe strane u ovom odnosu imaju svoja legitimna očekivanja i do balansa dolazi u zavisnosti od toga kako je institut odložnog dejstva tužbe u upravnom sporu propisan i ako se zakonske odredbe primenjuju.

PROPISIVANJE ODLOŽNOG DEJSTVA TUŽBE U ZAKONU O UPRAVNIM SPOROVIMA

Odložno dejstvo tužbe propisano je odredbama čl. 23 ZUS, koje glase:

„Tužba, po pravilu, ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta.

Po zahtevu tužioca, sud može odložiti izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu.

Izuzetno, stranka iz upravnog postupka može tražiti od suda odlaganje izvršenja upravnog akta i pre podnošenja tužbe:

1) u slučaju hitnosti;

2) kada je izjavljena žalba koja po zakonu nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi nije okončan.

Po zahtevu za odlaganje izvršenja sud odlučuje rešenjem, najkasnije u roku od pet dana od dana prijema zahteva iz st. 2. i 3. ovog člana.“

Iz citiranih odredbi sledi da je procesno sredstvo kojim se stranka obraća Upravnom sudu – zahtev. Zahtev može da bude podnet povodom podnete tužbe Upravnom sudu (st. 2) i pre podnošenja tužbe Upravnom sudu (st. 3).

Zahtev za odlaganje izvršenja podnet povodom podnete tužbe Upravnom sudu

Do suspenzivnog dejstva tužbe, dakle, može doći i za to je potrebno da stranka podnese zahtev i potrebno je da taj zahtev ispunjava propisane uslove. Zahtev može da se podnese u samoj tužbi, što je za stranku najjednostavnije i najpovoljnije, imajući u vidu cilj da se izvršenje konačnog upravnog akta spreči što pre. Naravno, zahtev za odlaganje može da se podnese i tokom trajanja upravnog spora.

Prvo, stranka treba zahtev da podnese protiv konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari. U praksi, najčešća „zamka“ u koju stranka „upadne“ jeste ta da ne obrati dovoljno pažnje na to da se može odložiti samo akt kojim se meritorno odlučuje, a to je najčešće prvostepeno, ožalbeno rešenje, pa uz tužbu kojim osporava zakonitost drugostepenog rešenja, podnese zahtev za odlaganje tog istog drugostepenog rešenja, kojim je žalba odbijena i prosto – ne može da se odloži. U tom slučaju, ceneći da tužilac u upravnom sporu traži odlaganje izvršenja osporenog rešenja kojim nije meritorno odlučeno u upravnoj stvari, već je odbijena žalba izjavljena protiv rešenja prvostepenog organa kojim jeste odlučeno meritorno, Upravni sud nalazi da nisu ispunjeni uslovi za odlaganje propisani odredbom čl. 23. st. 2 Zakona o upravnim sporovima, pa zahtev tužioca odbacuje.

Pored opisane situacije, zahtev će biti odbačen i ako se odnosi na procesno rešenje ili bilo koje drugo rešenje kojim nije meritorno odlučeno u upravnoj stvari. Na primer, ukoliko je u konkretnom slučaju podnet zahtev za odlaganje izvršenja rešenja kojim je utvrđena prinudna naplata poreske obaveze, što znači da tim rešenjem nije meritorno odlučeno u upravnoj stvari, već takvo rešenje predstavlja akt donet u postupku sprovođenja izvršenja u smislu odredbi Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, sud će oceniti da nisu ispunjene procesno-pravne pretpostavke iz odredbe čl. 23. st. 2 Zakona o upravnim sporovima, za odlučivanje o osnovanosti podnetog zahteva.

Sem praktičnih pitanja koja se mogu javiti, meritorno odlučivanje je predmet teorijskih razmatranja. Tako, ukazuje se na to da meritorno odlučivanje organa uprave podrazumeva donošenje i negativnih (odbijajućih) upravnih akata, a oni se po prirodi stvari ne mogu izvršavati, pa samim tim ne mogu biti ni predmet zahteva za odlaganje izvršenja u upravnom sporu.⁷ U vezi sa tim, mišljenje je da bi bilo mnogo bolje da je u zakonu o upravnim sporovima umesto meritorne odluke kao predmet zahteva za odlaganje izvršenja naveden obavezujući upravni akt.⁸

Sledeći uslov koji treba da bude ispunjen da bi sud, po zahtevu stranke mogao da odloži izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari do donošenja sudske odluke, jeste da bi to izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu. Dakle, potrebno je da kumulativno budu ispunjena sva

⁷ Z. Lončar, op. cit., 253.

⁸ V. Dragan Milkov, *Upravno pravo III*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, 106–107.

tri uslova: 1) da bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, 2) odlaganje nije protivno javnom interesu i 3) odlaganjem se ne bi nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu. Kada je reč o šteti, bitno je da bi izvršenje rešenja tužiocu nanelo štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a jednako bitno je i to da se tim odlaganjem ne bi nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu. I treći propisan uslov koji nije vezan za štetu – da odlaganje nije protivno javnom interesu.

Uz zahtev, tužilac mora da navede razloge koji opravdavaju odlaganje i da za to, uz zahtev, podnese adekvatne dokaze. Ukoliko, po oceni Upravnog suda, tužilac navodima i priloženim dokazima uz tužbu nije učinio verovatnim tvrdnju da bi mu izvršenjem navedenog rešenja u odnosu na koji je podneo zahtev za odlaganje bila naneta šteta koja bi se teško mogla nadoknaditi, što predstavlja jedan od tri kumulativno propisana uslova iz čl. 23. st. 2 ZUS-a za odlaganje izvršenja, niti je pružio dokaze da odlaganje izvršenja navedenog rešenja nije protivno javnom interesu, kao ni dokaz da se odlaganjem ne bi nanela šteta zainteresovanom licu, njegov zahtev se odbija kao neosnovan. Pritom, zahtevom za odlaganje izvršenja upravnog akta moraju se određeno navesti činjenice, okolnosti i podneti dokazi, iz kojih se može nesumnjivo zaključiti da bi sprovođenjem izvršenja podnosilac pretrpeo štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, kao i u čemu bi se ta šteta konkretno sastojala.

Vrlo često dokazi koji su priloženi uz tužbu ne utiču na osnovanost podnetog zahteva za odlaganje, već na osnovanost podnete tužbe. Takvi dokazi se razmatraju kroz ocenu zakonitosti tužbom osporenog rešenja, a za uspeh podnetog zahteva za odlaganje, potrebno je navesti i priložiti dokaze koji bi ispunili sve kumulativno propisane zakonske uslove.

Po zahtevu za odlaganje izvršenja sud odlučuje rešenjem, najkasnije u roku od pet dana od dana prijema zahteva. Ukoliko Upravni sud usvoji zahtev, pravno dejstvo odlaganja traje dok traje predmetni upravni spor, tj. do donošenja presude. Pod donošenjem presude treba imati u vidu njenu pravnosnažnost.⁹

*Zahtev za odlaganje izvršenja podnet pre podnošenja tužbe
Upravnom sudu*

Zakonom o upravnim sporovima propisana je i mogućnost odlaganja izvršenja upravnog akta i pre podnošenja tužbe i to u slučaju hitnosti, kao i kada je izjavljena žalba koja po zakonu nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi nije okončan.

⁹ Lj. Pljakić (2011), op. cit., 248.

Imajući u vidu odredbu čl.23 ZUS-a, treba reći da se i u ovom zahtevu za odlaganje moraju navesti činjenice i okolnosti zbog kojih se traži odlaganje i uz isti podneti odgovarajući dokazi iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da bi sprovođenjem izvršenja rešenja podnosilac zahteva pretrpeo štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi ili da to bar učini verovatnim, zatim mora se precizno navesti u čemu bi se ta šteta konkretno sastojala, kao i ispunjenost ostalih kumulativno propisanih uslova iz čl. 23. st. 2 Zakona o upravnim sporovima (da odlaganje nije protivno javnom interesu, niti da bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu). Dakle, navedeni propisani uslovi „važe“ i kada je reč o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta pre podnošenja tužbe. Naravno, kako je zakonski uslov da postupak po žalbi nije okončan, uz zahtev pored prvostepenog rešenja, odnosno rešenja čije se odlaganje traži, treba dostaviti žalbu uz dokaz da je ista podneta.

Ono što se ne podrazumeva i nije istovetno sa slučajem odlaganja izvršenja rešenja iz odredbe čl. 23. st. 2 Zakona o upravnim sporovima, to je odgovor na pitanje koliko traje odluka suda o odlaganju izvršenja iz odredbe čl. 23. st. 3 Zakona o upravnim sporovima. Jedna mogućnost je da odložno dejstvo traje do pravnosnažnosti rešenja, pa ukoliko žalba bude odbijena, a stranka ne podnese tužbu u upravnom sporu, nastupila je pravnosnažnost prvostepenog rešenja, dok se u slučaju da je žalba odbijena i podneta nova tužba, ne podnosi novi zahtev za odlaganje, jer već doneto rešenje Upravnog suda o odlaganju „pokriva“ i period do presuđenja po tužbi.¹⁰ Na drugoj strani je stav da, nakon što drugostepeni organ uprave odluči po žalbi, pa stranka pokrene upravni spor protiv te odluke, sud mora biti u prilici da ponovo sagleda sve činjenice i okolnosti, imajući u vidu da sada u konkretnoj upravnoj stvari imamo i odluku drugostepenog organa. Nezadovoljstvo stranke donetim drugostepenim upravnim aktom može u tužbi da počiva i na nekom drugom razlogu u odnosu na one koji su prvobitno bili izneti u zahtevu za odlaganje izvršenja, koje sud možda ne smatra valjanim za dalje odlaganje izvršenja upravnog akta. Isto tako, u slučaju kada je drugostepeni organ povodom žalbe izmenio prvostepeno rešenje, obaveza stranke na izvršenje se odnosi na drugostepeni upravni akt, a ne više na prvostepeni akt čije je izvršenje sud ranije odložio.¹¹

Konačno, kada odlučuje o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta iz odredbe čl. 23. st. 3 Zakona o upravnim sporovima, Upravni sud donosi rešenje kojim usvaja zahtev i odlaže izvršenje rešenja do donošenja odluke po žalbi. Prema tome, u slučaju da nakon donošenja odluke po žalbi, stranka pokrene upravni

¹⁰ Ljubodrag Pljakić, „Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva* (ur. Slobodan Perović), Budva, 2010, 349.

¹¹ Z. Lončar, op. cit., 255.

spor, a i dalje smatra da ispunjava zakonske uslove da izvršenje upravnog akta bude odloženo, potrebno je uz tužbu podnese i novi zahtev za odlaganje na koji način će sud ponovo preispitati postojanje zakonskih uslova i svoj raniji stav u vezi odluke o odlaganju izvršenja upravnog akta.

Baš kao i u slučaju kada je zahtev podnet povodom podnete tužbe Upravom sudu, i po zahtevu za odlaganje izvršenja koji stranka podnosi pre podnošenja tužbe, odnosno pre okončanja postupka po žalbi, Upravni sud odlučuje u formi rešenja, najkasnije u roku od pet dana od dana prijema zahteva.

RANIJE ZAKONSKO REŠENJE

Mogućnost odlaganja izvršenja upravnog akta nije institut koji je uveden važećim Zakonom u upravnim sporovima. Pravni režim odlaganja upravnog akta bio je uređen i prethodnim Zakonom o upravnim sporovima¹², u odredbama čl. 16 koji je glasio:

„Tužba, po pravilu, ne sprečava izvršenje upravnog akta protiv koga je podnesena.

Po zahtevu tužioca, organ čiji se akt izvršava, odnosno organ nadležan za izvršenje, ako je u pitanju akt organizacije koja nije ovlašćena za izvršenje, odložiće izvršenje do pravnosnažnosti sudske odluke, ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla popraviti, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća nenaknadiva šteta protivnoj stranci. Uz zahtev za odlaganje mora se priložiti dokaz o podnesenoj tužbi. Po svakom zahtevu nadležni organ mora doneti rešenje najdocije u roku od tri dana od prijema zahteva.

Organ iz stava 2. ovog člana može i iz drugih razloga odložiti izvršenje osporenog akta do pravnosnažnosti sudske odluke, ako to nije u suprotnosti sa javnim interesom.“

Iako se mogu uočiti gotovo istovetni uslovi koji se moraju ispuniti da bi zahtev stranke bio usvojen – *ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla popraviti, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća nenaknadiva šteta protivnoj stranci* – postojala je suštinska razlika između ranijeg i važećeg zakonskog rešenja koja se ticala nadležnosti za rešavanje o zahtevu. U starom ZUS-u o zahtevu tužioca rešavao je organ uprave, tačnije *organ čiji se akt izvršava, odnosno organ nadležan za izvršenje, ako je u pitanju akt organizacije koja nije ovlašćena za izvršenje.*

¹² Zakon o upravnim sporovima, *Službeni list SRJ*, br. 46/96 dalje u tekstu i u fusnotama stari ZUS.

I prema prethodnom ZUS-u, tužba, po pravilu, nema suspenzivno dejstvo. Zahtev za odlaganje izvršenja upravnog akta podnosi tužilac, dakle zahtev se podnosi povodom podnete tužbe, a ne ranije. I, uz zahtev se obavezno mora priložiti dokaz o podnesenoj tužbi. Glavna nelogičnost ovog rešenja je u tome što se zahtev podnosi tek po podnesenoj tužbi, a o njemu, korak unazad, odlučuje organ uprave.

Neminovnost izmene ovakvog rešenje, uočavala je i praksa i teorija.

Takvim zakonskim rešenjem stranka se, nakon što je zaštitu svojih prava i pravnih interesa od nezakonitog delovanja organa uprave zatražila pred sudom u upravnom sporu, sa zahtevom za odlaganje izvršenja ponovo vraćala pred upravnu vlast, koja se o njenom pravu ili obavezi utvrđenoj upravnim aktom već izjasnila i to po pravilu, čak u dva stepena. Kao rezultat ovakvog zakonskog rešenja, u praksi smo imali izuzetno retku pojavu odlaganja izvršenja upravnih akata protiv kojih je bio pokrenut upravni spor. Ona se uglavnom odnosila samo na dvostranačke predmete iz upravnih postupaka pokrenutih po zahtevu stranke, iz razloga što kod njih nije u većoj meri angažovan javni interes, na primer iseljenje bespravno useljenog lica, ostvarivanje prava preče gradnje i sl.¹³ Kada je u pitanju rešenje iz čl. 16 starog ZUS-a po kome je bilo moguće sprečiti izvršenje upravnog akta rešenjem nadležnog upravnog organa, uz dokaz o podnetoj tužbi u upravnom sporu, takve zahteve stranaka upravni organi su retko prihvatili, pogotovu ako se radilo o obavezama fiskalne prirode (poreski, carinski predmeti). Izvršenje je najčešće odlagano u dvostranačkim stvarima na relaciji samih stranaka.¹⁴

Pored navedena dva elementa, od kojih se prvi odnosi na (istovetne) uslove koje podnosilac zahteva mora da ispuni kako bi njegovom zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta bilo udovoljeno, a drugi na suštinsku razliku koja se odnosi na nadležnost za odlučivanje o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta, ostao je i treći element: rok za rešavanje o zahtevu. Kako je napred rečeno, prema odredbi čl. 23. st. 4 ZUS-a, po zahtevu za odlaganje izvršenja sud odlučuje rešenjem, najkasnije u roku od pet dana od dana prijema zahteva iz st. 2. i 3 ovog člana. Može se uočiti da je rok za odlučivanja suda za dva dana duži u odnosu na rok u kome je ranije organ uprave bio dužan da odluči o zahtevu za odlaganje izvršenja, kada je bilo propisano da po svakom zahtevu nadležni organ mora doneti rešenje najdocnije u roku od tri dana od prijema zahteva. Bez obzira na produženje roka za odlučivanje suda sa tri na pet dana, radi se o hitnom postupanju, koje je logično za ovaj pravni institut, kako sa gledišta stranke, tako i posmatrajući javni interes.

¹³ Z. Lončar, op. cit., 252.

¹⁴ Lj. Pljakić (2011), op. cit., 247.

(NE)MOGUĆNOST PRAVNE ZAŠTITE

Da li postoji mogućnost pravne zaštite stranke protiv odluke suda po zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta? Stranka bi svakako htela da se ponovo preispita rešenje kojim je njen zahtev odbijen, ukoliko smatra da je došlo do pogrešne ocene o ispunjenosti uslova za odlaganje izvršenja. Pravno sredstvo protiv rešenja suda o zahtevu za odlaganje upravnog akta nije predviđeno, a povodom pitanja da li pravna zaštita može da se ostvari kod Vrhovnog suda, podnošenjem vanrednog pravnog sredstva, iznosi se sentenca iz rešenja Vrhovnog kasacionog suda Uzp 10/10 od 13. 5. 2010. godine, utvrđena na sednici Građanskog odeljenja 1. 7. 2010. godine, koja glasi: „Rešenje Upravnog suda doneto po zahtevu stranke za odlaganje izvršenja upravnog akta do donošenja sudske odluke ne predstavlja pravnosnažnu odluku Upravnog suda iz člana 49. stav 1. Zakona o upravnim sporovima („Službeni glasnik RS“, broj 111/09) protiv koje se Vrhovnom kasacionom sudu može podneti zahtev za preispitivanje sudske odluke.“

Iz obrazloženja: „Prema članu 3. u vezi člana 8. stav 1. Zakona o upravnim sporovima („Službeni glasnik RS“, broj 111/09), Upravni sud u upravnom sporu odlučuje o zakonitosti konačnih upravnih akata i konačnih pojedinačnih akata kojima se rešava o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, osim onih u pogledu kojih je u određenom slučaju predviđena drugačija sudska zaštita kao i o zakonitosti drugih konačnih pojedinačnih akata kada je to zakonom predviđeno. Prema članu 17. istog Zakona, upravni spor se pokreće tužbom. Odredbom člana 40. stav 1. Zakona o upravnim sporovima propisano je da sud rešava spor presudom, a prema odredbama člana 25. do 32. istog zakona, sud odlučuje rešenjem u upravnom sporu kada se u zakonom predviđenim slučajevima tužba odbacuje ili se pokrenuti postupak obustavlja. Odredbom člana 49. stav 1. Zakona o upravnim sporovima propisano je da protiv pravnosnažne odluke Upravnog suda stranka i nadležni javni tužilac mogu da podnesu Vrhovnom kasacionom sudu zahtev za preispitivanje sudske odluke. Prema stavu 2. ovog člana zakona zahtev može da se podnese kada je to zakonom predviđeno, u slučajevima kada je sud odlučivao u sporu pune jurisdikciji i u stvarima u kojima je u upravnom postupku bila isključena žalba, a prema stavu 3. zahtev se može podneti zbog povrede zakona, drugog propisa ili opšteg akta ili zbog povrede pravila postupka koja je mogla biti od uticaja na rešavanje stvari. Odredbom člana 23. stav 1. Zakona o upravnim sporovima, koja se odnosi na odloženo dejstvo tužbe, propisano je da tužba po pravilu ne odlaže izvršenje upravnog akta protiv koga je podneta. Stavom 2. ovog člana zakona propisano je da po zahtevu tužioca sud može odložiti izvršenje konačnog upravnog akta kojim je meritorno odlučeno u upravnoj stvari, do donošenja sudske odluke, ako bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi a odlaganje nije protivno javnom interesu niti bi

se odlaganjem nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci odnosno zainteresovanom licu. Prema stavu 3. člana 23. Zakona o upravnim sporovima stranka iz upravnog postupka izuzetno može tražiti od suda odlaganje izvršenja upravnog akta i pre podnošenja tužbe u slučaju hitnosti i kada je izjavljena žalba koja po zakonu nema odložno dejstvo, a postupak po žalbi nije okončan. Prema stavu 4. člana 23. navedenog zakona, po zahtevu za odlaganje izvršenja sud odlučuje rešenjem najkasnije u roku od 5 dana od dana prijema zahteva iz stava 2. i 3. ovoga člana.“

Iz navedenih zakonskih odredbi proizilazi da rešenjem koje donosi primenom člana 23. Zakona o upravnim sporovima, odlučujući o zahtevu stranke za odlaganje izvršenja upravnog akta, Upravni sud ne odlučuje po tužbi kojom je pokrenut upravni spor i predmetu tog spora, odnosno ne odlučuje o zakonitosti upravnog akta koji se tužbom osporava. Stoga, prema stavu Vrhovnog kasacionog suda, odluka Upravnog suda doneta u primeni člana 23. Zakona o upravnim sporovima ne predstavlja pravnosnažnu odluku Upravnog suda iz člana 49. stav 1. Zakona o upravnim sporovima čije preispitivanje stranka može tražiti pred Vrhovnim kasacionim sudom podnošenjem zahteva za preispitivanje sudske odluke kao vanrednog pravnog sredstva.“

Imajući u vidu prethodno, postoje mišljenja da izostanak pravnog sredstva protiv rešenja suda o zahtevu za odlaganje upravnog akta predstavlja bitan nedostatak u važećem pravnom režimu odlaganja izvršenja upravnih akata.¹⁵

ZAKLJUČAK

U pogledu zaključka da je mogućnost odlaganja izvršenja upravnog akta vrlo važan vid sudske zaštite u ostvarivanju i zaštiti prava stranke u upravnim stvarima, nema neslaganja. Dileme se mogu javiti oko pitanja da li je ovaj institut moguće bolje urediti i koji su to nedostaci koje je potrebno otkloniti. Ono na čemu treba insistirati, za sada, jeste dosledna primena odredbi čl. 23 Zakona o upravnim sporovima, koja za posledicu ima ujednačenu praksu, na koji način bi se obezbedila pravna sigurnost, načelo važno za stranke jer podrazumeva donošenje jednake odluke u istovrsnoj činjeničnoj situaciji povodom istog pravnog pitanja.

U vezi s tim, najveći praktičan značaj za stranke jeste to da znaju da, bilo da se radi o zahtevu za izvršenje konačnog upravnog akta povodom podnete tužbe Upravnom sudu ili o zahtevu za odlaganje izvršenja upravnog akta koji se podnosi pre podnošenja tužbe, nije dovoljno da se u zahtevu navede da bi izvršenje nanelo tužiocu štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, da odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se njime nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci,

¹⁵ Z. Lončar, op. cit., 258.

odnosno zainteresovanom licu, već je neophodno da se konkretizuje u čemu bi se šteta sastojala, prilože dokazi iz kojih bi sud mogao nesumnjivo da zaključi da bi sprovođenjem izvršenja rešenja podnosilac pretrpeo štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi. Ukoliko takve dokaze pruži, zahtev za odlaganje biće usvojen, tek ako su ispunjeni i drugi kumulativno propisani uslovi, koji se odnose na to da odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se njime nanela veća ili nenadoknadiva šteta protivnoj stranci, odnosno zainteresovanom licu.

Dr. VESNA BILBIJA
Senior Advisor at the Administrative Court
of the Republic of Serbia

SUSPENSION OF CLAIMS UNDER THE ADMINISTRATIVE DISPUTES ACT

Summary

An administrative dispute is initiated by a lawsuit and, as a rule, the lawsuit does not delay the execution of the administrative act against which it was filed. However, the possibility of postponing the execution of the final administrative act, which is regulated by the provisions of Article 23 of the Law on Administrative Disputes, is an exception that confirms the rule on the non-suspensive effect of the lawsuit. The application of this institute can prevent the occurrence of many negative consequences for the parties and that is why it is an important form of judicial protection in the realization and protection of their rights in administrative matters. This paper explains in more detail the conditions that must be met in order for the party's request to postpone the administrative act to be approved.

Key words: administrative dispute, postponement of execution of administrative acts, public interest, damage that could hardly be compensated and irreparable damage

Literatura

- Lončar Z., „Odlaganje izvršenja upravnog akta u upravnom sporu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2, Novi Sad, 2012.
- Milkov D., *Upravno pravo III*, Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012.
- Pljakić Lj., *Praktikum za upravni spor*, Intermex, Beograd, 2011.
- Pljakić Lj., „Odložno dejstvo tužbe u upravnom sporu“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva* (ur. Slobodan Perović), Budva, 2010.

STRUČNI RAD

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; Radni odnosi**

ANGEL RISTOV

IGNORANTIA IURIS NOCET

Nepoznavanje prava šteti i nikoga ne opravdava. Međutim, da li se ovaj princip odnosi i na zakonodavca koji je kreator prava. Poslednjim izmenama i dopunama Zakona o obligacionim odnosima zakonodavac je predvideo značajne reforme dužničko-poverilačkih odnosa. Po prvi put u makedonskom pravu, nakon nezavisnosti, tok zatezne kamate je ograničen dostizanjem iznosa glavnice potraživanja. Za potraživanja utvrđena sudskom ispravom, odlukom drugog nadležnog organa, uz poravnanje pred sudom ili drugim nadležnim organom uvodi se kraći rok zastarelosti, a za potraživanja od momenta početka izvršenja uvodi se apsolutna zastarelost potraživanja. U radu autor analizira najnovije zakonske promene sa namerom da ukaže na određene nelogičnosti i nedorečenosti koje stvaraju probleme i dileme u njihovoj primeni u praksi. Posebna pažnja u radu je posvećena retroaktivnom dejstvu zakonskih izmena, što je redak primer u građanskom zakonodavstvu. Ovo radi odgovora na pitanje da li je retroaktivno dejstvo zakonskih izmena ispravno i da li je zakonodavac ovakvim izmenama uspeo da „amnestira“ dužnike i stavi tačku na „dužničko ropstvo“ ili je samo povećao pravnu nesigurnost radi nepoznavanju prava.

Ključne reči: pravna sigurnost, zastarelost, rok zastarelosti, izvršenje

U V O D

Pravna sigurnost je jedan od najvažnijih postulata vladavine prava.¹ Ona je uslov za normalan razvoj pravnog prometa.² Ukoliko ona ne postoji, pravni subjekti

Prof. dr Angel Ristov, redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju, e-mail: angelristov@yahoo.com.

¹ „Vladavina prava se zasniva na nekoliko postulata: prvo, primarnom značaju ljudskih sloboda i prava; drugo, postojanje ograničene državne vlasti; treće, podela vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku; četvrto, postojanje nezavisnog sudstva i peto, pravna sigurnost ličnosti i građanina.“ V. opširnije: Svetomir Škarić, *Ustavno pravo*, osmo izdanje, Kultura, Skoplje, 2015, 407.

² Više o ovome v. Angel Ristov, „Pravna sigurnost kao ključni faktor vladavine prava“, *Pravnik*, br. 295–296, Udruženje pravnika Republike Makedonije, Skoplje, 2016, 12.

će se uzdržati od pravnog prometa.³ To će negativno uticati na ekonomiju, razvoj i napredak čitavog društva. Za realizaciju ovog principa osnovna pretpostavka jeste primena principa jednakosti,⁴ koji podrazumeva da su svi subjekti u pravu jednaki pred zakonima.⁵ U imovinskopravnim odnosima pravna sigurnost se izražava i kroz druge aspekte.⁶ Jedan od njih je princip *pacta sunt servanda*,⁷ prema kojem ugovori treba da se ispunjavaju onako kako je predviđeno. Međutim, ostvarenje sadržine dužničko-poverilačkih odnosa ne može trajati beskonačno.⁸ Pravna sigurnost zahteva da se sadržaj ovih odnosa ostvari u razumnom roku, u koji je uključena i pravna zaštita.⁹ U suprotnom, ako obaveza ne bude ispunjena po isteku zakonom predviđenog roka, nastupa zastarelost, odnosno nemogućnost poverioca da prinudno zahteva ispunjenje svog potraživanja.¹⁰

Pravna sigurnost u imovinskim odnosima izražava se i kroz načelo zabrane retroaktivnog dejstva zakona. Od izuzetnog je značaja za građansko pravo u kome važi pravilo da se na građanskopravne odnose primenjuju propisi koji su bili na snazi u vreme nastanka odnosa. Pravna sigurnost zahteva i izvesnost, odnosno poznavanje pravnih propisa od strane subjekata prilikom stupanja u imovinskopravne odnose, kako bi mogli da znaju posledice istih (*vacatio legis*). Neophodno je, jer nepoznavanje zakona nikoga ne opravdava (*ignorantia legis nemine excusat*). Pravna sigurnost predviđa da zakon treba da uredi društvene odnose na način da će subjekti prava u velikoj meri moći da predvide i usklade svoje postupanje u skladu sa

³ Više o ovome v. Asen Grupče, *Imovinsko (građansko) pravo, Opšti del*, Skoplje, Kultura, 1985, 32.

⁴ Jednakost građana pred zakonom je jedno od osnovnih ljudskih prava. Prvi put u istoriji čovečanstva proglašena je Deklaracijom o pravima čoveka i građanina 1789. godine. Čl. 1. Deklaracije predviđa: „Ljudi se rađaju i ostaju slobodni i jednaki u pravima.“

⁵ Prema rečima profesora Galeta Galeva i Jadranke Dabović Anastasovski: „Uopšteno govoreći, jednakost i ravnopravnost stranaka u obvezničkim odnosima sastoji se u tome da među njima nema ni nadređenosti ni podređenosti. Praktično, to znači da nijedna strana pri stvaranju odnosa nema mogućnost da diktira obim i sadržaj odnosa.“ *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet „Justinian Prvi“ Skoplje, 2008, 52.

⁶ Više o tome pogledajte u Dimitar Pop Georgiev, *Obligaciono pravo*, Univerzitetska štampa „Sv. Kiril i Metodije“, Skoplje, 1990, 44–70.

⁷ Tako A. Grupče, op. cit., 32.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Za zaštitu građanskih subjektivnih prava v. više: Arsen Janevski, Tatjana Zoroska-Kamilovska, *Građansko procesno pravo, Knjiga prva, Građansko pravo*, Grafički centar Jugoreklam, Skoplje, 2009, 12; Rodna Živkovska, *Opšti deo građanskog prava – Uvodne teme* 3, Evropa 92, Skoplje, 2009, 65–90.

¹⁰ V. više: D. Pop Georgiev, op. cit., 89–100.

zakonom. Zato se definiše kao pravo pojedinca da zna koji će se propisi na njega primenjivati u određenom vremenskom periodu, zabrana retroaktivne primene propisa, kao i predvidljivost sankcija za nezakonite radnje u državi. Izražava se i kroz trajanje i relativnu nepromenljivost zakona koji uređuju građanskopravne odnose. U suprotnom, ako se često menjaju, subjekti će se uzdržati od ulaska na legalno tržište, bojati se neželjenih pravnih posledica.

U makedonskom pravu, krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka, „konspirativno“ je nestala odredba Saveznog ZOO iz 1978. godine, po kojoj kamata teče sve do dostizanja glavnice (čl. 401). Radi ovoga, kao i nepredviđanja roka apsolutne zastarelosti potraživanja, u našem pravu se poslednjih decenija javlja pojava „dužničkog ropstva“. Ono je nastalo pre svega kao posledica starih i zaboravljenih dugova. Kamata je tekla na neodređeno vreme, a potraživanje u izvršnom postupku nikada nije zastarelo. Tako se pojavio paradoks da „ubistvo može da zastari, ali dug ne“.¹¹ Čak i za simbolične i beznačajne iznose potraživanja kamata je desetostruko, pa i više puta, prelazila glavni dug. Takvo interesovanje je prevazilazilo i specifičnosti lihvarskih i zelenaških ugovora. To je rezultiralo velikim brojem blokiranih računa dužnika prinuđenih da plaćaju nepravedno visoke kamate, uvećane za troškove u postupku. Nezadovoljstvo je kulminiralo raznim protestima udruženja građana koji su, umesto protiv zakonodavca, bili usmereni na izvršitelja.

Glavni razlog za „vaskrsavanje“ starih dugova bio je premeštanje ogromnog broja nerealizovanih izvršnih predmeta iz sudova u nadležnost izvršitelja 2012. godine.¹² U javnosti su gromoglasno odjeknuli brojni slučajevi u kojima je po osnovu kamata i izvršnih troškova za račune i potraživanja sa minimalnim iznosima više od deset puta uvećan iznos osnovnog duga. U jednom takvom slučaju, „za dug od 1 denar, penzioner treba da plati 12.439 denara preko izvršitelja BEG-a“. Fantastičan odnos 1:12439! Sadržaj ukupnog duga činili su: 277 denara – administracija; 4.128 denara – izvršne radnje; 400 denara – nagrada; 875 – PDV; 240 denara – materijalni troškovi; 1.534 – advokatski troškovi; i 722 denara – kamata.¹³ U konkretnom slučaju, za jedan denarski dug kamata je dostigla 722 denara.

¹¹ Više o ovome pogledajte u Angel Ristov, „Ubistvo zastareva, ali dug ne: paradoks u makedonskom pravu“, *Pravnik*, Udruženje pravnika Republike Makedonije, Skoplje, 2018, 24–26.

¹² U 2011. godini 7.835 predmeta je povučeno iz suda i predato izvršitelju, dok je u 2012. godini taj broj iznosio 48.829. Vremenom se ovaj broj predmeta smanjuje. U 2013. godini uzeto je 1.313 predmeta, u 2014. godini – 4.349 predmeta; 2015. godine – 395 predmeta i 2016. godine – 196 predmeta. Za period od šest godina u periodu od 2011. do 2016. godine, ukupno 63.113 predmeta je povučeno iz suda i predato izvršitelju.

¹³ Više pogledajte na <http://sitel.com.mk> od 29. 3. 2018; „Izvršitelj je naplatio dug za 0 denara“, više o ovome pogledajte na <http://kanal5.com.mk>.

U uslovima velikog siromaštva, ovakvi slučajevi izazvali su veliko nezadovoljstvo zbog blokade računa i izvršenja višedecenijskih dugova (10, 15, 20, 25 godina). Veliki broj građana kao krivce za ovakvo stanje istakao je izvršioci, umesto zakonodavca i loša zakonska rešenja, pre svega od nepoznavanje prava i njegovih osnovnih principa. Nehotice su građani zaboravili da je prošlo vreme socijalizma u kome je dužnik bio zaštićeniji od poverioca! I pored toga što nauka locira prave razloge koji stvaraju pravnu nesigurnost u dužničko-poverilačkim odnosima, bilo je potrebno da prođe dug vremenski period da zakonodavac vođen populističkim ciljevima preduzme konkretne korake. Ali da li je uspeo u želji da stane na kraj sa starim dugovanjima ili je zbog neznanja prava doneo neprimenljive zakonske odredbe utvrdićemo na kraju rada.

POJAM ZASTARELOSTI

Vreme je faktor pod kojim i zakon mora sagnuti glavu.¹⁴ Zastarelost¹⁵ je pravni institut koji je vezan protokom vremena.¹⁶ Ono, kao pravna činjenica, ima odlučujuću ulogu u sticanju, promeni i gubitku prava.¹⁷ U *Pravnoj enciklopediji* zastarelost se definiše kao „prestanak prava na traženje ispunjenja obaveze nakon isteka zakonom predviđenog vremena za koje je poverilac mogao da zahteva ispunjenje“.¹⁸

¹⁴ Đorđe Marjanović, *Krivično pravo, Opšti del*, Studentski rečnik, Skopje, 1988, 509–517.

¹⁵ „Zastarelost je gubitak određenog prava, koje nije ostvareno u zakonom određenom roku“, § 1451 Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. „Zastarevanje je posebna odredba zakona prema kojoj jedno lice gubi pravo zbog neizvršenja u dužem vremenskom periodu, a drugo uz samu upotrebu prima i stiće“, § 922 Srpski građanski zakonik iz 1844. „Dug čije se namirenje neće tražiti u vremenu predviđenom zakonom za pojedine vrste ugovora, čim to vreme istekne, dug zastareva, pa ne može biti više nego što sud ne treba da zahteva ni glavni ni sporedni“, čl. 625. st. 1. Opšteg zakona o svojini Crne Gore.

¹⁶ „Vreme je važan faktor u pravu. Radnje pravnog lica, njegove izjave volje ostvaruju se i tražu određeno vreme. Odnos vremena, pravnih radnji pravnih lica i pravnih činjenica je nesporan i značajan. Vreme je posebno važno u građanskom pravu i vrlo često je povezano sa nastankom, izmenama, prestankom i zastarevanjem subjektivnih prava.“ Aleksandar Đerov, *Građansko pravo, Opšti del*, Siela, Sofija, 2003, 501.

¹⁷ U prošlosti, u starijim zakonima, pod uticajem rimskog prava, postojala je jedinstvena pravna ustanova (*prescriptio*) koja se ispoljavala u dve podvrste: pribavnom ili akvizitivnom zastarevanju i zastarelnom ili zastarelom zastarevanju. Pod sticajnom ili akvizitivnom zastarevanjem danas se podrazumeva institucija održavanja (*usucapio*) koja omogućava da posle određenog vremena faktička vlast nad tuđom stvari preraste u subjektivno stvarno pravo. Ovaj institut se primenjuje u sferi stvarnog prava. Zastarelost znači gubitak pravne zaštite nakon određenog vremenskog perioda. Ovaj institut se primenjuje u okviru obezbeđivačkog odnosa.

¹⁸ V. više *Pravni Leksikon*, Savremena administracija, Beograd, 1964, 1077.

U domaćoj pravnoj nauci profesor Grupče kaže: „Zastarelost je institut koji uređuje uslove prestanka prava na zaštitu, ili kako se to tradicionalno kaže... gubi se pravo na tužbu u materijalnom smislu. Shodno tome, zastarelost ne dovodi do gubitka samog prava, već do zaštite tog prava. Pravo kao takvo ostaje, ali oslabljeno, bez zaštite. To pravo, makar i zastarelo, ipak se može ostvariti, ali samo dobrovoljno, a ne pod prinudom.“¹⁹ Na taj način zakonska obaveza prelazi u prirodnu (*moralnu*) obavezu (*obligatio naturalis*). To znači da poverilac više nema ovlašćenje da svoje potraživanje izvrši. Međutim, ako dužnik dobrovoljno ispuni zastarelu obavezu, poverilac nije dužan da vrati ono što mu je dato ako to zahteva. U ovom pravcu je i mišljenje prof. Pop Georgieva prema kome „ako se sadržina obligacionog odnosa ne ispuni u propisanom roku, nastupa zastarelost koja dovodi do prestanka posebnog dela te sadržine... potraživanje i odgovornost kao element sadržina obligacione obaveze prestaje“.²⁰ Ovo mišljenje dele i profesori Galev i Dabović Anastasovska, koji ističu da „protok vremena, na kome zakon insistira, nije sam po sebi dovoljan da izazove netuživost subjektivnog prava, nego to zahteva i prigovor dužnika“.²¹

U našem pravu, kao i u savremenom pravu, svako pravo uživa pravnu zaštitu. Stiče se danom dospeća potraživanja. Međutim, pravna zaštita se gubi ako se ne zatraži u zakonom propisanim rokovima.²² Odredbama Zakona o obligacionim odnosima iz 2001. godine,²³ u čl. 349. predviđeno je da: (1) Zastarevanjem prestaje pravo da se traži prinudno ispunjenje obaveze. (2) Zastarelost nastupa kada protekne zakonom određeno vreme u kojem je poverilac mogao zahtevati ispunjenje obaveze. (3) Sud ne može voditi računa o zastarelosti ako se dužnik na nju nije pozvao.

Polazeći od zakonskih odredbi, možemo zaključiti da zastarelost predstavlja gubitak pravne zaštite (tužbenog zahteva) istekom zakonom određenog roka.

¹⁹ A. Grupče, op. cit., 285–286.

²⁰ D. Pop Georgiev, op. cit., 89.

²¹ G. Galev, J. Dabović Anastasovska, op. cit., 283. Sudija prof. Kiril Čavdar, ističe: „Posledica zastarelosti je da se neko pravo ne može prinudno ostvariti preko suda ako se dužnik protivi takvom zahtevu poverioca.“ Kiril Čavdar, Kimo Čavdar, *Zakon o obligacionim odnosima*, Akademik, Skopje, 2008, 572.

²² „Zastarelost je način gašenja obveznice koji nastaje jer poverilac nije zahtevao njeno ispunjenje od dužnika u određenom trenutku. Vremenom, veza prestaje da postoji. Poverilac gubi svoje potraživanje zbog svog pasivnog držanja.“ Ljubiša Milošević, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1972, 231.

²³ *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 i 123/13.

Dva uslova (objektivni i subjektivni) moraju biti ispunjeni da bi došlo do zastarelosti. Prvo, rok zastarelosti mora da istekne. To je zakonom određeno vreme u kome bi poverilac mogao zahtevati ispunjenje obaveze. I drugo, da bi zastarelost proizvela pravno dejstvo, potrebno je da se po isteku roka zastarelosti, dužnik na nju pozove prigovorom na zastarelost. Ovo stoga što sud ne vodi računa o zastarelosti po službenoj dužnosti. Dakle, ako dužnik dobrovoljno ispunji obavezu koja je zastarela, ne može zahtevati vraćanje datog.²⁴ Na osnovu navedenog, možemo konstatovati da zastarelost predstavlja gubitak prava da se zahteva prinudno ispunjenje obaveze nakon određenog zakonom utvrđenog roka.

FUNKCIJE I OPRAVDANOST ZASTARELOSTI

Zastarelost je važan institut u građanskom pravu, koji obavlja više funkcija, ali pre svega to je obezbeđenje pravne sigurnosti u pravnom prometu.²⁵ Subjektivna prava predstavljaju zakonom zaštićen interes sa strane države. Ako subjektivno pravo njegov nosilac duže vreme ne ostvaruje, to znači da je izgubio pravni interes.²⁶ Tada se postavlja pitanje „da li je to pravo još živo i da li zaslužuje zaštitu“.²⁷ Država ima interes da prava ostvaruju njihovi nosioci. U suprotnom, zastarelost im ukida pravnu zaštitu. Dakle, zastarelost ne dozvoljava da se izmeni određeno činjenično stanje koje se već duže vreme ne osporava neblagovremenim zahtevom za pravnu zaštitu. Omogućava da se takve situacije legalizuju nakon određenog vremenskog perioda. U tom smislu, s pravom se ističe da kada poverilac „nakon ispunjenja obaveze iz datog obvezničkog odnosa ne pokaže nikakav interes za ostvarivanje tog prava... takav odnos je izgubio smisao, pa stoga više ne treba postojati“.²⁸ Drugim rečima, kada poverilac u zakonom predviđenom roku za ostvarenje svog potraživanja nije pokazao pravni interes, ovaj odnos gubi smisao postojanja.

Zastarelost obezbeđuje „zaštitu sadašnjosti od budućnosti“.²⁹ Ona oslobađa dužnika od obaveze da dokaže da li je obaveza delimično ili u potpunosti ispunjena ili je na neki drugi način prestala u prošlosti. Time se značajno olakšava položaj dužnika. Zastarevanjem se izbegavaju poteškoće povezane sa obezbeđenjem

²⁴ V. čl. 356. ZOO.

²⁵ V. više na: A. Grupče, op. cit., 287; G. Galev, J. Dabović Anastasovska, op. cit., 285–286.

²⁶ Tako Vitali Tader, *Građansko pravo NRB*, Sofija – R, Sofija, 1989, 691–692.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ G. Galev, J. Anastasovska Dabović, op. cit., 285.

²⁹ *Ibidem*.

dokaza. Vremenom se uništavaju dokumenti, gube računi i nalozi, umiru svjedoci, stranke zaboravljaju određene okolnosti ili subjektivno dodaju određena mišljenja svojim izjavama itd. Ako rok zastarelosti ne postoji, dužnik, a ponekad i njegovi nasljednici, biće dovedeni u nepravedan položaj, osim glavnog duga za plaćanje sporednih potraživanja, kamata, troškova itd. S druge strane, ukoliko ne postoji rok zastarelosti, poverilac bi bio stavljen u povlašćeniji položaj koji može da zloupotrebi, namerno ne tražeći ispunjenje svog prava da bi dobio veći iznos kamate ili penala.

Zastarelost stimuliše poverioce u pravnom prometu da blagovremeno ostvaruju i štite svoja prava. U suprotnom, zastarelost doprinosi da poverioci koji su nesavesno ostvarili svoja prava izgube. Na taj način zastarelost utiče na „stvaranje potrebnog ritma u pravnom životu“. ³⁰ U građanskom pravu zastarelost predstavlja i imovinsku sankciju za nesavesne poverioce koji nisu ostvarili svoja prava. Bilo bi protivno pravnoj logici i načelu savesnosti i poštenja u građanskom pravu, pružati neograničeno pravo na sudsku zaštitu nekome ko je nemaran i nezainteresovan za ostvarivanje svog prava.

OBIM I DEJSTVO ZASTARELOSTI

Zastarelost ima najširu oblast primene na imovinskopravna potraživanja u opštoj prodaji dobara i usluga. ³¹ Reč je pre svega o obligacionim pravima koja za predmet imaju određeno davanje i činjenje (*dare, facere*). Zastarevanjem, pored glavnih, zastarevaju i sporedna potraživanja, kao što su na primer kamate, troškovi i sl. Osim u oblasti obligacionih prava, zastarelost ima svoju oblast primene i u naslednom pravu. ³² Član 136. Zakona o nasleđivanju iz 1996. godine, ³³ predviđa zastarelost prava potraživanja nasleđa po tužbi. ³⁴ Zastarevanjem pravo na stvarnu službenost može prestati i ako vlasnik povlašćene stvari tri godine zaredom nije ostvario svoje pravo, a vlasnik poslužne stvari se protivio njegovom vršenju. ³⁵

³⁰ V. Tađer, op. cit., 693.

³¹ V. više kod: A. Grupče, op. cit., 287; G. Galev, J. Anastasovska Dabović, op. cit., 285–286.

³² V. čl. 358. ZOO.

³³ *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 47/96 i 18/01.

³⁴ „Pravo potraživanja zaostavštine tužbom kao naslednika protiv imaoca zaostavštine zastareva za dve godine od dana kada je naslednik saznao da je doneto pravosnažno rešenje o nasleđivanju, a najkasnije deset godina od dana zaostavštine odluka je postala pravosnažna. Pravo na nasleđstvo u svakom slučaju zastareva nakon 20 godina od smrti ostavioca.“

³⁵ V. čl. 206. st. 1. ZSDSP.

Međutim, nisu sva prava podložna zastarelosti. Pravo svojine ne podleže zastarelosti.³⁶ Na osnovu čl. 156. st. 3. Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima, pravo na podnošenje zahteva za vraćanje svojine ne zastareva. Međutim, pravo svojine može prestati i izgubiti pravo na zaštitu po osnovu održaja (*usucapio*),³⁷ što predstavlja sticanje svojine sa faktičkom vlasti na tuđoj stvari nakon određenog vremena utvrđenog zakonom.³⁸ U imovinskopравnim odnosima ne zastareva ni pravo deobe stvari od strane suvlasnika.³⁹ Osim prava na svojinu, ne zastareva ni pravo na izdržavanje⁴⁰ članova porodice iz bračnih i porodičnih odnosa regulisano Porodičnim zakonom iz 1992. godine.⁴¹ Isto tako, ne zastarevaju ni potraživanja obezbeđena založnim pravom (zalugom, hipotekom).⁴²

Zastarelost u svojoj suštini predstavlja gubitak prava zaštite da se prinudno zahteva ispunjenje obaveze. Uređuje se odredbama imperativne i dispozitivne prirode. Obaveznim odredbama regulišu se zakonski rokovi koji treba da isteku da bi nastupila zastarelost. Oni štite društveni interes, zbog čega se zakonski uslovi ne mogu menjati voljom ugovornih strana, niti ih se dužnik može odreći pre isteka roka. Dispozitivnim odredbama regulisana je mogućnost dužnika da se po svojoj volji pozove na zastarelost i da u sudskom postupku prigovori na zastarelost potraživanja.⁴³ Sud ne vodi računa po službenoj dužnosti o zastarelosti. Dakle, da bi nastupila zastarelost, osim što je proteklo zakonom utvrđeno vreme, potrebno je da dužnik izjavi prigovor zastarelosti potraživanja.

U našem pravu zakonodavac predviđa opšte i posebne rokove zastarelosti u zavisnosti od vrste potraživanja. Opšti rok traje duže, za razliku od posebnih koji traju kraće ili duže. Opšti rok zastarelosti je pet godina i odnosi se na sva potraživanja za koja nije predviđen poseban rok zastarelosti.⁴⁴ ZOO predviđa nekoliko posebnih rokova od jedne, tri, pet, deset ili više od deset godina, koji se odnose na tačno definisana potraživanja.⁴⁵

³⁶ Više o vlasništvu v. Adrija Gams, *Svojina*, Naučna knjiga, Beograd, 1988.

³⁷ Više o održavanju v. Asen Grupče, *Imovinsko (građansko) pravo, drugi deo Stvarno pravo*, Kultura, Skoplje, 1985, 192–196.

³⁸ V. čl. 124. ZSDSP.

³⁹ V. čl. 50. st. 2. ZSDSP.

⁴⁰ V. i čl. 11. i 179. Zakona o porodici.

⁴¹ *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 80/92, 9/96, 38/04, 33/06, 84/08, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14 i 153/14.

⁴² V. čl. 357. ZOO. Isto tako, čl. 225–235. Zakona o svojini i drugim stvarnim pravima.

⁴³ V. čl. 353. ZOO.

⁴⁴ V. čl. 360. ZOO.

⁴⁵ Više o ovome pogledajte u G. Galev, J. Dabović Anastasovska, op. cit., 292–293.

ANALIZA ZAKONSKIH IZMENA ZOO

Zakon reguliše život građana, koji je dinamičan i složen. *Panta rei* – sve teče, sve se menja. Životni odnosi se takođe menjaju usled različitih društvenih faktora (političkih, ekonomskih, društvenih). Zato zakonodavac treba da prati promene koje se dešavaju u društvu i da usklađuje zakonodavstvo sa novim promenama. U suprotnom, zastarele i nerazumne zakonske odredbe postaće kočnica i teret za građane. Oni su izvor nepravde (*dura lex sed lex*). Vremenom zastarela i nerazumna zakonska rešenja postaju „nenormalan i nepravedan zakon“ koji je suprotan razumu i suštini prava. Zakonodavac je najčešće i kreator ovakvih zakonskih rešenja koja su međusobno u suprotnosti, nedefinisana i neprimenljiva u praksi, zbog čega postaju teret za jurisprudenciju.⁴⁶ Zakone koji se donose na brzinu i vrlo često bez šire javne rasprave poznati francuski pravnik Karbonije naziva „birokratsko-tehničkim zakonima“.⁴⁷

U Makedoniji je zakonodavac decenijama zaboravio građansko pravo, koje je „srčana komora“ pravnog sistema. Građanski zakonik je ponovo zaboravljen! O reformama u građanskom pravu nema ni pomena! Od reforme za sprečavanje korupcije, tužilaštva, ustavni amandmani i sl., ne mogu doći na red. Nedostatak reformi u građanskom pravu doveo je do pojave brojnih paradoksa u našem pravu.

Opet je, kao i mnogo puta do sada, ovome doprinelo nepoznavanje zakona. Umesto da „krenu od glave, promene krenu od repa“. Zakonske izmene su urađene bez angažovanja pravne nauke i praktičara, bez široke javne rasprave i na brzinu! Umesto potpunih i temeljnih reformi uređenja obveznih odnosa usvajanjem Građanskog zakonika, zakonodavac decenijama, čak i po potrebi, praktikuje model „promena na komad“. Tako je, na inicijativu pojedinih poslanika 2021. godine, prvo ograničen tok ugovorne, umesto zatezne kamate. Trebale su čak dve godine da zakonodavac shvati da je ovim amandmanom problem ostao nerešen. To je bio razlog da je, na osnovu redovno utvrđenog „recepta za birokratske zakone“, zakonodavac ponovo izradio nove izmene ZOO⁴⁸ i ZI⁴⁹ koje su stupile na snagu danom objavljivanja – 20. jula 2023. godine.⁵⁰

⁴⁶ V. više: Angel Ristov, „Zloupotreba zakona i nenormalno pravo u makedonskom građanskom zakonodavstvu“, *Ohridska pravna škola – 2019*, tom 10, Iuridika prima, Skoplje, 2019, 41–61.

⁴⁷ Žan Karbonije, *Građansko pravo, Uvod*, Izdavačka kuća LIK, Sofija, 1999, 29.

⁴⁸ *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 18/01, 4/02, 5/03, 84/08, 81/09, 161/09 i 123/13 i *Službeni vesnik Republike Severne Makedonije*, br. 215/21.

⁴⁹ *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 72/16, 142/16 i 233/18 i *Službeni vesnik Republike Severne Makedonije*, br. 14/20.

⁵⁰ *Službeni vesnik Republike Severne Makedonije*, br. 154/23.

Usvojenim izmenama i dopunama, na osnovu čl. 1. Zakona o izmenama i dopunama ZOO (u daljem tekstu: ZIDZOO), u čl. 266-a posle st. (7) dodaje se novi stav (8) koji glasi: „(8.) Kada iznos dospele a neplaćene zatezne kamate dostigne iznos glavnice, kamata prestaje da teče.“ Ovom značajnom izmenom vraća se staro rešenje iz Saveznog ZOO iz 1978. godine, poznato još iz rimskog prava,⁵¹ tj. kojima kamata prestaje da teče kada dostigne iznos glavnog potraživanja. Ono što su rimski pravници ustanovili pre 2.000 godina, kao jedino pravedno rešenje u pogledu toka kamata, naš zakonodavac je otkrio tek 2023. godine! Ovakvo pravično rešenje sprečava paradoks – da je kamata nekoliko puta veća od glavnice. Pravna nauka se odavno zalaže za ovakvo rešenje. Ali zakonodavac je, iz nepoznatih razloga, ćutao na ove primedbe.

Članom 2. ZIDZOO izmenjen je i čl. 368. koji sada glasi:

„(1) Sva potraživanja koja su utvrđena pravnosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa ili poravnanjem pred sudom ili pred drugim nadležnim organom zastarevaju za pet godina od trenutka njihovog izvršenja, kao i potraživanja za koja je u skladu sa zakonom predviđen kraći rok zastarelosti.

(2) Sva povremena potraživanja koja proizilaze iz odluka ili poravnanja iz stava (1) ovog člana i dospijevaju ubuduće, zastarijevaju u roku predviđenom za zastarelost povremenih potraživanja.

(3) Zastarelost pravnosnažne sudske odluke ili rešenjem drugog nadležnog organa, ili nagodbom pred sudom ili pred drugim nadležnim organom, prestaje podnošenjem zahteva za izvršenje pred nadležnim izvršiteljem, nakon čega je zastarelost pravnosnažne sudske odluke prestala ponovo počinje da teče zastarevanje koje u izvršnom postupku traje deset godina od momenta podnetog zahteva za izvršenje.“

Odredbama ovog člana zakonodavac uvodi dva nova roka zastarelosti. Prvi rok zastarelosti važi za sva potraživanja koja su utvrđena pravnosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa ili poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom. Zastarevaju za pet godina, od momenta izvršenja, kao i potraživanja za koja je u skladu sa zakonom predviđen kraći rok zastarelosti. Time je zakonodavac predvideo opšti rok zastarelosti potraživanja od pet godina za potraživanja utvrđena pravnosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa ili poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom. Ovaj rok zastarelosti zakonodavac propisuje za zastarelost

⁵¹ V. više o ovome kod: Ivo Puhar, *Rimsko pravo*, Univerzitet „Kiril i Metodije“, Skoplje, 1980; Ivo Puhar, Mirjana Polenak Aćimovska, Vlado Bučkovski, Goce Naumovski, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Skoplje, 2014.

potraživanja za koja je zakonom predviđen kraći rok. Pre ove izmene, rok zastarelosti takvih potraživanja bio je 10 godina.

Drugi rok zastarelosti odnosi se na zastarelost svih povremenih potraživanja, koja proističu iz pravnosnažne sudske odluke ili iz odluke drugog nadležnog organa ili iz poravnanja pred sudom ili pred drugim nadležnim organom koja dospevaju u budućnosti. Ova povremena potraživanja zastarevaju u roku predviđenom za zastarelost povremenih potraživanja. Prema čl. 361. ZIDZOO-a: (1) Potraživanja za povremene isplate koja nastaju godišnje ili u kraćim određenim vremenskim periodima (povremena potraživanja), bilo da se radi o sporednim povremenim potraživanjima, kao što su potraživanja po kamati, ili takva povremena potraživanja u kojima je pravo sama iscrpljena, kao što je zahtev za izdržavanje, zastarevaju u roku od tri godine od dospeća svake posebne dodele. (2) Isto važi i za anuitete kojima se otplaćuje glavnica i kamata u jednakim unapred određenim periodičnim iznosima, ali se ne odnosi na otplate u ratama i druga delimična plaćanja. Pre ove izmene, rok zastarelosti takvih potraživanja je takođe bio 10 godina.

Najveća novina u zakonskim izmenama je uvođenje roka apsolutne zastarelosti. Ovom odredbom se po prvi put u našem obligacionom pravu uvodi apsolutna zastarelost potraživanja. Prema odredbi čl. 368. st. 3. ZIDZOO: „Zastarelost pravnosnažne sudske odluke ili odlukom drugog nadležnog organa, ili poravnanjem pred sudom ili pred drugim nadležnim organom, prestaje podnošenjem zahteva za izvršenje pred nadležnog izvršitelja, kada ponovo počinje da teče zastarelost koja u izvršnom postupku traje deset godina od momenta podnetog zahteva za izvršenje.“ Ovom odredbom zakonodavac propisuje rešenje prema kome, bez obzira da li je potraživanje namireno ili ne, ono zastareva u roku od 10 godina od momenta podnošenja zahteva za izvršenje. Ovakvo rešenje sa pravom nameće dilemu da li će potraživanje poverioca uopšte biti namireno u slučaj izvršenja po osnovu plate ili druge vrste primanja! Nije li ovo rešenje „amnestija“ dugova dužnika na teret poverilaca, s obzirom na to da se odredba primenjuje retroaktivno? I pored želje da učini nešto da se položaj dužnika poboljša, nažalost zakonodavac nije uspeo u svojoj nameri.

Navedena odredba je falična i neprimenljiva u praksi jer se odnosi na institut izvršnog postupka koji više ne postoji u našem pozitivnom pravu. Greška proizilazi iz nepoznavanja prava i zakona od strane zakonodavca! To je dokaz da u izradi zakonskih izmena nisu konsultovani ni nauka ni praktičari koji primenjuju zakon. Ranije je izvršni postupak vodio sud,⁵² po Zakonu o izvršnom

⁵² V. čl. 1. Zakona o izvršnom postupku, *Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 53/97, 59/00 i 64/03.

postupku.⁵³ Učinjenim reformama i donošenjem Zakona o izvršenju, nadležnost u sprovođenju izvršenja preneti je na izvršitelje kao lica sa javnim ovlašćenjima od strane države.⁵⁴ U Zakonu o izvršenju (ZI) ne postoji više koncept izvršnog postupka. U skladu sa čl. 1. ZI: „(1) Ovim zakonom uređuju se pravila po kojima izvršitelji postupaju radi prinudnog izvršenja sudske odluke koja je zasnovana na ispunjenju obaveze, ako drugim zakonom nije drugačije određeno.“ Na osnovu čl. 3. st. (1) kojim se uređuje nadležnost u izvršenju, propisano je da: izvršitelj sprovodi izvršenje. Gramatičkim tumačenjem navedene odredbe proizilazi da je zakonodavac napravio grešku time što je propisao i regulisao zastarelost nepostojećeg instituta – izvršnog postupka, koji više ne postoji. U pozitivnom pravu institut izvršenja postoji i sprovodi se skoro dve decenije.

Navedenom odredbom u najvećem delu uređeno je pitanje koje je u ZOO već detaljno, jasno i precizno uređeno u delu kojim se uređuje prestanak zastarelosti čl. 376–381. Zakonodavac je hteo da propiše da potraživanja utvrđena pravnomnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa ili poravnanjem pred sudom ili pred drugim nadležnim organom u izvršnom postupku, u svakom slučaju, zastarevaju u roku od 10 godina od momenta podnošenja zahteva za izvršenje. Međutim, umesto izvršenja, propisuje izvršni postupak, koji ne postoji i predstavlja „istorijski institut“ iz vremena kada je sud bio nadležan da sprovodi izvršenje.

Prema zakonskim izmenama, isključivo od volje poverioca zavisi da li će čekati jednu, dve ili više godina ili će na kraju pete godine podneti zahtev za izvršenje nadležnom izvršitelju. Podnošenjem zahteva za izvršenje počinje da teče apsolutna zastarelost od 10 godina. S obzirom na to da je najnovijim izmenama visina kamate ograničena dostizanjem glavnice potraživanja, postavlja se pitanje da li je logično dozvoliti tako dug period od pet godina da se poverilac odluči da li će podneti zahtev za izvršenje. Dilema je i činjenica zašto zakonodavac

⁵³ Zakonom o izvršenju i njegovim izmenama i dopunama (*Službeni vesnik Republike Makedonije*, br. 35/05, 50/06, 129/06, 8/08, 83/10 i 50/10), usvojenom u maju 2005, a koji se primenjuje od juna 2006. godine, uveden je sistem sudskog izvršenja izvršnih sudskih odluka i sudskih poravnanja, izvršnih rešenja i poravnanja u upravnom postupku kojima se glasa o ispunjenju novčane obaveze i drugih isprava koje su izvršne isprave. Zakonom je napušteno i uspostavljen sistem izvršenja od strane privatnih izvršitelja sa javnim ovlašćenjima, koje postavlja ministar pravde na osnovu konkursa. Novim sistemom izvršenja napuštena su rešenja iz starog Zakona o izvršnom postupku.

⁵⁴ „Sudski izvršilac“, „zamenik izvršitelja“ i „pomoćnik izvršitelja“, jesu lica koja vrše javna ovlašćenja utvrđena zakonom, imenovana u skladu sa odredbama ovog zakona i koja neposredno odlučuju o radnjama koje će preduzeti u okviru svojih ovlašćenja, kako bi da sprovodi izvršnu ispravu i preduzima izvršne radnje, čl. 11. st. 7. ZI.

u materijalnom pravu kojim se uređuju obligacioni odnosi reguliše pitanje trajanja izvršnog postupka. Po pravnoj logici, nomotehnici i rešenjima iz uporednog prava, reč je o apsolutnom roku zastarelosti koji naš zakonodavac nije pravilno odredio mešanjem u postupak.

U domaćoj pravnoj teoriji i praksi je sporno pitanje da li treba da postoji apsolutna zastarelost potraživanja. Da li je zakonodavac opravdano dozvolio zastarelost potraživanja u izvršnom postupku, što do sada nije bilo moguće. Da li su potraživanja kao relativna prava važnija od prava svojine koje se može izgubiti, odnosno steći održajem nakon apsolutnog roka od 20 godina? Ima li logike da posle 20 godina prestaje pravo na nasledstvo, a dug nikako da zastari? Da li dug koji ne može da zastari vredi više od života, jer ubistvo zastareva? Starije građanske kodifikacije predviđale su duže periode apsolutne zastarelosti potraživanja – 20 i 30 godina. U novijim građanskim kodifikacijama prihvaćena je tendencija da se apsolutni rok zastarelosti potraživanja smanji na 10 godina. Ovaj rok je predviđen u novijim građanskim kodifikacijama Litvanije,⁵⁵ Letonije,⁵⁶ Gruzije,⁵⁷ Ukrajine⁵⁸ i Albanije⁵⁹. Predloženi *Nacrt Građanskog zakonika*, u *Knjizi 3 – Obligacioni pravni odnosi*, u članu 3.410 izričito predviđa da se „period od 10 godina uređuje kao apsolutan, iz razloga pravne sigurnosti, u skladu sa svrhom zastarelosti“.

Novina koja je izazvala najveće reakcije u javnosti jeste odredba iz čl. 4. ZID-ZOO prema kojoj: „Započeti postupci naplate potraživanja iz člana 2. ovog zakona okončaće se u skladu sa ovim zakonom.“ Uporedno pravo ne poznaje takvo rešenje.

U istoriji makedonskog građanskog zakonodavstva retki su primeri donetih zakona koji imaju retroaktivno dejstvo. Ako ih je uopšte bilo! Uglavnom je retroaktivno delovanje predviđeno propisima javnog prava koji uređuju krivično pravo, upravno pravo, finansijsko pravo i druge javnopravne odnose. Nedavno je zakonodavac politički motivisanim izmenama drakonski ublažio krivična dela zloupotrebe službenog položaja kojima su zastarili dela velikom broju ranijih političara, ali i sadašnjih. Broj je dobio razmere velike političke amnestije (preko 100 funkcionera).

Učinjena izmena uvođenjem apsolutnog roka zastarelosti predstavlja veliku „reformu“ našeg zakonodavstva, za koju zakonodavac nije ostavio vremena za

⁵⁵ Čl. 1125.

⁵⁶ Čl. 1895.

⁵⁷ Čl. 128. st. 3.

⁵⁸ Čl. 258. st. 4.

⁵⁹ Čl. 114.

vacatio legis. Naprotiv, stupio je na snagu odmah i unazad. Usred letnjih odmora. Poređenja radi, Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima i Zakon o obligacionim odnosima iz 2001. godine imali su rok od šest meseci *vacatio legis*. Ova odredba je svojim retroaktivnim dejstvom izazvala niz dilema kod dužnika, poverilaca, kao i kod sudske prakse, sudova, advokata i izvršitelja. Amandmane je zakonodavac usvojio bez konsultovanja sa širom pravnom javnošću o pravnim posledicama koje izazivaju, a prilikom izrade amandmana, nažalost, ponovo je zaobiđena pravna nauka.

Prema Ustavu, retroaktivna primena zakona je zabranjena, osim ako je to u interesu građana. Usvojene zakonske izmene sa njihovim retroaktivnim delovanjem u odnosu na čl. 2. ZIDZOO, zastarelosti su isključivo u interesu dužnika. Oni nisu u interesu poverilaca. Otuda se postavlja pitanje da li je retroaktivno dejstvo zakona u korist svih građana – dužnika i poverilaca (fizičkih i pravnih lica) ili samo u korist jedne kategorije građana – dužnika. Kategorija „za dobrobit svih građana“ ne sadrži i ne podrazumeva izuzetke, kao što je to u ovom slučaju.

Nesporno je da se ovim zakonskim rešenjem krši ustavni princip jednakosti i ravnopravnosti, koji je najvažniji princip građanskog prava. U konkretnom slučaju, retroaktivnim važenjem izvršenih izmena, kategorija građana dužnika stavlja se u privilegovan položaj u odnosu na kategoriju građana poverilaca. I pored toga što je namera zakonodavca bila dobra – da pomogne određenoj ugroženoj kategoriji građana i „amnestira“ ih od starih dugova, to ipak nije urodilo „plodom“. Ovakvo rešenje stvorilo je pravnu nesigurnost u pravnom prometu. Zakonodavac je promenio pravila „igre“ i pored toga što je „utakmica“ odavno počela.

Načelo pravne sigurnosti zahteva da se pravni propisi ne menjaju često i da su subjekti poznati u trenutku stupanja u odnos. Dakle, važi pravilo da zakoni nemaju retroaktivno dejstvo, osim u izuzetnim slučajevima. Promene idu u prilog samo jednoj kategoriji građana, zbog čega se ostali osećaju diskriminisanim. U liberalnom demokratskom društvu svi treba da budu jednaki pred zakonom. Ovakvim retroaktivnim rešenjem građani se stimulišu na nemar i neredovno ispunjavanje obaveza, nadajući se da će slično ili isto rešenje biti doneto pre narednih izbora. Time se narušava finansijska disciplina i ozbiljno dovode u pitanje strane investicije.

Osim toga, postavlja se pitanje ko će snositi nastale troškove u postupku izvršenja kada poverilac nije dužan da ih unapred predujmi izvršitelju? Iako je zakonodavac imao dobre namere, mišljenja smo da, na osnovu pravnih načela građanskog prava, nije uspeo da pronađe najbolja rešenja za okončanje „dužničkog ropstva“ „amnestijom“ dužničkih dugova.

Stvaranjem imovinskopravnog odnosa subjekti stižu određena prava i obaveze. Poverilac je stekao određena prava koja očekuje da će ostvariti u postupku izvršenja. Ukoliko se zakonodavcu dozvoli da retroaktivno menja odredbe i propise građanskog prava, stvorice se opasna praksa koja može imati izuzetno opasan uticaj na pravni promet, slobodu tržišta i preduzetništvo. Ovakvo rešenje je u suprotnosti sa odredbama o zaštiti imovinskih prava iz Protokola broj 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda, u kome se pojam imovine tumači šire, uključujući i imovinska prava.

U razrešavanju dilema, međutim, ključnu reč imaće Ustavni sud, koji će uskoro morati da se izjasni o inicijativi Advokatske komore za ocenu ustavnosti usvojenih amandmana. Izmene koje su napravljene, takve kakve su, ne bi bile toliko kontroverzne kada bi važile za budućnost ostavljanjem *vacatio legis* na duži period. U ovom slučaju, one bi imale efekat na budućnost i bile bi dobro poznate subjektima u građanskopravnim odnosima. Ali starih dugova građani se opet ne mogli rešiti. To je zato što prema pravnim principima promene treba da proizvedu validnost za budućnost *ex nunc*.

U praksi, odmah nakon stupanja na snagu zakonskih izmena, izvršitelji su bili zatrpáni zahtevima dužnika za zastarevanjem potraživanja. Nepoznavanje zakona opet stvara nejasnoće i dileme! Posebno nepoznavanje privatnog prava. Prema pravilima koja regulišu zastarelost, jasno je da bi ona nastupila mora nastupiti zastarelost i dužnik mora da uloži prigovor na zastarelost pred sudom. Otuda je podnošenje zahteva za zastarelost izvršiocu pogrešno jer on nije nadležan da odlučuje o zahtevu za zastarelost.

Prema poslednjim izmenama, nije regulisano ko će i kako konstatovati zastarelost potraživanja! S obzirom na to da ni sud ni izvršitelj nisu dužni da vode računa o zastarelosti po službenoj dužnosti *ex officio*, postavlja se pitanje kako će se zastarelost ostvariti na potraživanju za koje se vodi postupak izvršenja! U vezi sa ovim pitanjem postoji pravna praznina koja se u praksi popunjava podnošenjem zahteva za zastarelost od strane dužnika izvršitelju. Na osnovu pravnog mišljenja Upravnog odbora Komore izvršitelja Republike S. Makedonije od 27. 7. 2023. godine „Izvršitelj nije nadležan po službenoj dužnosti da odlučuje o zastarelosti u izvršnom postupku iz člana 369 stav 3 Zakonika krivičnog postupka (nakon izmene člana 2. ZID ZOO-a od 20. 7. 2023. godine).“

Na takav akt sud treba da odgovori nakon prigovora na nepravilnosti rada izvršitelja. Iz stečenih saznanja o sudskoj praksi, s obzirom na kratak period primene, još uvek se ne može govoriti o određenoj ustaljenoj sudskoj praksi. S druge strane, zbog nepostojanja obrasca koji propisuje ministar pravde u kojoj formi izvršitelj treba da donese rešenje po podnetom zahtevu za zastarelost, u praksi postoji

neujednačen tretman. U uslovima pravne praznine, odgovor izvršitelja na takav zahtev u pojedinim slučajevima bio je u formi zaključka, u drugim u vidu rešenja ili obaveštenja o nenadležnosti. Nedovoljne i neprecizne odredbe doprinele su da pojedini dužnici podnesu zahtev sudu za odlučivanje o zastarelosti u postupku izvršenja. Time su dužnici u odluci po žalbi bili obavezni da plate i sudsku taksu.

Za razliku od navedenog, u skladu sa pravilima kojima se uređuje rok zastarelosti, da bi nastupila zastarelost, pored proteka roka zastarelosti, potrebno je da dužnik podnese sudu prigovor na zastarelost potraživanja. U praksi, najčešće prigovor zastarelosti dužnika usledi nakon tužbe poverioca za namirenje duga. Imajući u vidu da sud ne vodi računa o zastarelosti po službenoj dužnosti *argumentum a fortiori*, utoliko više ovo važi i za izvršitelja. Izvršitelj nema ovlašćenje da po službenoj dužnosti vodi računa da li je određeno potraživanje prema poslednjim zakonskim izmenama zastarelo ili ne. U tom smislu, u vezi sa ovim pitanjem, pravilno je pravno mišljenje Komore izvršitelja.

Neminovno se nameće dilema kako nove zakonske izmene primeniti u praksi kada zakonodavac nije predvideo detaljnije odredbe za određivanje propisanog roka zastarelosti potraživanja. Kako treba da postupi izvršilac? Imajući u vidu važeće odredbe pozitivnog zakona kojima se uređuje zastarelost, u kojima postoji pravna praznina po ovom pitanju, dužniku jedino preostaje da podnese deklaratornu tužbu sudu za utvrđivanje zastarelosti potraživanja poverioca. Međutim, takva parnica može da se oduži godinama! Pored postojećeg duga, doprineće stvaranju novih i dodatnih dugova po osnovu sudskih i advokatskih taksi. Ovo rešenje definitivno ne rešava akutni i veliki problem. Naprotiv, dužniku se stvaraju nove „tantalove muke“.

Zakonske promene stvaraju „glavobolju“ i sudu. Ovo stoga što su u suprotnosti sa odredbom čl. 86. st. 7. Zakona o izvršenju, kojom je propisano da: (8) Sud rešenjem ne može zaustaviti izvršenje, niti obavezati izvršitelja na preduzimanje radnji izvršenja! Kako će sud postupiti u odnosu na ovakve neprimenljive zakonske izmene, koje su međusobno u koliziji, ostaje da se vidi u budućnosti.

UMESTO ZAKLJUČKA

Zastarelost je gubitak prava zaštite da se prinudno zahteva ispunjenje obaveze nakon određenog vremena utvrđenog zakonom. Iz analize urađene zakonske izmene ZOO, zakonodavac zaslužuje pohvalu samo u vezi sa rešenjem kojim se ograničava tok kamata do dostizanja vrednosti glavnog duga. Rešenje koje je pravično i u skladu sa principom savesnosti i poštenja. Međutim, ovo se ne odnosi na odredbe čl. 2. ZIDZOO, koji propisuje apsolutni rok zastarelosti, koji prema čl. 4.

ovog zakona ima retroaktivno dejstvo na izvršne postupke koji su u toku. Tim pre što zakonodavac iz neznanja reguliše zastarelost instituta „izvršnog postupka“, koji u našem pravu ne postoji skoro dve decenije.

I pored želje zakonodavca da razreši „dužničko ropstvo“ i da građane dužnike „amnestira“ starih dugova, u tome, nažalost, nije uspeo. Ovo iz razloga što su odredbe nedefinisane i neprimenljive u praksi, u suprotnosti sa suštinom zastarelosti i u suprotnosti sa odredbama Zakona o izvršenju. One stvaraju brojne probleme u praksi izvršitelja i suda, stvarajući pravnu nesigurnost i nejednak tretman. Građani dužnici su ponovo izmanipulisani usvajanjem zakonskih odredbi koje su neprimenljive i ne rešavaju njihove probleme. S druge strane, izmene stvaraju opravdan strah poverilaca da li su njihova imovinska prava u budućnosti dovoljno zaštićena i obezbeđena.

Ima li izlaza iz ove pravne „maskarade“? Izražena politička volja za „amnestijom“ dugova dužnika je bez pravne potpore. Narušava vladavinu prava i zakon pred kojim su svi jednaki. Izmene koje su donete u pogledu zastarelosti i njenog retroaktivnog važenja su, po našem mišljenju, nažalost „mrtva beba“. Osim što su u suprotnosti sa načelom jednakosti, pravne sigurnosti, savesnosti i poštenja, oni su neprimenjivi u praksi, jer su nedefinisani i suprotni suštini zastarelosti. U odnosu na njih, poslednju reč ima Ustavni sud, koji treba da odluči o podnetoj inicijativi o ustavnosti i zakonitosti izmena koje podnosi Advokatska komora. Ustavni sud će biti na visini zadatka da oceni da li su zakonske izmene u interesu svih građana ili samo u korist određene kategorije, što bi predstavljalo diskriminaciju i nejednakost u odnosu na druge.

Kako prevazići postojeće stanje? Odgovor je – donošenjem Zakona o ličnom bankrotu (stečaj) na osnovu kojeg će dužnici moći da započnu „novi život“ bez dugova, uz delimično plaćanje i oprostjenje većine dugova (70–80%) od poverioca. Ali i naučenom životnom lekcijom da obaveze, odnosno dugove, treba rešiti na vreme. Sledeći korak je donošenje odluke da nije dozvoljeno vođenje postupka pravne zaštite za određenu minimalnu novčanu vrednost, od čega su troškovi pravne zaštite, odnosno izvršenja veći *de minimis non iudicat praetor*. Sve dok se ne preduzmu predložena rešenja, dugovi će biti teret velikog broja građana. S obzirom na to da zakonske izmene nisu primenjive u praksi, kraj „dužničkog ropstva“ ostaje samo neostvarena želja zakonodavca. Nažalost, još jednom se potvrdilo da tzv. birokratski zakoni koji se donose brzo i bez šire javne rasprave i uključivanja jurisprudencije i nauke, ostaju neprimenjivi u praksi zbog svoje nedorečenosti. Zakonodavac je opet pao na ispitu zbog neznanja prava. Šteta koju on napravi, veća je nego kad to urade subjekti prava. Razlika je što on nažalost ne snosi odgovornost zbog svog neznanja.

Prof. Dr. ANGEL RISTOV
Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law
University Ss. Cyril and Methodius, Skopje

IGNORANTIA IURIS NOCET

Summary

With the latest amendments to the Law on Obligations, the legislator predicted significant reforms in debt-trust relations. For the first time in Macedonian law, after independence, the flow of penalty interest is limited by reaching the amount of the claim. A shorter deadline for the claims set forth in the judicial correction, a decision of another competent authority, by settlement before the court or other competent authority, is introduced and an absolute expiry date of claims is introduced from the moment of commencement of enforcement. In the paper, the author analyzes the institute of obsolescence through the prism of the latest legislative changes with the intention of pointing to certain illogicalities, collisions and ambiguities that create problems and dilemmas in their application in practice. Special attention is paid to the retroactive action of the legal changes, which is a rare example in civil legislation. This is in order to answer the question of whether the retroactive action of the legislative changes is legally sustained and whether the legislator has managed to „amnesty“ debtors and put an end to „debt slavery“ or only increased legal uncertainty as a result of lack of legal knowledge.

Key words: legal certainty, outstanding, expiry date, execution

Literatura

- Galev G., Dabović Anastasovska J., *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet „Justinian Prvi“ Skoplje, 2008.
- Gams A., *Svojina*, Naučna knjiga, Beograd, 1988.
- Grupče A., *Imovinsko (građansko) pravo, Opšti odsek*, Kultura, Skoplje, 1985.
- Grupče A., *Imovinsko (građansko) pravo, Drugi deo Stvarno pravo*, Kultura, Skoplje, 1985.
- Džerov A., *Građansko pravo, Običajno pravo*, Siela, Sofija, 2003.
- Živkowska R., *Opšti deo građanskog prava – Uvodne teme 3*, Evropa 92, Skoplje, 2009.
- Janevski A., Zoroska Kamilovska T., *Građansko procesno pravo, Knjiga prva, Parnično pravo*, Grafički centar Jugoreklam, Skoplje, 2009.
- Karbonije Ž., *Građansko pravo, Uvod*, Izdavačka kuća LIK, Sofija, 1999.
- Marjanović Đ., *Krivično pravo, Opšti deo*, Studentska reč, Skoplje, 1988.
- Milošević Lj., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1972.
- Pop Georgiev D., *Obligaciono pravo*, Univerzitetska štampa „Sv. Ćirila i Metodija“, Skoplje, 1990.
- Puhan I., *Rimsko pravo*, Univerzitet „Kiril i Metodije“, Skoplje, 1980.

- Puhan I., Polenak Aćimovska M., Bučkovski V., Naumovski G., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet, Skoplje, 2014.
- Ristov A., „Ubistvo zastareva, ali dug ne: paradoks u makedonskom pravu“, *Pravnik*, Udruženje pravnika Republike Makedonije, Skoplje, 2018.
- Ristov A., „Pravna sigurnost kao ključni faktor vladavine prava“, *Pravnik*, br. 295-296, Udruženje pravnika Republike Makedonije, Skoplje, 2016.
- Ristov A., „Zloupotreba zakona i nenormalno pravo u makedonskom građanskom zakonodavstvu“, *Ohridska pravna škola – 2019*, Tom 10, Juridika prima, Skoplje, 2019.
- Tađer V., *Gradansko pravo NRB*, Sofija – R, Sofija, 1995.
- Čavdar K., Čavdar K., *Zakon o obligacionim odnosima*, Akademik, Skoplje, 2008.
- Škarić S., *Ustavno pravo, Osmo izdanje*, Kultura, Skoplje, 2015.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

BRANKO MORAIT
ANA MORAIT PRAŠTALO

STARA PAVNA PRAVILA GRAĐANSKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Bosna i Hercegovina nije kodifikovala obligacione odnose nego je preuzela jugoslovenski savezni Zakon o obligacionim odnosima. Tim zakonom nisu uređeni i neki klasični imenovani ugovori s obrazloženjem da ugovor o poklonu, posluzi i ortakluku nisu ugovori o prometu robe i usluga. Bosna i Hercegovina nije donijela novi Zakon o obligacionim odnosima kojim bi ove ugovore uredila. Zbog toga je pitanje primjene starih pravnih pravila građanskih zakonika koji su važili na prostoru Jugoslavije do okončanja Drugog svjetskog rata i dalje aktuelno. Pravna pravila su ona koja su karakteristična za svaki sistem uređivanja građanskopravnih, imovinskih odnosa, a sadržana su u austrijskim, srpskim i crnogorskim kodifikacijama građanskog prava. U radu se nastoje ispitati pozitivna zakonska rješenja koja omogućavaju sudskoj praksi da pravilno primjenjuje materijalno pravo kada odlučuje povodom pravnih odnosa iz ugovora o poklonu, posluzi i ortakluku. Ovo su pitanja odavno poznata našoj pravničkoj javnosti i trebalo bi da nema dilema oko njihove primjene. Ipak, postoje i danas dileme u pojedinim sudovima oko njihove primjene. Zbog tih dilema, koje bi trebalo otkloniti, pokušaćemo ponovno osvijetliti ovo pitanje.

Ključne riječi: *abrogirana pravna pravila, poklon, posluga, ortakluk, stari građanski zakони, sudska praksa*

U V O D

Pravni sistem u Bosni i Hercegovini redefinisao je Ustavom Bosne i Hercegovine, Aneksom IV Dejtonskog mirovnog sporazuma. Na osnovu ustavne odredbe

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

Ana Morait Praštalo, master pravnik, e-mail: ana.morait@gmail.com.

razvila su se četiri osnovna podsistema pod kojima podrazumijevamo pravne sisteme dva entiteta, Federacije BiH i Republike Srpske, Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine i Bosne i Hercegovine. Istovremeno je uslijedila i društveno-ekonomska transformacija kroz tranziciju iz socijalističkog u kapitalistički društveno-ekonomski sistem i privatizacija društvenog kapitala i društvene svojine u privatnu svojinu odnosno pravo svojine. Sve ove promjene uslovile su i reorganizaciju pravosudnog sistema iz jedinstvenog i hijerarhijski postavljenog u odvojene paralelne podsisteme koji se uglavnom podudaraju ali i sadrže i izvjesna odstupanja. Ta odstupanja su uočljiva kako u zakonodavnom i organizacionom okviru tako i u neujednačenoj sudskoj praksi. Sve to stvara probleme kako za građane i privredne subjekte tako i za sudske organe koji trebaju pravilno da tumače i primjenjuju pozitivnopravne propise. Problem nekodifikovanosti cjelokupne baze građanskopravnih propisa i dalje je prisutan u građanskopravnoj materiji. Ovaj problem se prevazilazi pravnom fikcijom da pravni sistem nema praznina i da sudovi moraju riješiti svako pravno pitanje koje stranke pred njih postave.

IZVORI GRAĐANSKOG PRAVA U BOSNI I HERCEGOVINI

U Bosni i Hercegovini građanskopravni propisi (materijalnog prava) donijeti su od strane entitetskih zakonodavnih organa.¹ Većina tih propisa nastala je recepcijom propisa bivše SFRJ i SRBiH, koji su preuzimani, proglašavani i kasnijim izmjenama i dopunama prilagođavani novonastalim društveno-ekonomskim i pravno-sistemskim okolnostima. Nastojanja da se pravne praznine prevaziđu donošenjem građanskog zakonika ne nailaze na podršku unutrašnjih političkih faktora koji o tom pitanju imaju podijeljena shvatanja. Ujednačavanje propisa je postignuto u oblasti procesnog zakonodavstva, kako krivičnog tako i građanskog procesnog prava. Otuda se još uvijek postavlja opravdano pitanje primjene starih pravnih pravila.

Za područje Bosne i Hercegovine Austrijski građanski zakonik – AGZ, bio je izvor građanskog prava nakon aneksije i u prvoj Jugoslaviji. Primijenjivan je

¹ Zakon o stvarnim pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 124/08, 3/09 – ispr., 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 – Odluka Ustavnog suda i 107/19; Zakon o stvarnim pravima, *Službene novine FBiH*, br. 66/13, 100/13 i 32/19 – odluka Ustavnog suda FBiH; Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Službeni glasnik BD*, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07; Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, i 57/89; *Službeni glasnik RS*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04; Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 9/85 i 57/89, *Službeni list RBiH*, br. 2/92 i 13/93 i *Službene novine FBiH*, br. 29/03 i 42/11; Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 54/02, 41/08, 63/14 i 56/19 – odluka US; Porodični zakon, *Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05 – ispr., 31/14 i 32/19 – odluka US; Zakon o nasljeđivanju, *Službene novine FBiH*, br. 80/14, i 32/19 – odluka US; Zakon o nasljeđivanju, *Službeni glasnik RS*, br. 1/09, 55/09 – ispr., 91/16, 28/19 – odluka US i 82/19.

u oblasti imovinskog (obligacionog i stvarnog prava) – a u oblasti porodičnog i nasljednog prava, Šerijatsko pravo za muslimane, a običajno pravo za hrišćane. Kako navodi akademik Vojislav Spaić, poslije okupacije Bosne i Hercegovine „krajem 1978. g. ... ostao je u Bosni i Hercegovini i dalje na snazi Turski građanski zakonik, tzv. Medžele. Iako AGZ nije nikad zvanično pravno postao zakonik ovih krajeva, ipak je on to postao *via facti*. Tako je uz Medžele važio i AGZ.“ Kako ističe akademik Spaić, sudije su bile Austrijanci ili Slaveni iz drugih krajeva, koji nisu poznavali zatečeno pravo u Bosni i Hercegovini, te su primjenjivali pravo AGZ izbjegavajući njegovo citiranje sve do prvog svjetskog rata. „Ovo stanje karakteriše poznata krilatica da sreski sud sudi po zdravom razumu, okružni po A.g.z., a Vrhovni po Medželi.“² Recepcija AGZ je završena s naredbom bivše Zemaljske vlade za BiH od 27. oktobra 1911, koja preporučuje sudovima da ne primijenjuju propise Medžele ako su „protivni modernim shvatanjima. Od tada prestaje primjena Medžele.“³ Da se i danas ne bi pozivali na ovu duhovitu krilaticu koju navodi profesor Spaić, nužno je raščistiti pitanje pravilne primjene materijalnog prava u sudskoj praksi zbog potrebe primjene starih pravnih pravila i u današnjoj sudskoj praksi. To iz razloga što aktuelna sudska praksa, kao i sudska praksa u proteklom periodu, nije bila izvor prava.

REFORMISANO GRAĐANSKO PROCESNO PRAVOSUĐE I PRAVILNA PRIMJENA MATERIJALNOG PRAVA

Posljednja reforma građanskog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini,⁴ Republici Srpskoj,⁵ Federaciji BiH⁶ i Brčko Distriktu BiH,⁷ obilježena je, između ostalog, ukidanjem načela materijalne istine i afirmisanjem procesne ili sudske istine. Reformatori naglašavaju da je to učinjeno radi postizanja ekonomičnosti parničnog postupka kao glavnog nasljeđenog nedostatka zatečenog sistema parničnog suđenja u BiH. Naša pravnička javnost, a posebno pravni teoretičari, nisu bili saglasni sa ovim reformatorskim zahvatom, ali je reforma brzo izvedena a nedoumice i problemi s pravednom primjenom prava su ostali.

² Vojislav Spaić, *Građansko pravo – opšti dio i stvarno pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 1971, 71.

³ *Ibidem*, 72.

⁴ Zakon o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 36/04, 84/07, 58/13 i 94/16.

⁵ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09 i 61/13.

⁶ Zakon o parničnom postupku, *Službene novine FBiH*, br. 53/03, 73/05, 10/06 i 98/15.

⁷ Zakon o parničnom postupku Brčko Distrikta BiH, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 17/08 i 2/10.

Pravilnost i zakonitost sudske odluke je misao vodilja cjelokupnog procesa, njegov cilj i smisao.⁸ Ukrštajući ovaj osnovni cilj parnice s načelom ekonomičnosti postupka lako je zaključiti da načelo procesne ekonomije ima pretežno tehnički a ne suštinski značaj, jer služi olakšavanju nesmetanog rada sudije na donošenju pravilne i zakonite sudske odluke, u krajnjoj liniji, meritornom rješenju spora. Uprkos tome, reformatori parničnog postupka su se oslonili na percepciju javnosti o sveprisutnoj kritici sporosti rada pravosuđa.

Nezavisnost pravosuđa je bila i ostala ideja vodilja cjelokupne reforme pravosuđa. Međutim, sudijska nezavisnost ne znači i proizvoljnost u donošenju odluka odnosno proizvoljnu primjenu materijalnog prava. Sud je i dalje vezan zakonom, dužan je da pravilno tumači i primjenjuje zakon radi donošenja zakonite i pravilne odluke u svakom konkretnom sporu.

Prema odredbi čl. 2 Aneksa II Ustava BiH, Kontinuitet pravnih propisa, „svi zakoni i sudski poslovnici, koji su na snazi na teritoriji Bosne i Hercegovine u trenutku kada Ustav stupi na snagu, ostaće na snazi u onoj mjeri u kojoj nisu u suprotnosti sa Ustavom dok drugačije ne odredi nadležni organ vlasti Bosne i Hercegovine“. Odredbom čl. 121 Ustava Republike Srpske,⁹ propisano je da sudsku vlast vrše sudovi koji su samostalni i nezavisni i sude na osnovu Ustava i zakona i štite ljudska prava i slobode, utvrđena prava i interese pravnih subjekata i zakonitost. Odredbom čl. 121a. propisano je da je sudstvo samostalno i nezavisno od izvršne i zakonodavne vlasti u Republici Srpskoj. Prema odredbi čl. 4 Ustava Federacije BiH,¹⁰ sudska vlast u Federaciji samostalna je i nezavisna od izvršne i zakonodavne vlasti u Federaciji.

Sud je jedini organ koji odlučuje o postojanju i zaštiti prava u sistemu podjele vlasti. U građanskom pravu sud odlučuje o sporovima proisteklim iz građansko-pravnih odnosa i štiti povrijeđena, ugrožena ili oduzeta građanska prava. Sud sudu po zakonu i na osnovu zakona. Riješenje svakog pravnog spora koji stranke iznesu pred sud nalazi se u pravilnoj primjeni materijalnog prava. Vijekovima iza nas afirmisano je pisano pravo sadržano u zakonima. Ujedno je i važeći princip da jedan pravni sistem ne sadrži praznine. Otuda su pravna pravila građanskih zakonika i njihova primjena po osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije i danas aktuelna. Prema principima kontinentalnog prava kojem pripada i naše pravo, sudovi ne mogu

⁸ Milivoje Č. Marković, *Osnovna načela parničnog postupka*, Pravni fakultet, Novi Sad, 1977, 125.

⁹ *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 21/92 – prečišćeni tekst, 28/94, 8/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.

¹⁰ *Službene novine FBiH*, br. 1/94, 13/97, 16/02, 22/02, 52/02, 60/02, 18/03, 63/03, 9/04, 32/07 – ispr. 20/04, 33/04, 71/05, 72/05, 88/08, 79/02.

zasnivati svoju odluku na starim pravnim pravilima kao pravnim propisima, ali se mogu u suđenju građanskopravnih sporova poslužiti starim pravnim pravilima, ne kao normama nego kao pravilima, na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije. Osnovni uslov za primjenu starih pravnih pravila je da o nekoj materiji nema propisa u našem pozitivnom zakonodavstvu. Ovaj propis ima aktuelnost i danas, jer ni novim propisima nije uređena cjelokupna materija građanskopravnih odnosa, pa ni oni dijelovi koji su bili uređeni građanskim zakonicima koji su važili na teritoriji Jugoslavije, tj. u AGZ Srpskom građanskom zakoniku, Srpskom g. z. i crnogorskom Opštem imovinskom zakoniku, OIZ. Kako je na teritoriji Bosne i Hercegovine važio AGZ to su i pravna pravila sadržana u njemu bila ponuđena za riješavanje spornih pravnih pitanja koja nisu sadržavali pozitivnopravni propisi. Aneks II Ustava BiH, u odredbi 2 Kontinuitet pravnih propisa, propisuje: „Svi zakoni, propisi i sudski poslovnici, koji su na snazi na teritoriji Bosne i Hercegovine u trenutku kada Ustav stupi na snagu, ostaće na snazi u onoj mjeri u kojoj nisu u suprotnosti sa Ustavom dok drugačije ne odredi nadležni organ vlasti Bosne i Hercegovine.“ Prema današnjoj socijalno-ekonomskoj orijentaciji Bosna i Hercegovina je demokratska država koja se zasniva na robno-novčanoj privredi, privatnoj svojini i preduzetništvu i nema onaj klasno-socijalni karakter kakav je imala SRBiH u okviru SFRJ, sa društvenom svojinom, društvenim planiranjem i socijalističkim samoupravljanjem. Otuda su stara pravna pravila građanskih zakonika kompatibilna sa novim-starim društveno-ekonomskim sistemom.

U osnovi našeg pravnog sistema je princip da sudovi sude po zakonu i da ne mogu proizvoljno da primjenjuju pravo ili da sude na osnovu svoga osjećanja pravde i da sami konstruišu pravna pravila od slučaja do slučaja (kazuističkim metodom) kada postoji tzv. pravna praznina u zakonskoj formi. Dakle, sudovi ne treba da sude na osnovu svoga osjećaja pravde, ako nedostaje pozitivnopravni propis za neku građanskopravnu materiju, nego da, kada je to uređeno starim pravnim pravilima podvedu pravilno i potpuno utvrđeno činjenično stanje pod odgovarajuće pravno pravilo, ali ne pozivajući se izričito na propis iz starih građanskih zakonika.

Ova pitanja o kojima danas govorimo dobro su poznata našoj pravničkoj javnosti i ne bi trebalo da postoje dileme oko njihove pravilne primjene. Međutim, kako je nama poznato, ponekad se javljaju dileme u pojedinim sudovima oko njihove primjene. Naravno da bi za naše sudove bilo povoljnije da su i oni odnosi koji još nisu uređeni pozitivnopravnim propisima iz građanskog prava konačno uređeni. Ali, pravna stvarnost nije idealno udešena i zbog toga postoje prelazna rješenja koja omogućuju sudovima donošenje pravnih i zakonitih odluka prema zakonskim pravilima a ne proizvoljnom primjenom prava.

PRAVNO-TEHNIČKI USLOVI ZA PRIMJENU STARIH PRAVNIH PRAVILA
GRAĐANSKIH ZAKONIKA

Sigurno je za sudove jednostavnije postupati prema važećim propisima nadležnog zakonodavca koji su objavljeni i dostupni u službenom glasilu. Sud tada može biti siguran koje pravo važi i pravilno primjeniti materijalnog prava. Teškoće nastaju kada se pojave pravne praznine i u donesenim propisima. Takva je situacija nastala prilikom donošenja jugoslavenskog Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine. Odredbom čl. 281. st. 1č, tač. 4 Ustava SFRJ od 1974. bilo je propisano da „Federacija preko saveznih organa uređuje osnove obligacionih odnosa i ugovorne i druge obligacione odnose u oblasti prometa robe i usluga“. Republikama i pokrajinama je prema raspodjeli nadležnosti između saveznih i republičkih zakonodavnih organa bilo ostavljeno uređivanje pojedinih obligacionih odnosa koji nisu obuhvaćeni opštim dijelom obligacija i koji nisu predstavljali ugovore u oblasti prometa robe i usluga na jedinstvenom jugoslovenskom tržištu. Slijedeći ovu zakonodavnu logiku iz Zakona o obligacionim odnosima izostavljeni su ugovor o poklonu (O daru, čl. 896–899 OIZ; O poklonima, paragrafi 561–568 SGZ; O darovanjima, paragrafi 938–956 AGZ), ugovor o posluži (O poruči ili posudi, čl. 265–270 OIZ; O naruči ili posluži, paragrafi 582–592 SGZ; O posudnoj pogodbi, paragrafi 971–982 AGZ); Ugovor o igri ili opkladi (čl. 475–479 OIZ; O ugovorima odvažnim ili na sreću, paragrafi 789–795 SGZ; O pogodbama na sreću, paragrafi 1267–1276 AGZ), Ugovor o ortakluku (O prostoju udruzi, čl. 885–891 OIZ; O ortakluku, paragrafi 723–758 SGZ; O pogodbi vrhu zajednice dobara, paragrafi 1175–121 AGZ).

Pored toga, iz posebnih pravila o prouzrokovanju i naknadi štete izostavljena su pravila o nastanku štete od pada ili bacanja iz stana (paragrafi 813 i 814 SGZ i paragrafi 1318–1319 AGZ) i štete od životinja (paragrafi 1320–1322 AGZ i paragrafi 815–817 SGZ).¹¹

Svi ovi ugovori bili su sadržani u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima.¹² Dar (čl. 509–522, Posuda ili naruč (čl. 560–571), Privredno udruženje građana (čl. 590–627), Opklada i igra (kocka) (čl. 969–974). Također, Skicom su bili formulisani i odgovornost za štete od životinja (čl. 142–144), odgovornost za štetu od građevina (čl. 145) i odgovornost pravnih lica (član 146). U Bosni i Hercegovini je izrađen Nacrt zakona o obligacionim odnosima¹³ u koji su, uz klasične i moderne

¹¹ Branko Morait, *Praktikum iz obligacionog prava*, Atlantik b. b., Banja Luka, 2000, 155–168, <https://bmoraitobligacije.com/>.

¹² Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet, Beograd, 1969.

¹³ *Objašnjenja uz Nacrt zakona o obligacionim odnosima*, Sarajevo, 2006.

ugovore obligacionog prava uvrštena i pravila koja se odnose na: Darovanje (čl. 704–716), Posluga (čl. 761–771), Ortakluk (čl. 827–863) kao i odgovornost za štetu od životinja (čl. 225) i odgovornost za štetu od građevina (čl. 226). Ovaj nacrt nije stupio na pravnu snagu.

Republika Hrvatska donijela je novi Zakon o obveznima odnosima¹⁴ i propisala pravne norme za Ugovor o darovanju (čl. 479–498), Ugovor o posudbi (čl. 509–518), Ugovor o doživotnom uzdržavanju (čl. 579–585), Ugovor o dosmrtnom uzdržavanju (čl. 586–589), i Ugovor o ortaštvu (čl. 638–660).

PRIMJERI PRAVILNE PRIMJENE STARIH PRAVNIH PRAVILA GRAĐANSKIH ZAKONIKA U SUDSKOJ PRAKSI

Prema odredbi čl. VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine: „Ustavni sud, također, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom ustavu kad ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.“ Zahvaljujući ovoj odredbi Ustavni sud BiH je praktično preuzeo nadležnosti koje ima vrhovni kasacioni sud. U osnovi svojih odluka Ustavni sud je ukazivao na nedozvoljenost proizvoljne primjene prava u praksi sudova na koje su ukazivale osnovane apelacije. Isto tako, potvrdio je opravdanost primjene starih pravnih pravila, prvenstveno AGZ-a kada nisu postojale pozitivnopravne norme za konkretni slučaj. Ustavni sud BiH, u svojim odlukama, nije dozvoljavao proizvoljno odlučivanje instanciono nižih sudova kod postojanja pravnih praznina samovoljnim i kreativnim postupanjem suda. Pravni sistem u BiH ne poznaje presedentno pravo, već se sudi na osnovu ustava i zakona. I u sistemima koji počivaju na presedentima, ne postoji proizvoljna primjena prava nego se odluke zasnivaju na presedentima koji su već doneseni i nalaze se u zbirkama presedenata. Sud primjenjuje pravna pravila koja su važila na područjima stare Jugoslavije na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa, a ne na propisima stare Jugoslavije. Navešćemo samo neke primjere koji pokazuju da Ustavni sud BiH podržava praksu sudova da pravne praznine popunjavaju riješenjima iz starih pravnih pravila kada ona postoje i odgovaraju konkretnom činjeničnom stanju po kojem se sudi.

U svojoj odluci broj: 32 0 p 12 11 4821 Rev Vrhovni sud Federacije BiH navodi pravni osnov primjene starih pravnih pravila AGZ-a: „Neovisno o naprijed navedenom, treba primijetiti da su nižestepeni sudovi, imajući u vidu utvrđenu činjeničnu podlogu, pravilno zaključili da su stranke u konkretnom slučaju zaključile usmeni ugovor o poslovnoj saradnji, koji u sebi sadrži i elemente ugovora

¹⁴ Zakon o obveznima odnosima, *Narodne novine*, br. 35, 2005.

o ortakluku (paragrafi 1175, 1184 i 1187 Austrijskog građanskog zakonika) koji se primjenjuje na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije.“ Činjenični supstrat ovog parničnog predmeta obuhvata i pravilan zaključak nižestepenih sudova, prema ocjeni Vrhovnog suda Federacije BiH, da su stranke, u konkretnom slučaju, zaključile usmeni ugovor o poslovnoj saradnji, koji u sebi sadrži i elemente ugovora o ortakluku.

Kao primjer pravilne primjene materijalnog prava u materiji primjene starih pravnih pravila Austrijskog građanskog zakonika navodimo dio iz obrazloženja odluke Okružnog suda u Banjaluci broj: 710P240717196 Gž od 13. 5. 2019. godine, koji glasi: „Na ugovor o poklonu koji nije regulisan važećim ZOO, primjenjuju se pravila bivšeg Austrijskog građanskog zakonika (OGZ) i to odredbe pravila 947–956 koja se primjenjuju na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. 4. 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (*Službeni list FNRJ*, broj 84/46) i člana 12 Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske (*Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 21/92). Tim pravilima dato je pravo poklonodavcu da može tražiti opoziv ugovora o poklonu ako poslije davanja poklona toliko osiromaši da nema sredstava za nužno izdržavanje (paragraf 947 OGZ) i ako poklonoprimac prema njemu ispolji grubu nezahvalnost (paragraf 948 OGZ).“

Također, Okružni sud u Banjaluci je pravilno primijenio materijalno pravo kod pozivanja na pravna pravila Austrijskog građanskog zakonika u presudi broj: 710P 034190 12 Rev od 28. 5. 2014. godine, kako navodimo iz dijela obrazloženja te odluke: „Na ugovor o poklonu koji nije regulisan važećim Zakonom o obligacionim odnosima, primjenjuju se pravna pravila Austrijskog opšteg građanskog zakonika koja se primjenjuju na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. 4. 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (*Službeni list FNRJ* br. 84/46) i člana 12. Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske (*Službeni glasnik RS*, br. 21/92). Tim pravilima dato je pravo poklonodavcu da može opozvati ugovor o poklonu ako poslije davanja poklona toliko osiromaši da nema sredstava za nužno izdržavanje (paragraf 947. OGZ) i ako poklonoprimac prema njemu ispolji grubu nezahvalnost (paragraf 948. OGZ).“

U presudi Apelacionog suda Brčko Distrikta broj: 96 0P 125164 22 Gž navodi se: „Nadalje, ovaj Sud je ispitao i žalbeni razlog pogrešne primjene materijalnog prava iz članka 328. stavak (1) točka c) ZPP-a, a koji se, prema žalbenim navodima tuženog, u bitnome ogledaju u tome da je prvostupanjski sud pogrešno primijenio materijalno pravo kada je utvrđeno činjenično stanje podveo pod odredbu članka 948. OGZ-a jer tužene smatraju da ponašanje tužene H. L. nema kvalifikacije koje su tražene navedenom odredbom“ kao i da prvostupanjski sud „pogrešno primjenjuje

materijalno pravo kada se poziva na čl. 104. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, stavom da je ugovor o poklonu br. OPU- ... od 24. 8. 2017. g. zaključen između prvotužene i drugotužene suprotan prinudnim propisima.“ Kada je u pitanju primjena pravnog pravila iz odredbe čl. 948 OGZ-a, ovaj sud podsjeća da je zakonski termin „gruba (velika) neblagodarnost“ u biti neodređen pojam, odnosno pravni standard, a ocjenu da li se postupak primatelja dara prema davatelju dara može kvalificirati kao gruba neblagodarnost vrši sud uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja. U tom smislu, u cilju sudsko-terminološkog određenja ovog pravnog standarda, gruba neblagodarnost (nezahvalnost) podrazumijeva povredu tijela, časti slobode i imovine darodavatelja koja predstavlja kazneno djelo ili, prema stajalištu domaće sudske prakse i sudske prakse zemalja u okruženju (koje još uvijek primjenjuju ovo pravno pravilo iz OGZ-a), drugo ponašanje koje ne mora sadržavati obilježja kaznenog djela, ali je neophodno da bude takve prirode da se po općeprihvaćenim standardima sredine u kojoj darodavatelj i daroprimateelj žive, smatraju nemoralnim postupcima, odnosno takvim postupcima koji ugrožavaju tjelesni ili psihički integritet darodavatelja ili druge bliske osobe.

U presudi Apelacionog suda Brčko Distrikta broj: 96 0 P 126341 22 Gž od 30. 1. 2023. godine navodi se primjena pravnih pravila OGZ: „Također, nema mjesta ni žalbenom navodu tuženog da u konkretnom slučaju nije ispunjena jedna od zakonskih kumulativnih pretpostavi za opoziv ugovora o poklonu zbog osiromašenje i to „... da se predmet poklona nalazi u posjedu poklonoprimeca“ u čemu tuženi nalazi pogrešnu primjenu materijalnog prava, u konkretnom slučaju pravno pravilo iz paragrafa 947 OGZ-a. Ovo iz razloga što pravno pravilo iz paragrafa 947 OGZ-a ne propisuje uvjet „da se predmet poklona nalazi u posjedu poklonoprimeca“, kako to tuženi (ali i prvostupanjski sud) pogrešno navode, nego navedeno pravno pravilno, u relevantnom dijelu propisuje „ako se još nalazi darovna stvar ili njezina vrijednost prije svega, pravno pravilo iz paragrafa 947 OGZ-a ne predviđa kao uvjet obraćanja sudu zahtjevom za opozivom darovnog ugovora to da se poklonodavatelj prethodno obraćao poklonoprimateelju za pomoć pri uzdržavanju. Pravilnim tumačenjem pravnog pravila iz paragrafa 947 OGZ-a u relevantnom dijelu („vlastan je ... iskati od obdarenika svake godine zakonite kamate od darovane sume ...“) može se zaključiti da je intencija zakonodavca u konkretnom slučaju bila davanje ovlasti poklonodavatelju („vlastan je“) tj. (dodatnog) prava da od poklonoprimateelja traži pomoć u uzdržavanju ali ne i obvezu da to učini i sigurno ne tako da to obraćanje poklonoprimateelju bude uvjet obraćanja sudu radi opoziva darovnog ugovora i razlog uskraćivanja opoziva u situaciji izostanka takvog obraćanja poklonoprimateelju, nego kao jedna od mogućnosti koja poklonodavatelju stoji na raspolaganju i koja je po svojoj prirodi izvansudskog i alternativnog karaktera i kao

takva omogućava poklonodavatelju da svoju nastalu „oskudnost“ (ukoliko on to želi) riješi mirnim putem sa poklonoprimatelem. U situaciji kada poklonodavatelj ne iskoristi svoje pravo alternativnog rješavanja stanja „oskudnosti“ sa poklonoprimatelem, to istoga ne onemogućava da svoja prava traži i sudskim putem, a što jeste situacija u konkretnom slučaju.

Tako se, u Odluci Ustavnog suda BiH broj AP 1196/10 od 25. juna 2013. godine, između ostalog, navodi: „Na osnovu ovako utvrđenog činjeničnog stanja a kako sud nije vezan pravnim osnovom tužbenog zahtjeva, Osnovni sud je zaključio da se u konkretnom slučaju radi o ugovoru o izmoljenoj posluži tzv. prekarij pod kojim se podrazumijeva ugovor kojima jedna strana daje drugoj određenu nepotrošnu stvar na besplatnu upotrebu do opoziva (paragraf 585. i 974. OGZ-a) a ne o ugovoru o posluži (paragraf 971. OGZ-a) kako to smatra tuženi niti o ugovoru o ostavi (čl. 712. i 716 Zakona o obligacionim odnosima) kako to smatra apelant.“

U Odluci Ustavnog suda BiH broj AP 4748/13 od 13. januara 2015. godine se, između ostalog navodi: „Također, utvrđeno je da je ugovor o poklonu dobročin jednostrani ugovor, te se isti može opozvati, raskinuti samo u situaciji osiromašenja i grube neblagodarnosti, a koji razlozi su predviđeni pravilima sadržanim u paragrafu 947. i 948. bivšeg Austrijskog građanskog zakonika (u daljem tekstu: AGZ). Naime, prema paragrafu 948 AGZ poklon se može opozvati ako je poklonoprimec krivac kakve grube neblagodarnosti prema svom poklonodavcu. S obzirom na navedeno, sud je zaključio da u konkretnom slučaju nisu ispunjeni uslovi za opoziv ugovora iz naprijed navedenog razloga jer apelant postojanje tih razloga tokom postupka nije dokazao.“

Prema Odluci broj AP 2373/11 od 18. novembra 2014. godine: „Vrhovni sud navodi da je ugovor o ortakluku, prema pravnim pravilima obligacionog prava (paragraf 1175. i dalje Austrijskog građanskog zakonika; u daljem tekstu: AGZ), takav ugovor kojim se dva ili više lica obavezuju da ujedine svoju imovinu, određene dijelove svoje imovine, odnosno neka svoja imovinska prava ili svoj rad s ciljem postizanja imovinske koristi da bi zajednički postigli isti cilj.“ Kao relevantni propis, između ostalih, u Odluci se navodi: „U Pravnom pravilu Austrijskog općeg građanskog zakonika, objavljen 1. juna 1811. godine, a u Bosni i Hercegovini se primjenjuje od 1879. godine (Školska knjiga, Zagreb, prof. dr Mihajlo Vuković, 1955. godina), relevantna odredba glasi: „Paragraf 1175. Društvo za zajedničko tečenje ili ortakluk postaje pogodnom, po kojoj dvije ili više osoba pristaju na to da ulože samo svoj trud ili i svoje stvari radi zajedničke koristi.“ Dalje, u Obrazloženju odluke, navodi se: „Iz navedenog proizlazi da Vrhovni sud nije suprotno članu 244. ZPP utvrđivao činjenično stanje predmeta, nego je zbog pogrešne primjene materijalnog prava djelimično preinačio presudu Kantonalnog suda zaključujući da na utvrđene činjenice

treba primijeniti AGZ smatrajući da činjenična utvrđenja nižestepenih sudova upućuju na to da se u konkretnom slučaju radi o ortračkom ugovoru.“

Kao što se vidi iz navedenih dijelova obrazloženja citiranih presuda, sudovi se ne pozivaju na zakonski osnov primjene starih pravnih pravila, izuzimajući pravilnu praksu sudova u Republici Srpskoj.

ZAKLJUČAK

Kao što se vidi iz navedenih primjera, Ustavni sud Bosne i Hercegovine u potpunosti podržava pravilnu primjenu materijalnog prava od strane sudova kada pravilno utvrđeno činjenično stanje preispitivanih sudskih odluka ukazuje da je pravilno primijeniti odgovarajuće staro pravno pravilo, uglavnom AGZ. Kako zaključuje profesor Bikić:¹⁵ „Prema tom zakonu (Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donesenih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije) predratni propisi (OGZ, SGZ, OIZ i dr.) gube pravnu snagu, ali se mogu primjenjivati kao pravna pravila, ako ne postoje pozitivni propisi i ako ta pravna pravila nisu protivna ustavnom uređenju. Primjena ovih propisa od strane sudova pomogla je donošenju nekih zakona i prije ZOO. Pored toga, donošenjem ZOO nisu regulirani svi obligacioni odnosi. Tako npr. ZOO nije regulirao ugovor o poklonu, posluži, ortakluku i dr., pa su sudovi ovlašteni, u slučaju spora, na ove ugovore prijenjivati pravna pravila.“

Tome dodajem i sopstveno mišljenje, „S obzirom na tradiciju našeg prava koje je zakonsko, a ne precedentno pravo, da je dosadašnja praksa naših sudova, u slučajevima kada pozitivno pravo ni običaji ne daju odgovarajuće pravilo, bila opravdana primjena starog 'pravnog pravila'. Sigurno je da za pravnu izvjesnost (sigurnost) kod primjene prava u pravnoj svijesti žive sadržaji starih 'pravnih pravila', da ih naši sudovi poznaju i da stranke u ta pravila imaju uvida. Daleko bi veća nesigurnost nastala ukoliko bi se sudovima ostavile odriješene ruke u formiranju sudskog precedenta.“¹⁶ Jer, kao što smo i ranije isticali, sudska praksa nije formalni izvor prava. Sudska praksa nije oblast stvaranja prava, već oblast njegove primjene.¹⁷

Na kraju treba istaći da se primjena starih pravnih pravila građanskih zakona u praksi sudova ne bi moglo shvatiti kao popunjavanje pravnih praznina, u užem značenju toga pojma. Jer, pravna pravila postoje i trebaju se primijeniti. Otuda je potrebno podsjetiti se rimskih pravnika čije sentence važe i danas, po kojima *iura novit curia i ignorantio iuris nocet*. Ne postoji opravdanje da sudovi ne znaju

¹⁵ Abedin Bikić, *Obligaciono pravo – opći dio*, Универзитетска, Sarajevo, 2007, 10–11

¹⁶ Branko Morait, *Obligaciono pravo – knjiga prva*, Atlantik b. b., Banja Luka, 1997, 38–40.

¹⁷ *Ibidem*, 25–27.

sadržaj starih pravnih pravila ili da ignorišu njihovu primjenu konstruišući rješenja za posebne slučajeve uz pomoć opštih pravila. Uprkos svim turbulencijama kroz koja je prošao i prolazi pravni sistem i pravosuđe u Bosni i Hercegovini, ne bi smotrebali imati stanje kao kada je važila krilatica da 'sreski sud sudi po zdravom razumu, okružni po AGZ, a Vrhovni po Medželi'."

Na kraju treba istaći da Ustav Republike Srpske propisuje da Republika uređuje i obezbjeđuje svojinske i obligacione odnose, te je otvorena mogućnost da se kroz uobičajenu zakonsku proceduru, zakonom o izmjenama i dopunama postojećeg zakona, u Zakon o obligacionim odnosima uvrste: ugovor o poklonu, ugovor o posluži i ugovor o ortakluku. Najbliži uzor nalazimo u Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije¹⁸ i odgovarajućim odredbama: poklon, ugovor o posluži i ugovor o ortakluku. Time bi se okončala primjena starih pravnih pravila građanskih zakonika i izbjegle sve moguće nedoumice u sudskoj praksi povodom primjene ovih pravila.

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

OLD LEGAL RULES IN THE CIVIL LAW OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Bosnia and Herzegovina did not codify the obligation relations, but took over the Yugoslav Federal Law on Obligation Relations. Some classic named contracts are not regulated by that law, with the explanation that gift, service and partnership contracts are not contracts for the sale of goods and services. Bosnia and Herzegovina has not passed a new Law on Obligations to regulate these contracts. That is why the issue of applying the old legal rules of the civil codes that were valid on the territory of Yugoslavia until the end of the Second World War is still relevant. Legal rules are those that are characteristic of each system of regulating civil-legal, property relations, and are contained in the Austrian, Serbian and Montenegrin codifications of civil law. The paper tries to examine positive legal solutions that enable judicial practice to properly apply substantive law when deciding on legal relationships from gift, service and partnership contracts. These issues have long been known to our legal public, and there should be no dilemma regarding their application. Nevertheless, there are still dilemmas in certain courts regarding their application. Because of those dilemmas that should be removed, we will try to shed light on this issue again.

Key words: abrogated legal rules, gift, service, partnership, old civil codes, judicial practice

¹⁸ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd, 2009.

Literatura

- Bikić A., *Obligaciono pravo-opći dio*, Univerzitetska knjiga, Sarajevo, 2007.
- Konstantinović M., *Obligacije i ugovori / Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet, Beograd, 1969.
- Konstantinović M., „Stara pravna pravila i jedinstvo prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4, Beograd, 1982.
- Marković M. Č., *Osnovna načela parničnog postupka*, Pravni fakultet, Novi Sad, 1977.
- Morait B., *Obligaciono pravo – knjiga prva*, Atlantik b. b., Banja Luka, 1997.
- Morait B., *Praktikum iz obligacionog prava*, Atlantik b. b., Banja Luka, 2000, <https://bmoraitobligacije.com/>.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981.
- Stanišić S., *Obligaciono pravo - Posebni dio, Knjiga prva*, Panevropski univerzitet „Apeiron“, Banja Luka, 2022.
- Spaić V., *Građansko pravo – opšti dio i stvarno pravo*, Pravni fakultet, Sarajevo, 1971.
- Vedriš M., *Osnove imovinskog prava*, Informator, Zagreb, 1971.

PREGLEDNI RAD

THOMAS MEYER

**THE USE OF NATIONAL LAW TO ACHIEVE
DEVELOPMENT GOALS
– THE GERMAN SUPPLY CHAIN DUE DILIGENCE ACT –**

Development cooperation supported the legal and judicial reforms, to enable transition of plan to market oriented economies and approximate their system to the EU aquis. While this helps the partner countries to cope with that enormous challenge with German Supply Chain Due Dilligence Act, Germany does use its own national law to reach development goals. This burdens the private sector in order to prevent violating human rights and environment in countries, which provide products for international corporates.

Key words: international supply chains, legal and judicial reforms in development cooperation, enforcing human rights and environmental protection, corporate social responsibility

INTRODUCTION

Supporting the reform of legal and judicial systems in countries that have had to adapt their respective systems to the requirements of market-oriented economic systems has been an integral part of the development policy support provided by the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ). This began as early as the beginning of the nineties of the 20th century with the projects in the area of the former Soviet Union. First in Georgia, then

Dr. Thomas Meyer, GIZ Program Director, “Strengthening Civil Society in the Eastern Partnership”, e-mail: thomas.meyer@giz.de.

in Central Asia and the other states of the South Caucasus, in Moldova and Mongolia, from 2000 also in the states of Southeastern Europe, first in Serbia, Bosnia and Albania, then more and more in the other states of Southeastern Europe. In 2020, the project “Legal approximation to European standards in the South Caucasus”, commissioned by the BMZ and implemented by the Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), was concluded. The project was the final phase of Germany’s 27-year cooperation with the countries of the South Caucasus. Due to the Corona pandemic, the final conference could only be held virtually.¹

I have had the honour of participating in these activities in the countries of the former Soviet Union since 1996,² and I have had the duty to close the project in the South Caucasus after 27 years. Projects in the field of judicial and legal reforms are now rather rare. However, a significant part of my work is related to the Kopaonik School of Natural Law, which I had the honour to attend first in December 2002 and which was supported by the project “Advice on Legal Reform in Serbia”, which I took over in March 2002. In the course of my work, several legislative projects have been supported. In addition to the Leasing Act and the Foreign Investment Act, the Mortgage Act, the Law on Liens on Movable Property, and later the Code of Civil Procedure and, finally, support for work on the Civil Code, should be mentioned here. Since 2004 I have also been able to lead the Bosnian project on legal reform and then since 2006 to conceptualize, build and manage the Open Regional Fund for Southeastern Europe – Legal Reform.

LEGAL REFORM IN THE TRANSITION STATES

The collapse of the socialist systems in the early nineties of the 20th century presented the economic systems with the enormous challenge of transforming their planned economies into market economy structures.³ In addition to the obstacles in many of these states due to the collapse, the unplanned privatization of industrial enterprises that were decreasing at the same time, and the new state structure that was only constituting itself as a result of the power vacuum that ensued, the legal foundations of private-sector activity had to be reconstructed and adapted to the

¹ The conference is available as a video at: https://www.youtube.com/watch?v=zda5TL_T1nU&t=42s.

² Except for Mongolia, which was never part of the Soviet Union.

³ New legal bases had already been created in Yugoslavia, which had maintained close economic relations with European and other Western states since the 1960s. The Act on Obligations and Offences, which came into force in 1978, was comprehensively based on the Swiss Code of Obligations and is still used in lively legal practice today.

requirements of a market-based economy. This was an operation on the beating heart, since the states could not, of course, first create the legal institutions in successive steps, which only then could the emerging private sector take advantage of. Rather, the work on the essential pieces of legislation was embedded in this general political, economic and cultural change.

From the very beginning, this process was accompanied by development organizations, which linked to different legal families according to their origins.⁴ The international financial institutions but as well US based organisations often adopted a market-liberal approach based on common law, while advice from GIZ and other German and European organisations such as the German Foundation for International Legal Cooperation (IRZ)⁵ or the Center for International Legal Cooperation (CILC)⁶ continental European approaches were pursued, which also had the advantage of being based on the legal traditions of the transition states, which were still known even under socialist conditions. However, this continental-European approach went hand in hand with the idea of law as a state instrument for enabling private economic activity in the form of institutions provided by the state and provided with enforcement mechanisms.⁷ It was clear to all involved that this would be a lengthy process. Forms of ownership had to be overcome and defined with legal certainty, the structure of legal entities had to be defined, and the lawyers of the federal states had to be introduced to the new norms, albeit familiar from the legal tradition.

The aim of the consultation was not to transplant the law of the developed states to countries in transition. Even though current legislation, such as the recently reformed Dutch Civil Code at the time of the creation of the Georgian Civil Code, was often the inspiration and starting point for the work on the corresponding legal projects, national laws were developed, at least within the framework of German development cooperation in the field of legislation with working groups of local legal scholars and practitioners, which were embedded in local legal systems and traditions. Nevertheless, all the efforts to support the legal and judicial reforms were embedded in German development policy, which in turn was and is in line with German foreign and foreign economic policy on the one hand, but also and especially in the international development policy orientation, as it has been reflected in the 2030 Agenda with its 17 Sustainable Development Goals

⁴ Rolf Knieper, Lado Chanturia, Hans-Joachim Schramm, „Problems of contract law and contract security in the states of the Caucasus and Central Asia“, 2009, 3 et seq.

⁵ Established by the Federal Ministry of Justice and based in Berlin and Bonn.

⁶ Now based in The Hague.

⁷ Cf. R. Knieper, L. Chanturia, H.-J. Schramm, op. cit., footnote 6, p. 6 et seq.

since 2015.⁸ As a global initiative of the UN, it provides the strategic orientation for the development of all 189 participating states.

The focus was on the rule of law in Germany's support for legal and judicial reforms in transition countries through German development cooperation.⁹ According to today's interpretation, the hallmarks of this rule of law, which differs from country to country, are the separation of powers, with a focus on the independence of the judiciary in order not to make the application of the law dependent on the executive, and legal certainty, also in order to withdraw the private sector from the unregulated and arbitrary access of the state. Regardless of setbacks and failures, as could be shown, for example, by the High Judicial Councils, which were introduced all too hastily in many transition states, and which in many former socialist countries represent more of a challenge than an instrument for upholding the rule of law, especially since the focus was less on the individual independence of individual judges than on the institutional independence of the judiciary, the foundations for sustainable and coherent legal systems.

The necessity of market-oriented legal and judicial reforms did not only arise from the desire of the partner countries to provide coherent, consistent legal systems as an instrument for citizens and the private sector.¹⁰ Rather, the countries of Eastern Europe, the Caucasus and Central Asia were also started on the one hand by the policy of the International Financial Institutions, by conditions in the grant agreements, but also by the European Union in the nineties of the 20th century in the form of partnership and cooperation agreements.

The work in the countries of South-East Europe, on the other hand, was shaped by the European enlargement policy. Following the Thessaloniki Summit in 2003, Stabilisation and Association Agreements were concluded with the States with the declared aim of preparing them for membership of the European Union. In contrast to the much later process in the context of the Eastern Partnership, there was an obligation to acquire the entire EU and to prepare for the application of the directly applicable legal regulations, which occupy an increasingly broad part of current EU legislation. In conjunction with the other requirements of the Copenhagen criteria, which were laid down as early as 1993 with a view to opening up to Eastern Europe, namely the fulfilment of the political and economic conditions for accession, the countries of South-East Europe took already a long road on its ambitions to be integrated in the EU.

⁸ <https://sdgs.un.org/>.

⁹ <https://www.bmz.de/de/themen/rechtsstaatlichkeit>.

¹⁰ It remains to be seen to what extent this desire was supported by corresponding proposals for development policy measures in the field of legal and judicial reform.

In contrast to the states of the former Soviet Union, the former Yugoslavia – Albania had chosen an isolationist path under Envar Hodja for decades – had close economic relations with the states of the EU and beyond. Even though large companies were under state control, and essential assets were not in private hands in a specific system of workers' self-management, there was a vibrant private economy, which can be demonstrated in a modern law on contracts and torts based on the Swiss model. This private law has been extensively implemented by civil courts. In Southeastern Europe, too, however, the armed conflicts in the course of the break-up of Yugoslavia resulted in an impairment of the established structures. The socialist legal system in the area of property, which was distributed at the federal and republic levels due to the fragmented legislative competences, represented a further hurdle, although the states of the former Yugoslavia were able to build on established structures here as well.

NATIONAL LAW IN DEVELOPED INDUSTRIALIZED COUNTRIES AS AN INSTRUMENT FOR ACHIEVING DEVELOPMENT POLICY GOALS

In the context described here so far, in order to pursue development policy goals, the aim was to support reform processes in partner countries that wanted to change their laws and improve the conditions for their application under the rule of law. In South-East Europe, this took place against the background of the Copenhagen criteria confirmed in Thessaloniki, which, in addition to adopting the EU acquisition but also for implementing the political and economic criteria, support the states in their efforts to become members of the European Union. In this respect, general reforms towards the rule of law have taken an approach comparable to that of the Eastern Partnership countries. Since the countries of South-East Europe have committed themselves to these values, it is up to the countries to adapt their societies to them, for example by means of the instrument of law.

The “Act on Corporate Due Diligence for the Prevention of Human Rights Violations in Supply Chains (LKSG)”, which came into force on 1 January 2023,¹¹ does not seek any adjustments in the legal systems of the partner countries, but imposes obligations on private companies in Germany to counteract production conditions that run counter to international standards such as human rights and ecological standards. It is not the partner states that are obliged by international and – in our context – intergovernmental and multinational agreements concluded with the EU to adapt their legal and judicial systems in order to fulfil them, but rather a change in the legal foundations in the national legal systems of the states that otherwise support

¹¹ *Federal Law Gazette*, 2021, I, 2959.

the reform of the legal and judicial systems and thus of the national legal systems of the partner states within the framework of their development policy.

Genesis

It cannot be taken for granted that fundamental and human rights in Germany bind private actors. The fundamental rights of the Basic Law in its Articles 1–20 are classically designed as rights of defence and performance vis-à-vis the state. It was only with the doctrine of indirect third-party effect¹² that it was recognised that civil courts applying the law must apply private laws in a way that corresponds to an interpretation in conformity with fundamental rights. However, with the Anti-Discrimination or Equal Treatment Act at the latest,¹³ an example can be used that directly binds private-sector actors to fundamental rights, in this case the principle of equal treatment in Article 3 of the Basic Law. Anyone who treats others differently in the field of labour or civil law on grounds of race or ethnic origin, gender, religion or belief, disability, age or sexual identity,¹⁴ must remedy this unequal treatment and is obliged to pay damages.¹⁵ Nevertheless, as a rule of national law, this requirement of equal treatment applies only in German law and thus grants legal protection only in the national sphere of application. Whereas in earlier phases of development the focus was still on a voluntary commitment by private companies to take social and ecological aspects into account under the heading of corporate social responsibility, the approach pursued here is an attempt to improve the human rights situation in various countries.

In the global economy based on the division of labour, wage gaps as well as the various production conditions, such as the absence or low standards of occupational health and safety regulations, lead to the use of foreign production sites.¹⁶ In view of the production conditions in partner countries, which were reflected in disasters such as the fire at a textile factory in Pakistan that killed more than 250 people, there have been a number of national and international initiatives. In 2011, the United Nations Human Rights Council adopted the Ruggie Principles,

¹² Cf. Christian Armbrüster, *Munich Commentary on the Civil Code*, 9th ed., 2021, § 134 BGB, marginal nos. 47, 48.

¹³ General Equal Treatment Act, *Federal Law Gazette*, 2006, I, 1897.

¹⁴ § 6 et seq. AGG.

¹⁵ Cf. Art. 15 AGG in labour law and Art. 21 para. 2 AGG in general civil law.

¹⁶ See, for example, Adam Sagan, Alexander J. Schmidt, “The Supply Chain Due Diligence Act – An Overview from the Perspective of Labour Law”, *New Journal of Labour Law – Jurisprudence Report*, 2022, 281 et seq.

the Guiding Principles on Business and Human Rights,¹⁷ the implementation of which was provided for in the 2013 coalition agreement.¹⁸

As a result, the BMZ launched the Partnership for Sustainable Textiles in 2014, which is a voluntary alliance with 130 members who represent 50% of the turnover generated by the sale of textiles.¹⁹ However, as part of the evaluation of the Federal Government's National Action Plan, it was found that only 20% of the 400 companies surveyed who had participated in a survey sent to 3.000 companies complied with human rights due diligence obligations.²⁰ As a result, work on a supply chain due diligence law began.

Content

According to § 1 LKSG, the law applies to German companies with more than 3.000 employees in Germany or posted employees from Germany.²¹ The companies covered must create the institutional and organizational requirements listed in § 3 LKSG in order to enforce the facts and prohibitions listed in § 2 LKSG, which are mostly of a nature of labour law or occupational safety law,²² but also of an environmental²³ nature. As part of a monitoring and evaluation system, the companies covered must set up a system that makes it possible to detect violations of the prohibitions (§§ 4, 5 and 8 LKSG). If there is a risk that § 2 LKSG could be violated, the companies must take preventive measures (§ 6 LKSG). If these risks materialize, the companies are obliged to take measures to remedy them (§ 7 LKSG), whereby the termination of the business relationship with direct suppliers is the most serious measure of this kind. If the company does not comply with these obligations, fines (§ 24 LKSG) may be imposed, which can amount to up to 2% of this turnover in the case of a company with an annual turnover of more than 400 million. If a fine of 175.000 EURO is forfeited, the companies are to be excluded from public tenders for up to 3 years in accordance with Section 22 (2) LKSG.

In order to enforce the requirements, companies must set up a mechanism comparable to the position of the data protection officer within the framework of

¹⁷ Resolution 17/4 of 16 June 2011, annex to the final report of the Special Representative to the Human Rights Council (A/HRC/17/31).

¹⁸ Shaping Germany's Future, Coalition Agreement between CDU, CSU and SPD (18th Legislative Period), 2013, 125.

¹⁹ <https://www.bmz.de/de/themen/textilwirtschaft/textilbuendnis-14998>.

²⁰ <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf>.

²¹ Off. 1 January 2024, companies with 1.000 or more employees will be covered.

²² § 2 para. 2 LKSG.

²³ § 2 para. 3 LKSG.

the General Data Protection Regulation, with which complaints and indications of possible violations can be investigated, which is supervised by persons who act independently of instructions in accordance with Section 8 LKSG para. 3. In the area of human rights violations, there is also a possibility of civil action, which can be asserted by German trade unions or non-governmental organisations in accordance with Article 11 para 1 if the injured party authorises them to do so.

A reporting obligation of the companies will be introduced for implementation, the results of which can be transmitted to the competent authority in accordance with § 12 LKDG²⁴ and reviewed by it in accordance with § 13 LKSG.

Evaluation

As under the General Data Protection Regulation, the legal regulation does not rely on individual legal protection, but on organizational duties in order to recognize violations of the protected facts and to take action against them. The law does not provide for claims for damages by those whose rights have been violated as an administrative regulation. On the contrary, § 3 para 3, sentence 1²⁵ expressly excludes civil liability in the event of violations of the law,²⁶ if only in order to dispel such concerns. This seems legitimate, since the companies themselves are not responsible for violations, but are supposed to investigate possible violations in the context of their business relationships and minimize them according to whether they are direct or indirect suppliers. The UN Guiding Principles themselves do not provide for liability, if only to avoid that companies that are legally obliged to at least implement due diligence obligations should not be driven out of the market,²⁷ since the employees there are highly dependent on the employment opportunities. However, the European Union's proposal for a directive provides for an obligation to pay damages.²⁸

²⁴ Thus, according to §19 LKSG, the Federal Office for Economic Affairs and Export Control, led by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy in agreement with the Federal Ministry of Labour and Social Affairs,

²⁵ Patricia Sarah Stöbener de Mora, Paul Noll, "Boundless Due Diligence – The Supply Chain Due Diligence Breach Act", Part 2, NZG, 2021, 1285.

²⁶ See also Eric Wagner, Marc Ruttloff, "The Supply Chain Due Diligence Breach Act – A First Classification", *New Journal for Company Law*, 2021, 2145, 2150; but cf. Gerhard Wagner, "Supply Chain Responsibility", *Journal for European Private Law*, 2023, 517.

²⁷ Stay and behave versus cut and run, See P. S. Stöbener de Mora, P. Noll (2021) op. cit., 1285f. footnotes 11 and 14.

²⁸ Cf. Patricia Stöbener, Paul Noll, "Even more boundless care? The Proposal for a Directive on Due Diligence with Regard to Sustainability", *Journal for European Private Law*, 2023, 14.

The use of vague legal terms,²⁹ coupled with legal standing for (German) trade unions and non-governmental organizations (§ 11 LKSG), suggests that concretizations, such as whether preventive or remedial measures are appropriate, will only emerge through court practice. The initiative of trade unions and non-governmental organizations will also be necessary, as it remains to be seen whether the review can be effectively implemented by the competent authority. In view of the expected mass of reports, it must be observed whether the resources made available are sufficient to evaluate the reports comprehensively. Here, too, it is therefore incumbent on non-state actors to counteract violations, whereby the whistleblower provision in Section 8 (4) LKSG also relies on internal company sources providing information that can uncover violations.

The LKSG is not a German special path. Rather, the United Kingdom, France, the Netherlands and other European countries have comparable, albeit often limited, approaches to certain forms. In 2021, the European Parliament submitted a first proposal for a directive.³⁰

Whether the approach will prove successful and after the unsuccessful attempt to reduce human rights violations in supply chains by means of the NAP³¹ will also be shown in practice. The law itself provides for an evaluation by 30. 6. 2026.³²

CONCLUDING REMARKS

The LKSG law, which is briefly presented here, is an example of how the law has been instrumentalised to achieve development policy goals without the partner countries themselves having to make adjustments to their national legal systems. In this case, the imposition of human rights standards, even if they are based on international law, is carried out by demanding and, in this case, instrumentalising companies in donor states, which also counteracts the skimming off of what we call the “colonial dividend” with regard to the states of Asia and Africa in particular. It is not the countries that have to adapt their national laws to the new requirements as part of the necessary reforms, but the donor countries that are obliged to do so.

²⁹ E.g. “appropriate” risk identification, prevention and remedial measures in §§ 4 (1), 5 (1), 6 (1), 7 (1) LKSG.

³⁰ E. Wagner, M. Ruttloff, op. cit., footnote 33, p2151; P. S. Stöbener de Mora, P. Noll (2023), op. cit., 14.

³¹ National Action Plan on Business and Human Rights of 21. 12. 2016, *nap-im-original.pdf* (*csr-in-deutschland.de*).

³² BT-Drs. 19/28649, 32; Doubts about the feasibility are already being voiced, see G. Wagner, op. cit., ZEuP 2023, 517, 528.

Dr THOMAS MEYER

Direktor programa “Jačanje civilnog društva u Istočnom partnerstvu”, GIZ
Savezno ministarstvo za ekonomsku saradnju i razvoj Nemačke

UPOTREBA NACIONALNOG PRAVA ZA OSTVARIVANJE
RAZVOJNIH CILJEVA
– ZAKON O NEMAČKOM LANCU SNABDEVANJA –

Rezime

Razvojna saradnja podržala je pravne i pravosudne reforme kako bi se omogućila tranzicija sa planske ekonomije na tržišno orijentisanu ekonomiju i sistemi uskladili sa pravnom tekovinom Evropske unije. Nemački Zakon o dužnoj pažnji u lancu snabdevanja pomaže partnerskim zemljama da prevaziđu ogromne izazove, pri čemu Nemačka koristi ovaj svoj zakon i za postizanje razvojnih ciljeva. Time se vrši pritisak na privatni sektor da spreči kršenje ljudskih prava i povrede životne sredine u zemljama koje svojim proizvodima snabdevaju međunarodne korporacije.

Ključne reči: međunarodni lanci snabdevanja, pravne i pravosudne reforme u razvojnoj saradnji, sprovođenje ljudskih prava i zaštita životne sredine, korporativna društvena odgovornost

Bibliography

Armbrüster C., *Munich Commentary on the Civil Code*, 9th ed., 2021.

Knieper R., Chanturia L., Hans-Joachim Schramm, „Problems of contract law and contract security in the states of the Caucasus and Central Asia“, 2009.

Sagan A., Schmidt A. J., “The Supply Chain Due Diligence Act – An Overview from the Perspective of Labour Law”, *New Journal of Labour Law – Jurisprudence Report*, 2022.

Stöbener de Mora P. S., Noll P., “Even more boundless care? The Proposal for a Directive on Due Diligence with Regard to Sustainability”, *Journal for European Private Law*, 2023.

Stöbener de Mora P. S., Noll P., “Boundless Due Diligence – The Supply Chain Due Diligence Breach Act”, Part 2, NZG, 2021.

Wagner E., Ruttloff M., “The Supply Chain Due Diligence Breach Act – A First Classification”, *New Journal for Company Law*, 2021.

Wagner G., “Supply Chain Responsibility”, *Journal for European Private Law*, 2023.

PEER COMMENTARY

NINA PLANOJEVIĆ

PRILOG REAFIRMACIJI RURALNE KOMASACIJE

Ruralna komasacija je značajan pravni institut, koji je mnogo više od agrarne mere koja vodi ukрупnjavanju parcela i racionalnijem korišćenju poljoprivrednog zemljišta. Ona ima brojne i raznovrsne funkcije u državi i društvu, ali se iz godine u godinu kod nas sve sporije i ređe sprovodi – što je podatak koji zabrinjava. Naša država je uočila svu ozbiljnost situacije sa zastojem u sprovođenju ruralne komasacije, usled čega su obavljena određena istraživanja u cilju utvrđivanja uzroka ovakvog stanja. Pošto je kao jedan od ključnih faktora u tom smislu označen neadekvatan pravni okvir ruralne komasacije, u radu su obrađena najvažnija pitanja u vezi ovog instituta sa ciljem vraćanja fokusa pravne struke i nauke na ovu temu, doprinosa adekvatnijem regulisanju ruralne komasacije i njenoj reafirmaciji i popularizaciji. Kroz poređenje domaćih rešenja sa preporukama iz Pravnog vodiča za komasaciju Organizacije za hranu i poljoprivredu Ujedinjenih nacija, autorka je obradila sledeća pitanja: pojam, ciljeve, funkcije, vrste, osnov, pravno dejstvo, predmet i naknadu kod ruralne komasacije. U zaključnom delu rada sumirani su rezultati izvršenih analiza i izneti predlozi za buduću regulativu ruralne komasacije.

Ključne reči: ruralna komasacija, sticanje i prestanak svojine odlukom državnog organa, vrste komasacije, komasaciona naknada, Pravni vodič za komasaciju Organizacije za hranu i poljoprivredu Ujedinjenih nacija

U V O D

Pošto je površina raspoloživog zemljišta u svakoj državi ograničena i ne može se uvećavati, u opštem je interesu da ono bude u potpunosti i što bolje iskorišćeno,

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

u skladu sa svojom prirodom i namenom. Komasacija je jedan od instituta čija je svrha da omogućiti ostvarivanje ovog cilja, otklanjanjem razloga pravne i druge prirode koji to otežavaju ili onemogućavaju.

Zavisno od vrste zemljišta na koje se primenjuje, možemo govoriti o dva oblika komasacije: – ruralnoj, koja se sprovodi na poljoprivrednom zemljištu; i – urbanoj komasaciji, koja se sprovodi na građevinskom zemljištu. Ruralna komasacija je stariji oblik ovog instituta, vekovima poznat na tlu Evrope, a veoma dugo i u Srbiji. Urbana komasacija je noviji oblik komasacije koji je kod nas uveden tek pre jedne decenije,¹ što je za ovaj institut, čija priprema traje dosta dugo, relativno kratak period da se razvije i zaživi u značajnijoj meri. Stoga bismo pažnju stručne i naučne javnosti ovom prilikom usmerili na ruralnu komasaciju, čiji će različiti aspekti biti predmet analiza u ovom radu. Iako se radi o tradicionalnom, već poznatom institutu, postoje važni razlozi zbog kojih bi kod nas ponovo trebalo otvoriti temu ruralne komasacije.

Prvi razlog je načelne prirode i tiče se činjenice da ruralna komasacija omogućava najracionalniju upotrebu poljoprivrednog zemljišta, kao resursa koji je ograničenog obima, ali je od izvanrednog značaja za svaku državu i društvo, jer služi za proizvodnju hrane. To bi samo po sebi trebalo da bude dovoljno da ruralna komasacija bude uvek aktuelna tema i da se kontinuirano radi na njenoj što boljoj pravnoj uređenosti i što ažurnijoj realizaciji. Dodatni razlog za aktuelizaciju ovog instituta danas predstavlja i to, što je svet opterećen novim ratnim sukobima koji izazivaju sve ozbiljniju nestašicu poljoprivrednih proizvoda, pa je neprihvatljivo da bilo gde postoji i najmanja površina obradivog zemljišta, koje nije optimalno iskorišćeno.

Situacija sa ruralnom komasacijom u Srbiji je, međutim, u potpunom neskladu sa situacijom kakva bi trebalo da bude. Od Drugog svetskog rata do danas, što je period od skoro 80 godina, ona je realizovana na jedva četvrtini teritorije na kojoj je bilo neophodno sprovesti je – što je zabrinjavajući podatak i poseban razlog zbog koga ruralna komasacija kod nas treba da bude predmet ozbiljnih multidisciplinarnih analiza, s ciljem utvrđivanja uzroka ovakvog stanja. Izvesno je

¹ Urbana komasacija uvedena je 2011. izmenama i dopunama važećeg Zakona o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik RS*, 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. O urbanoj komasaciji više: Mladen Šoškić, Rajica Mihajlović, Nenad Višnjevac, Stevan Maroščan, „Metodologija procene vrednosti zemljišta u procesu urbane komasacije“, *Nauka + praksa*, br. 24, Niš, 2021, 20–29; Mladen Đ. Šoškić, *Razvoj novih modela komasacije u funkciji urbanističkog uređenja naselja*, doktorska disertacija, Građevinski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:15399/bdef:Content/get>; Mladen Šoškić, „Geodezija u prostornom planiranju i urbanizmu“, *Nastavna jedinica 10: Urbana komasacija*, https://www.grf.bg.ac.rs/p/learning/urbana_komasacija_1481378903314.pdf, 25. avgust 2023.

da naša privreda trpi štetu, jer je na tako velikoj teritoriji kroz tako dug vremenski period poljoprivredna proizvodnja zbog nesprovedene komasacije nedovoljno produktivna.

Ruralna komasacija ne samo da nije izvršena na $\frac{3}{4}$ predviđene površine, već je evidentno da se njena realizacija ne ubrzava, nego se ona iz godine u godinu sve sporije i ređe sprovodi – što je podatak koji dodatno zbunjuje. Paralelno sa ovakvom situacijom u praksi, ruralna komasacija je i u domaćoj pravnoj teoriji postala skoro zaboravljen institut i tema koja se gotovo više i ne obrađuje. Ako se o njoj uopšte i piše, onda to sporadično čine uglavnom inženjeri geodezije i drugi stručnjaci, sa tačke gledišta nauke kojom se bave. Čini se da nove generacije pravnika pokazuju nerazumevanje u pogledu suštine komasacije, koja se neopravdano smatra prevaziđenim institutom koji je relikv socijalizma, pa se stavlja u kontekst sa agrarnom reformom, nacionalizacijom, arondacijom i drugim institutima koji jesu imali ideološku osnovu. Paradoks je u tome što se i u vreme socijalizma na komasaciju gledalo sa neodobravanjem, jer je dugo smatrana relikvom kapitalističkog sistema. Ruralna komasacija, međutim, nije ništa od toga, već je pravni institut koji nema ideološka obeležja i koji je neophodan u svakoj državi u kojoj poljoprivredno zemljište nije uređeno na način koji omogućava njegovo najproduktivnije korišćenje.

Naša država je uočila svu ozbiljnost situacije sa zastojem u sprovođenju ruralne komasacije, usled čega je kod nas 2018. godine, uz podršku nemačke države, Evropske komisije i GIZ², realizovan istraživački projekat pod nazivom „Komasacija kao neiskorišćeni potencijal“³ čiji će rezultati biti korišćeni u ovom radu, a čiji je jedan od ciljeva bio i utvrđivanje uzroka izloženog stanja. Analizu regulatornog okvira komasacije sprovela je Nacionalna alijansa za lokalni ekonomski razvoj u Srbiji (NALED). Pošto je ruralna komasacija kod nas zakonom uređena decenijama unazad, iznenađuje činjenica da je u ovoj studiji kao jedan od nekoliko ključnih faktora koji su doveli do problema u realizaciji komasacije identifikovan upravo neadekvatan pravni i institucionalni okvir njenog sprovođenja – što je delokrug i odgovornost pravne struke i nauke.

Organizacija za hranu i poljoprivredu Ujedinjenih nacija (*Food and Agriculture Organization of the United Nations – FAO*), koja decenijama unazad promoviše ruralnu komasaciju u svetu dala je, uz podršku GIZ, svoj doprinos rešavanju ovog problema u Srbiji tako što je 2022. godine objavila publikaciju pod nazivom

² *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH.*

³ Stručni tim NALED-a ju je pripremio u saradnji sa Ministarstvom poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, uz podršku Nemačke razvojne saradnje i projekta „Jačanje upravljanja zemljištem na nivou lokalnih samouprava u Srbiji“, koji sprovodi GIZ.

„Pravni vodič za komasaciju – Na osnovu regulatornih praksi u Evropi“⁴ (nadalje: Vodič FAO UN) na srpskom jeziku. Cilj ovog vodiča,⁵ jeste da olakša kreiranje adekvatnog pravnog okvira za komasaciju u državama u kojima je to neophodno, uz formulisanje konkretnih preporuka kako to uraditi. Pošto prema rezultatima istraživanja o kojima je bilo reči i Srbija spada u krug država u kojima ruralna komasacija nije adekvatno uređena, na odgovarajućim mestima u radu ćemo vršiti komparaciju između Vodičem FAO UN preporučenog postupanja i postojeće regulative ruralne komasacije u našem pravnu.

Na osnovu svega izloženog jasno je koliko je kod nas u ovom trenutku važno oživljavanje ruralne komasacije. Zato ćemo u radu obraditi najvažnija pitanja u vezi ovog instituta (izuzev proceduralnih pitanja), sa ciljem vraćanja fokusa pravne struke i nauke na ovu temu, doprinosu njenom adekvatnijem regulisanju i reafirmaciji i popularizaciji ruralne komasacije – što ona u potpunosti zavređuje.

ISTORIJSKI RAZVOJ RURALNE KOMASACIJE

Smatra se da su koreni ruralne komasacije u Francuskoj, u 18. veku, gde su rascepkani posedi u jednom selu pregrupisani na inicijativu meštana.⁶ Prvi put ruralnu komasaciju zakonom uređuje Danska početkom 18. veka, zatim Švedska, a potom i ostale države – kako u Evropskoj uniji, tako i širom sveta.⁷ U agrarno najrazvijenijim državama Evrope ona je uglavnom završena sredinom prošlog veka, a primenjuje se i u našem regionu.⁸

Na području Srbije, pre svega Vojvodine, komasacija se sprovodi od 1836, kada je uvedena Urbarskim zakonom o komasaciji. Potreba za komasacijom u centralnoj Srbiji pominje se prvi put u Naredbi knjaza Miloša Savetu,⁹ a njena primena

⁴ Tomas Veršinskas, Margret Vidar, Morten Hartvigsen, Kristina Mitić Arsova, Frank van Holst, Maxim Gorgan, *Pravni vodič za komasaciju – Na osnovu regulatornih praksi u Evropi*, Beograd, 2022. Originalni naziv rada je: *Legal Guide on Land Consolidation: Based on regulatory practices in Europe* i objavljen je 2020. On se zasniva na analizi regulatornih praksi u Danskoj, Finskoj, Nemačkoj, Litvaniji, Holandiji, Srbiji, Španiji (Galicija) i Turskoj. Prevod na srpski jezik priređen je u okviru projekata GIZ „Prostorno planiranje i upravljanje zemljištem“, i „Podrška ekonomskoj diversifikaciji ruralnih područja u Jugoistočnoj Evropi“ i finansiran od strane Saveznog ministarstva za ekonomsku saradnju i razvoj SR Nemačke (BMZ).

⁵ T. Veršinskas i dr., op. cit., 8.

⁶ B. Bogdanović, *Komasacija i eksproprijacija*, Beograd, 1979, 15. Navedeno prema: Rajko Jelić, *Eksproprijacija – pojam, elementi, teorija i praksa*, Beograd, 2009, 34, fusnota 76.

⁷ Komasacija se primenjuje i u Turskoj, Indiji, Kini, Tajlandu itd.

⁸ U regionu, komasaciju poznaju: Hrvatska, Slovenija, Makedonija, Crna Gora, BiH, Albanija...

⁹ T. Veršinskas i dr., op. cit., 30.

je počela tek 1901, na osnovu programa pod nazivom „Grupisanje seoskih imanja na osnovu trampe“ – sa mnogo manje uspeha nego u Vojvodini. Ruralna komasacija je u posleratnoj Srbiji prvi put uređena 1974. Zakonom o arondaciji i komasaciji poljoprivrednog i šumskog zemljišta, koji se primenjivao sve do donošenja sada važećih propisa.

Od kraja Drugog svetskog rata do danas komasacija je sprovedena na oko 25% teritorije u Srbiji,¹⁰ što nije mnogo, ali su njeni rezultati impozantni: broj katastarskih parcela je, njihovim ukрупnjavanjem, smanjen za tri puta. Nezavisno od toga, zbog velike usitnjenosti parcela ona je i dalje neophodna na još mnogo hektara, o čemu govore procene iz 2018. prema kojima je samo u Vojvodini komasacija potrebna na još oko 800.000 ha.¹¹ Iako je ruralna komasacija proces koji traje više godina,¹² dinamika njenog sprovođenja kod nas na godišnjem nivou nekada je bila oko 3,5 puta veća nego danas.¹³ Njeno sprovođenje je najintenzivnije bilo 80-ih godina prošlog veka, a ruralna komasacija je privremeno zastavljena 1990. raspadom nekadašnje SFRJ, pa su do 2007. samo završavane već započete komasacije. Od 2006. pokrenuta su 43 komasaciona projekata, od kojih je do 2019. završeno svega pet.¹⁴

REGULATIVA RURALNE KOMASACIJE

Mogućnost i uslovi za oduzimanje i ograničavanje svojine uopšte, pa i putem komasacije, predviđeni su Ustavom (čl. 58) i Prvim protokolom uz Evropsku konvenciju o zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda (čl. 1). Na tim osnovama ruralna komasacija je danas kod nas uređena sa svega 17 članova IV poglavlja Zakona

¹⁰ Broj parcela je sa 2.085.649 smanjen na 727.017. Pored toga, povećana je površina kanalske mreže za 60% i putne mreže za 26%. Podaci preuzeti od: Dušan Vasiljević, Branko Radulović, Marija Babović, Saša Todorović, *Komasacija kao neiskorišćeni potencijal: efekti primene, prepreke i mogućí značaj komasacije poljoprivrednog zemljišta u Srbiji*, Beograd, 2018, 25.

¹¹ U Vojvodini je nakon 2006. ukрупnjavanjem prosečna veličina parcele uvećana sa 0,75 na 2,23 ha, a u užoj Srbiji sa 0,28 na 0,73 ha. Podaci preuzeti od: D. Vasiljević i dr., op. cit., 6–7.

¹² Prosečna komasacija u Srbiji traje oko četiri godine, ali ima i onih koje traju više od 10 godina, kao i komasacija koje decenijama ne otpočinju, iako je doneta odluka o njima. Postupak komasacije u Norveškoj traje dve do četiri godine, u Švedskoj pet do sedam godina, dok u Holandiji priprema za komasaciju traje oko 10 godina, a komasacija još toliko. Podaci preuzeti od: D. Vasiljević i dr., op. cit., 21.

¹³ Od 1955. do 1990. prosečno je komasirano 41.306 ha zemljišta godišnje, što od 2008. nadalje iznosi 12.500 ha. Rezultati istraživanja preuzeti od: D. Vasiljević i dr., op. cit., 9.

¹⁴ T. Veršinskas i dr., op. cit., 31.

o poljoprivrednom zemljištu iz 2006.¹⁵ (nadalje: ZPZ); a neka povezana pitanja reguliše i Zakon o državnom premeru i katastru.¹⁶

U mnogim državama ruralna komasacija je regulisana posebnim zakonima, znatno detaljnije nego u našem pravu, pa joj hrvatski zakonodavac, recimo, posvećuje 79 članova¹⁷ – što je gotovo pet puta više nego kod nas. Preporuka iz Vodiča FAO UN po ovom pitanju je da bi bilo poželjno ruralnu komasaciju urediti posebnim zakonima u svim državama.¹⁸ Kao argument u prilog te preporuke navodi se da bi regulisanje ruralne komasacije posebnim zakonom doprinelo sistematičnijem uređivanju ovog instituta i boljem razumevanju njegovog koncepta,¹⁹ a olakšalo bi i unošenje izmena u tu regulativu, koja po prirodi stvari zahteva neprestano usavršavanje. Alternativa ovoj preporuci je da se materija ruralne komasacije, u državama u kojima ona nije uređena posebnim zakonima ili je oskudno regulisana, detaljnije uredi podzakonskim aktima.²⁰ Odredbe o ruralnoj komasaciji bi, prema Vodiču FAO UN, trebalo tretirati kao *lex specialis* u odnosu na opšte odredbe drugih zakona koji uređuju određena pitanja koja se tiču i komasacije. Za komasaciju treba da važe specifični režimi i procedure,²¹ što je ponekad jedini način da se prevaziđu prepreke na terenu i ruralna komasacija uopšte sprovede – što će se iz daljeg teksta videti.

Konačno, u Vodiču FAO UN su utvrđeni i postulati na kojima treba da počivaju propisi o komasaciji država članica, a to su, u najkraćem:²² tokom komasacije se moraju poštovati osnovna ljudska prava, kao i legitimna prava zainteresovanih strana; ona treba da počiva na Nacionalnoj strategiji komasacije; treba uskladiti pravne akte koji uređuju oblasti povezane sa komasacijom sa komasacionim propisima;

¹⁵ *Službeni glasnik RS*, 62/06, 65/08, 41/09, 112/15, 80/17, 95/18. V. čl. 2, 27, 31–49, 73, 85 i 88 ZPZ.

¹⁶ Od značaja za komasaciju su odredbe ovog zakona, kojima se uređuje komasacioni premer i nadležnost Republičkog geodetskog zavoda za nadzor nad geodetskim radovima i katastarskim klasiranjem, bonitiranjem i komasacionom procenom zemljišta. Komasaaciju uređuju i podzakonski akti, od kojih su najvažniji: Uputstvo o načinu vršenja geodetsko-tehničkih radova i utvrđivanju vrednosti zemljišta u postupku komasacije (*Službeni glasnik SRS*, 3/77) i Pravilnik o katastarskom klasiranju i bonitiranju zemljišta (*Službeni glasnik RS* 63/14).

¹⁷ V. Zakon o komasaciji poljoprivrednog zemljišta iz 2015. Ovakve zakone imaju i Danska, Nemačka itd.

¹⁸ D. Vasiljević i dr., op. cit., 11. Primer detaljne regulative komasacije posebnim zakonom u regionu je npr. hrvatsko pravo. T. Veršinskas i dr., op. cit., 39–40.

¹⁹ T. Veršinskas i dr., op. cit., 38.

²⁰ *Ibidem*, 15.

²¹ *Ibidem*, 39.

²² *Ibidem*, 41.

regulativa komasacije treba da bude jednostavna, sveobuhvatna i bez preteranosti, praćena aktima za njeno sprovođenje, kao i da propiše vrstu komasacije koja se primenjuje i da je ona u javnom interesu; komasacione propise treba donositi uz konsultacije sa svim zainteresovanim subjektima.²³ Uz to, regulativa komasacije treba da bude u skladu sa Agendom 2030,²⁴ koja predviđa ciljeve održivog razvoja; i sa načelima Dobrovoljnih smernica o odgovornom upravljanju sticanjem, raspolaganjem i korišćenjem zemljišnih resursa, ribolovnim područjima i šumama u kontekstu nacionalne bezbednosti hrane.²⁵

Mišljenja smo da su navedeni postulati i preporuke Vodiča FAO UN ispravno postavljeni, da predstavljaju minimum standarda za ovu oblast i korisne smernice za uređivanje ruralne komasacije, pa bi ih svakako trebalo primeniti pri našem budućem regulisanju ove materije. Primenom ovih preporuka bili bi uglavnom otklonjeni i nedostaci, uočeni u domaćim propisima o komasaciji tokom istraživanja iz 2018, a to su: nedovoljno detaljna zakonska regulativa; zastarelost podzakonskih akata i preveliki broj koraka kod upisa prava u katastar nepokretnosti, što zahteva više vremena nego što je neophodno.²⁶

POJAM I CILJEVI RURALNE KOMASACIJE

Imajući u vidu sadržinu domaćih propisa, ruralnu komasaciju bismo mogli definisati kao agrarnu meru²⁷ države i pravno uređen postupak čiji je cilj poboljšanje

²³ Zainteresovane strane su fizička i pravna lica koja zastupaju određene javne i privatne interese, a na čija legitimna prava i/ili obaveze može uticati realizacija projekta komasacije. T. Veršinskas i dr., op. cit., 16.

²⁴ Ovu agendu su države članice UN usvojile 2015. godine i ona sadrži 17 ciljeva održivog razvoja i 169 povezanih potciljeva. Za dodatne informacije posetite internet stranicu UN: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>.

²⁵ Ove smernice usvojio je 2012. Komitet za bezbednost hrane u svetu (CFS). One služe kao referenca za unapređenje upravljanja sticanjem, raspolaganjem i korišćenjem zemljišnih resursa na osnovu međunarodne dobre prakse, a jedan njihov deo posvećen je i komasaciji (Poglavlje 13).

²⁶ T. Veršinskas i dr., op. cit., 31. Ostala dva nedostatka jesu: oklevanje ili nemogućnost učesnika da finansijski učestvuju u projektima komasacije, što se ogleda u nedostatku procedura praćenja, dugom roku za odlučivanje po žalbama, nedovoljnoj obučenosti članova opštinske Komisije za komasaciju i ograničenim kapacitetima geodetskih organizacija; i kašnjenja u odobravanju sredstava od strane nadležnih institucija, što dovodi do nemogućnosti za ugovaranje radova u skladu sa programom komasacije.

²⁷ Neki autori komasaciju smatraju agro-političkom (Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, 161), a drugi agro-tehničkom merom (R. Jelić, op. cit., Beograd, 2009, 33).

prirodnih i ekoloških uslova, uređenje i racionalnije korišćenje poljoprivrednog zemljišta.²⁸ Najčešći razlog za njeno sprovođenje je usitnjenost poseda na određenom području, tako da vlasnicima pripada više malih parcela, međusobno udaljenih, a često i nepravilnog oblika – što otežava njihovu efikasnu obradu. Komasaacija, kao specifičan oblik zemljišne reforme,²⁹ rešava ovaj problem sveobuhvatnom reorganizacijom postojećih parcela na području o kome je reč uz brisanje njihovih granica, tako što se sve one grupišu u jednu celinu, koja se naziva komasacionom masom; iz koje se zatim formiraju i istim licima raspodeljuju nove, ukрупnjene katastarske parcele,³⁰ pravilnijeg oblika i povoljnijeg položaja od ranijih.

Pored toga, razlog za komasaaciju³¹ može biti i neophodnost uređivanja agrarnog područja na druge načine, kao što su: izvođenje hidromelioracionih i protiverozionih radova; izgradnja nedostajućih poljskih puteva, infrastrukturnih i drugih objekata; uređenje vodotokova; i širenje građevinskog rejona. Kod nas su ruralna područja uglavnom nedovoljno uređena, pa se komasaacija obično vrši iz svih navedenih razloga zajedno, sa brojnim pozitivnim efektima.

Preporuka iz Vodiča FAO UN u pogledu ciljeva komasaacije,³² jeste da oni budu što širi i sveobuhvatniji, jasno i fleksibilno formulisani,³³ koncipirani u skladu sa konkretnom situacijom u jednoj državi. Osnovna svrha komasaacije jeste razvoj poljoprivrede i borba protiv usitnjenosti zemljišta, uz povećanje njegove ekonomske, socijalne i ekološke održivosti; ali je preporuka da komasaacija danas bude višenamenski instrument koji integriše poljoprivredni razvoj sa razvojem infrastrukture (npr. izgradnja auto-puta ili železnice), ciljevima u oblasti životne sredine, obnove prirode, ublažavanja efekata klimatskih promena, kao i socijalnim, ekonomskim i drugim ciljevima. Posebno je poželjno da ciljevi komasaacije budu u skladu i sa Agendom 2030 za održivi razvoj.³⁴ Da bi se ciljevima komasaacije dala pravna težina, preporučuje se da najvažniji od njih budu definisani upravo u zakonu koji uređuje komasaaciju; dok detaljnije prioritete i procedure

²⁸ Više o razlozima za sprovođenje ruralne komasaacije: Zoran Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2010, 188 i dr.

²⁹ Dragan Macanović, Katastar i potrebe za komasaacijom u Republici Srpskoj, *Tehnika – naše građevinarstvo*, br. 4, 2019, 503.

³⁰ Prosečna veličina parcela u Vojvodini je 0,75 ha, a u užoj Srbiji 0,28 ha. Poređenja radi, u Poljskoj, ta veličina je 2,99 ha; u Italiji 2,1 ha, u Španiji 2,3 ha. Podaci preuzeti od: D. Vasiljević i dr., op. cit., 6.

³¹ V. čl. 31 ZPZ.

³² T. Veršinskas i dr., op. cit., 50.

³³ *Ibidem*, 47.

³⁴ *Ibidem*, 5.

treba prepustiti podzakonskim aktima, jer ih je moguće jednostavno periodično revidirati bez izmena zakona.

Imajući u vidu ciljeve i razloge za sprovođenje ruralne komasacije koji su propisani u domaćem pravu i preporuke u pogledu načina formulisanja tih ciljeva iz Vodiča FAO UN možemo konstatovati da se oni u najvećoj meri podudaraju i da po ovom pitanju nije neophodna revizija domaćih rešenja. Iako je ZPZ donet znatno pre Vodiča FAO UN, naš zakonodavac je ispravno prepoznao komasaciju kao meru, koja je ima potencijal da se njome, pored agrarnih, realizuju i mnogi drugi ciljevi i funkcije u državi i društvu. Zato je, pored racionalnog korišćenja poljoprivrednog zemljišta, predviđeno da se u sklopu komasacije mogu rešavati i ekološki i infrastrukturni problemi, pa čak uticati i na širenje građevinskog rejona – što su široko postavljeni ciljevi, usklađeni sa preporukama.

FUNKCIJE RURALNE KOMASACIJE

Iz širokog spektra ciljeva ruralne komasacija proizilaze brojne funkcije koja ona ima. ZPZ ruralnu komasaciju definiše kao agrarnu, plansku, organizacionu, ekonomsku i pravnu meru³⁵ – pa ćemo detaljnije razmotriti navedene funkcije ovog instituta.

Agrarna funkcija komasacije. – Kao agrarna mera, komasacija rezultira dugoročnim povećanjem prinosa i podizanjem produktivnosti postojećeg obradivog zemljišta, jer se parcele bolje orijentišu, uređuje se putna i kanalska mreža, formiraju vetrozaštitni pojasevi, pa se smanjuje mogućnost erozije vodom i vetrom, pojava suša ili poplava, bujica i nanosa na parcelama. Smanjuju se troškovi poljoprivredne proizvodnje, jer se obezbeđuje pristup putevima za sve parcele,³⁶ efikasnija upotreba mehanizacije na ukрупnjenim parcelama, smanjenje razdaljine od parcela do domaćinstava koja ih obrađuju itd.³⁷ Komasaacijom se može povećati i površina obradivog zemljišta – kroz isušivanje močvara, krčenje zemljišta i razoravanje šiblja po međama,³⁸

³⁵ V. čl. 2 ZPZ.

³⁶ U Vojvodini je pre komasacija broj parcela bez pristupa javnom putu bio veći od 14%, a sada je 6%; dok je u centralnoj Srbiji bio 61%, a sada je 12% – što su cifre koje govore same za sebe. Povećana je dužina i širina puteva, a smanjeno je prelaženje preko tuđih parcela, čime se izbegava nanošenje štete, sporovi i narušavanje međuljudskih odnosa. D. Vasiljević i dr., op. cit., 7.

³⁷ Zahvaljujući komasaciji, troškovi gazdinstava za gorivo, seme i mehanizaciju smanjuju se za 30%, što umanjuje ukupne proizvodne troškove. D. Vasiljević i dr., op. cit., 7.

³⁸ D. Macanović, op. cit., 505.

Na ovaj način se doprinosi ostvarivanju jednog od podciljeva Agende 2030, a to je da se do 2030. udvostruči poljoprivredna produktivnost i prihodi malih proizvođača hrane.

Organizaciona i planska funkcija komasacije. – Povećavajući broj razloga zbog kojih se komasacija može sprovesti, zakonodavac širi njen fokus sa produktivnosti poljoprivredne proizvodnje na različite aspekte koji utiču na kvalitet života u ruralnim sredinama, pa ona postaje najobuhvatnija mera uređenja seoskih područja.³⁹ Tako se komasacijom, kao organizacionom i planskom merom, obezbeđuje grupisanje nepoljoprivrednog zemljišta u zasebnu celinu, što je korisno preuređenje komasiranog područja.⁴⁰ Obezbeđuje se i zemljište za javne namene, tj. za zajedničke potrebe u okviru komasirane regije i to bez sprovođenja eksproprijacije – putem oduzimanja od svake parcele određenog procenta zemljišta. To je za državu značajna ušteda, a stanovništvu život čini udobnijim, jer se mnoge usluge od opšteg interesa mogu dobiti u mestu življenja.

Kao pravna mera, komasacija obezbeđuje sledeće. – Besplatno uređivanje spornih svojinskopravnih odnosa na komasiranom zemljištu, što je za vlasnike posebna pogodnost (mada je ona u pravnoj teoriji kritikovana, jer se odstupa od redovne procedure za rešavanje imovinskih sporova);⁴¹ legalizaciju nelegalnih objekata na komasiranom području, ako ih ima; besplatan i brz upis novonastalih promena u katastar itd. Ako je katastar neažuran u pogledu faktičkih ili pravnih podataka, moguće je i njegovo osnivanje ili obnova po podacima komasacije – čime se dobija ažurna evidencija, u digitalnom obliku.^{42,43} Formalizovanjem prava na zemljištu neposredno se doprinosi i ostvarivanju potcilja 1.4. Agende 2030.⁴⁴

³⁹ Procenjuje se da oko 85% površine i 40% stanovništva Republike Srbije pripada ruralnim područjima. V. D. Vasiljević i dr., op. cit., 14–15.

⁴⁰ Tako nastaju: industrijske zone, tereni za igrališta, deponije, proširenje globalja...

⁴¹ Nerešeni imovinskopravni odnosi se rešavaju pred komisijom za komasaciju, a u cilju određivanja učesnika komasacije. Oni se utvrđuju na osnovu dokaza koji nisu provodivi u katastru (npr. njihove isprave nisu podobne za upis, jer nisu overene ili su u kopiji itd.). Na osnovu pravno-snažnog rešenja o raspodeli komasacione mase, svaki učesnik komasacije stiče svojinu na dodeljenom zemljištu. Procenjuje se da je oko 11% nepokretnosti u komasacionim područjima u sporu oko svojinskopravnih odnosa, koji bivaju razrešeni tokom komasacije bez troškova, zaključno sa upisom u katastar. Tako su isključeni troškovi advokata, notara, taksi, poreza na prenos apsolutnih prava itd. Navedeno prema: D. Vasiljević i dr., op. cit., 8.

⁴² D. Vasiljević i dr., op. cit., 13.

⁴³ D. Macanović, op. cit., 503.

⁴⁴ T. Veršinskas i dr., op. cit., 5.

Ekonomski i ostali benefiti komasacije. – Istraživanja pokazuju da komasacija rezultira i povećanjem dohotka, zaposlenosti, ekonomskog rasta i životnog standarda u ruralnim područjima; na kojima se stvaraju i uslovi za razvijanje uslužnih delatnosti, poboljšanje obrazovanja, zdravstvene zaštite, socijalnih usluga i uopšte kvaliteta života.⁴⁵ Zahvaljujući njoj je moguće i bolje upravljanje prirodnim resursima, unapređenje stanja životne sredine i nacionalne baštine.⁴⁶ Ukratko, ona postaje „mera kompletnog uređenja ruralnog područja, sa modifikovanim i proširenim ciljevima, kojima se postiže kompromis između zaštite životne sredine, estetskog i funkcionalnog uređenja prostora i intenzivne poljoprivredne proizvodnje“.⁴⁷

Nedostaci ruralne komasacije. – Pored očiglednih prednosti, komasacija ima i određene nedostatke. To su najpre troškovi njenog sprovođenja,⁴⁸ mada je njen krajnji skor, dugoročno gledano, pozitivan. Deo vlasnika smatra komasaciju nepravičnom zbog raspodele zemljišta kojom su pojedina domaćinstva oštećena, korupcije, protekcije itd.⁴⁹ Vlasnici su nezadovoljni i zato što umesto zemljišta koje je generacijama bilo njihovo dobijaju parcelu koju ne poznaju, pa bez obzira što je njena vrednost slična, a često i veća od ranije – ova mera ostavlja dubok trag u lokalnim zajednicama, kao i u svesti pojedinačnih učesnika, koji nije pozitivan.⁵⁰

VRSTE RURALNE KOMASACIJE

Na osnovu analize situacije u pravnim sistemima različitih država, Vodič FAO UN poznaje nekoliko vrsta ruralne komasacije.

Prema broju ciljeva koji se njome postižu, ruralna komasacija se deli na sledeće. – *Jednonamensku*, koja ima samo jedan cilj, a to je razvoj poljoprivrede i – *više-namensku*, kojom se postiže više različitih ciljeva, o kojima je bilo reči u prethodnom delu rada. Preporuka Vodiča FAO UN je koncipiranje ruralne komasacije kao višenamenske, što je kod nas i primenjeno.

⁴⁵ D. Macanović, op. cit., 503.

⁴⁶ D. Vasiljević i dr., op. cit., 13.

⁴⁷ *Ibidem*, 14.

⁴⁸ Procenjuje se da su najskuplji: rad komasacione komisije, geodetski radovi, krčenje zemljišta, kao i izgradnja kanalske i putne mreže.

⁴⁹ Prema istraživanjima (D. Vasiljević i dr., op. cit., 91), 41,5% ispitanika na osnovu iskustava sa komasacijom ocenjuje da je ona pravično sprovedena u njihovoj sredini; 37,3% nije moglo da proceni; dok 21,1% smatra da to nije slučaj i to zbog: nepravedne raspodele zemljišta (57,4%); korupcije ili protekcije (36,2%) i drugih razloga (6,4%).

⁵⁰ D. Vasiljević i dr., op. cit., 17.

Drugi kriterijum za podjelu ruralne komasacije na vrste. – Pitanje je da li se ona sprovodi uz saglasnost vlasnika parcela na području koje obuhvata. U tom smislu moguće je govoriti o dobrovoljnoj, većinski usaglašenoj i obaveznoj komasaciji.⁵¹ Kod *dobrovoljne komasacije* svi vlasnici parcela u okviru komasacionog područja svojevolumno odlučuju da unesu svoje zemljište u komasacionu masu, a odgovarajuće javno telo tada samo usvaja plan komasacije. O *većinski usaglašenoj komasaciji*⁵² se radi kada zakonom predviđena kvalifikovana većina vlasnika parcela odobri plan komasacije, a odgovarajuće javno telo donese odluku o njenom sprovođenju koja obavezuje sve vlasnike sa komasacionog područja. Kod *obavezne komasacije* vlasnici parcela sa komasacionog područja nemaju pravo glasa o planu komasacije, koji usvaja nadležni organ.

U jednoj državi u primeni može biti samo jedan⁵³ ili više modela komasacije,⁵⁴ koji se mogu kombinovati zavisno od konkretnih okolnosti, a preporuka Vodiča FAO UN je da se obavezna komasacija izbegava, a ako se i primenjuje da se zasniva na konsultacijama sa subjektima na koje će komasacija uticati.

U našem pravu osnovni model komasacije jeste obavezna komasacija. – To je suprotno preporuci Vodiča FAO UN. Za učesnike komasacije je predviđena mogućnost da budu uključeni u njeno sprovođenje kroz formiranje odbora za komasaciju,⁵⁵ ali je to u praksi nedovoljno zastupljeno. Stoga je ruralna komasacije kod nas ipak u potpunosti prinudna mera, pa je ovo jedno od pitanja na čijoj izmeni treba raditi.

ZPZ kao institut srodan komasaciji uređuje i *dobrovoljno ukрупnjavanje parcela*,⁵⁶ koje ima tri razlike u odnosu na obaveznu komasaciju: 1) vrši se na predlog najmanje 10 privatnih vlasnika; ili jednog vlasnika zemljišta u državnoj svojini; ili ako se utvrdi da za to postoje opravdani razlozi; 2) moguće je samo radi racionalnijeg korišćenja zemljišta, pa se drugi ciljevi na ovaj način ne mogu realizovati; 3) postupak se pokreće odlukom skupštine jedinice lokalne samouprave. Iako se naziva dobrovoljnim, jasno je da je ovakvo ukрупnjavanje parcela

⁵¹ T. Veršinskas i dr., op. cit., 18.

⁵² Više o tome: D. Vasiljević i dr., op. cit., 22.

⁵³ U Litvaniji npr. postoji samo dobrovoljna komasacija. Podatak preuzet od: T. Veršinskas i dr., op. cit., 27.

⁵⁴ U Nemačkoj npr. postoji mogućnosti za sprovođenje komasacije primenom pet različitih postupaka: standardna komasacija; dobrovoljna razmena zemljišta; komasacija za sprovođenje velikih javnih projekata; pojednostavljena komasacija; i ubrzana komasacija. U praksi, uglavnom se sprovede prve tri vrste komasacije. T. Veršinskas i dr., op. cit., 27.

⁵⁵ V. čl. 37 ZPZ.

⁵⁶ V. čl. 48 ZPZ.

nezavisno od volje vlasnika koji je nisu predložili, a čije će parcele takođe obuhvatiti, tako da se ovde zapravo radi o modalitetu obavezne komasacije. Pošto se pokreće na predlog fiksnog broja od najmanje 10 vlasnika, ovde ne može biti reč ni o većinski usaglašenoj komasaciji, po kojoj komasaciju podržava zakonom propisana kvalifikovana većina vlasnika – izuzev ako nije u pitanju tako malo područje, na kome 10 vlasnika čini kvalifikovanu većinu.

OSNOV RURALNE KOMASACIJE

Kod komasacije postoji isprepletanost javnopravnih i privatnopravnih elemenata, pa se kod ovog instituta, kao i kod eksproprijacije, može razlikovati javnopravni osnov (i postupak sprovođenja) od njegovog građanskopravnog dejstva.⁵⁷ Osnov i pravno objašnjenje komasacije uopšte, pa i ovog njenog oblika jeste opšti interes. Iako postoje određena poklapanja u značenju termina opšti i javni interes, jasno je da oni ipak nisu sinonimi; pa je zanimljivo da zakonodavac za dva oblika istog instituta koristi različite termine za definisanje njihovog osnova: kod ruralne komasacije koristi termin opšti interes, a kod urbane komasacije termin javni interes – čini se u istom značenju.

Izraz opšti interes je pravni standard, čije značenje zavisi od konkretnog sociopolitičkog konteksta,⁵⁸ a smatra se da njegovo utvrđivanje znači *procenu da li je očekivana korist za društvo od izmene postojećeg načina upotrebe određene nepokretnosti veća od koristi koja se postiže njenom dosadašnjom upotrebom*.⁵⁹ Reč je o koristi za sve ili većinu građana kroz pravne i faktičke radnje javne vlasti.⁶⁰ Za razliku od eksproprijacije, kod koje postojanje javnog interesa po pravilu utvrđuje Vlada u svakom konkretnom slučaju u kome ona bude predložena,⁶¹ a na osnovu parametara predviđenih Zakonom o eksproprijaciji – ruralna komasacija je samim zakonom koji je uređuje⁶² proglašena opštim interesom Republike Srbije. Mišljenja smo da je ovo ispravno opredeljenje zakonodavca, jer iz unapred definisanih ciljeva

⁵⁷ L. Marković, *Građansko pravo, knj. 1, Opšti deo i Stvarno pravo*, Beograd, 1927, 434.

⁵⁸ Radoslava Mađarov, Naknada za oduzetu imovinu u javnom interesu bez sprovođenja postupka eksproprijacije, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 1, Beograd, 2022, 136.

⁵⁹ R. Jelić, op. cit., 62.

⁶⁰ R. Mađarov, op. cit., 136.

⁶¹ Više o tome: Nina Planojević, „Eksproprijacija kao preduslov za pružanje usluga od opšteg interesa“, *Zbornik radova međunarodnog naučnog skupa „Pravna regulativa usluga u nacionalnim zakonodavstvima i pravu Evropske unije“* (ur. Vujisić D.), Kragujevac, 2023, 269–286.

⁶² V. čl. 2 i 31 ZPZ.

komasacije proizilazi da je korist za društvo od izmene postojećeg načina upotrebe poljoprivrednih parcela, u smislu njihovih granica i strukture, neosporno veća od njihove dosadašnje upotrebe. Stoga nema potrebe da opšti interes u svakom konkretnom slučaju utvrđuje poseban organ kao kod eksproprijacije, što postupak komasacije čini i bržim od eksproprijacionog postupka.

Na ovaj način je ispunjena i jedna od preporuka iz Vodiča FAO UN, prema kome bi opšti značaj komasacije trebalo da bude preveden u zakonsku kategoriju javnog interesa, što s pravnog stanovišta daje snažan temelj ovom institutu.⁶³

Za razliku od eksproprijacije, čija je funkcija rešavanje sukoba opšteg i pojedinačnog interesa na određenoj lokaciji, kod komasacije su ovi interesi obično u skladu: racionalnija poljoprivredna proizvodnja i uređenje prostora je opšti interes,⁶⁴ koji se poklapa sa interesom vlasnika da efikasnije obrađuje zemljište i bolje živi. Načelna usklađenost opšteg sa pojedinačnim interesom, međutim, ne menja činjenicu da je komasacija kod nas prinudna mera, koja će biti sprovedena i nezavisno od vlasnikove volje.

PRAVNA DEJSTVA RURALNE KOMASACIJE

Dejstva ruralne komasacije, za razliku od njenog osnova, nisu javnopravna, već su građanske, stvarnopravne prirode.

Primarna stvarnopravna posledica ruralne komasacije je prinudno⁶⁵ *oduzimanje svojine* vlasnicima katastarskih parcela na određenom području, iz prethodno iznetih razloga; uz naknadu u naturi, tj. *dodeljivanje u svojinu* novih, ukрупnjениh parcela istim licima. Komasaacija pogađa sve vlasnike katastarskih parcela na jednom području, a efekat ukрупnjavanja se odnosi samo na one, koji poseduju dve ili više manjih parcela. Obično su predmet komasacije parcele u privatnoj svojini, ali to mogu biti i one, na kojima postoje drugi svojinski oblici (javna, zadružna), a kao naturalna naknada se uvek dobija parcela u onom obliku svojine koji je oduzet.

Navedena dejstva ruralne komasacije u domaćem pravu su u skladu sa preporukom iz Vodiča FAO UN prema kojoj ruralna komasaacija treba da obuhvati

⁶³ T. Veršinskas i dr., op. cit., 38 i 41.

⁶⁴ Nikola Gavella i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, 358; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit., 162, fusnota 317.

⁶⁵ U praksi je bilo pokušaja odlučivanja o komasaciji na referendumu, ali on nije bio uspešan, usled čega se od nje odustalo na duži niz godina, ali je ideja o tome naknadno obnovljena. Podaci preuzeti od: D. Vasiljević i dr., op. cit., 6.

V. čl. 31 ZPZ.

parcele i u javnoj i u privatnoj svojini, svejedno da li je u ulozi vlasnika fizičko, pravno lice ili sama država.⁶⁶ Mišljenja smo da su dejstva komasacije u našem pravu, ali i dejstva preporučena Vodičem FAO UN ispravno postavljena i da su zapravo diktirana suštinom komasacije, za koju je ključno ostvarivanje njenih ciljeva koji su od opšteg interesa, dok je svojinski oblik parcele u drugom planu.

Do opisanih stvarnopravnih posledica ruralne komasacije dolazi odlukom odgovarajućeg organa javne vlasti. Ona je kod nas prinudna mera, pa do promena u vidu prestanka svojine na jednoj i uspostavljanja svojine na drugoj parceli dolazi protiv, odnosno nezavisno od vlasnikove volje. Svojina na dodeljenim parcelama nastaje originarno,⁶⁷ jer je ključno to što je u opštem interesu da se poljoprivredno zemljište na određenom području uredi na nov način, uz formiranje ukрупnjenih parcela drugačijih svojstava od postojećih, a irelevantno je ko je bio njihov vlasnik.⁶⁸ Svojina na novoformiranoj parceli se ne izvodi iz prava prethodnika, niti je u činjeničnom stanju njenog sticanja bitno da je prethodnik bio vlasnik zemljišta o kome je reč.

Prestanak svojine na jednoj i njeno sticanje na drugoj, novoformiranoj parceli se dešava časom pravnosnažnosti rešenja o komasaciji,⁶⁹ na osnovu koga se vrši i primopredaja njihove državnine.⁷⁰ To rešenje je osnov i za upis svojine u katastar nepokretnosti,⁷¹ a upis je, kao i za druga originarna sticanja, deklarativnog karaktera.

Dok eksproprijacija uzrokuje promenu titulara, oblika svojine i namene nepokretnosti; kod komasacije se kroz specifičnu proceduru menja samo vlasnikov konkretan svojinski objekat, čak i bez promene njegove vrste – što je posledica različitih ciljeva ovih instituta. Neosporno je da bi se ciljevi komasacije mogli ostvariti i primenom eksproprijacije, ali su prednosti komasacije nad eksproprijacijom brojne, pre svega zato što se imovinski odnosi učesnika rešavaju brže i sa manje troškova; nema dugotrajnih upravnih i sudskih postupaka koji karakterišu eksproprijaciju,⁷² a smatra se i da je socijalno pravednija, jer omogućava uređenje

⁶⁶ T. Veršinskas i dr., op. cit., 69.

⁶⁷ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, Beograd, 1980, 166; R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit., 161; N. Gavella i dr., op. cit., 358.

⁶⁸ Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1999, 128.

⁶⁹ N. Gavella i dr., op. cit., 358.

⁷⁰ Za čas predaje državnine vezuje se i prestanak prethodne i nastanak nove poreske i drugih obaveza vlasnika (v. čl. 46 ZPZ).

⁷¹ D. Macanović, op. cit., 503.

⁷² D. Vasiljević i dr., op. cit., 6.

zemljišta uz očuvanje svojine.⁷³ Stoga je opšte mišljenje da komasaciju treba popularizovati, kao meru sa višestruko pozitivnim uticajem na teritoriju i društvo.⁷⁴

Sa prestankom svojine na oduzetoj parceli, kao primarnom dejstvu komasacije, otvara se pitanje sudbine stvarnih prava kojima je ona bila opterećena. Za razliku od urbane komasacije,⁷⁵ kod koje su dalja sudbina ovih prava i položaj njihovih titulara zakonom regulisani, kod ruralne komasacije ovo pitanje nije uređeno.

Vodič FAO UN, međutim, ovom pitanju poklanja posebnu pažnju, uz načelnu preporuku da zakonom treba najpre predvideti mehanizme kojima bi poštovanje stvarnih prava trećih lica na oduzetim parcelama bilo osigurano; a ako to nije moguće, pa ona moraju prestati, da se obezbedi naknada za pretrpljeni gubitak. U Vodiču FAO UN su zatim izneti konkretni predlozi za postupanje sa svakim takvim pravom ponaosob.

Ako je komasirana parcela bila opterećena *hipotekom*, preporuka je da zakonom bude predviđeno njeno prenošenje na novu parcelu koja je dodeljena vlasniku (hipotekarnom dužniku) i to bez saglasnosti hipotekarnog poverioca, s tim da vrednost nove parcele ne sme biti niža od vrednosti oduzete i da nema drugih negativnih uticaja na interese hipotekarnog poverioca. Ta preporuka znači da hipoteka kod komasacije ne prati parcelu, već njenog vlasnika i da se ona „relocira“ uz nadzor organa koji sprovodi komasaciju i u skladu sa načelom da je hipotekarnom poveriocu „makar isto toliko dobro kao što je bilo“ – kako se navodi u Vodiču FAO UN.⁷⁶ Mišljenja smo da je navedeno rešenje, koje je već primenjeno u mnogim državama, prihvatljivo i za naše pravo. Ovde je zapravo reč o zakonskoj realnoj subrogaciji, koja je kod nas već predviđena za situaciju kada je eksproprijaciona naknada u naturi.

Što se tiče *stvarnih službenosti*, prema Vodiču FAO UN njihova sudbina zavisi od vrste službenosti i konkretne situacije, jer neke službenosti nakon raspodele komasacione mase više neće biti potrebne, druge će i novi vlasnik parcele morati da poštuje (posebno tzv. nužne službenosti), a na nekim parcelama će biti ustanovljene i nove, dotad nepostojeće službenosti (što zavisi od situacije na povlasnom dobru). U vezi *ličnih službenosti* preporuka iz Vodiča FAO UN je da zakonodavci treba da predvide njihovo ukidanje na parceli koju su opterećivale kao pravilo, uz mogućnost njihovog ponovnog konstituisanja na novododeljenoj parceli, ako to

⁷³ Miroslav Lazić, Svojinjski režim na građevinskom zemljištu i urbana komasacija, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 76, Niš, 2017, 360.

⁷⁴ D. Vasiljević i dr., op. cit., 11.

⁷⁵ V. čl. 108b Zakona o planiranju i izgradnji.

⁷⁶ T. Veršinskas i dr., op. cit., 122.

titulari žele.⁷⁷ Mišljenja smo da su obe preporuke iz Vodiča FAO UN prihvatljive za naše pravo, jer su u skladu sa prirodom ovih stvarnih prava. Ostaje jedino otvoreno pitanje naknada, kako novim vlasnicima poslužnih dobara, koji umesto parcele koja nije dobijaju parcelu koja jeste opterećena stvarnom službenošću; tako i titularu lične službenosti, za koga njeno konstituisanje na novoj parceli ne bude prihvatljivo i ko treba da naknadu plati. Pošto se ova pitanja mogu rešiti na različite načine, smatramo da bi bilo poželjno i njih urediti našim novim propisima, kako u praksi ne bi bilo nedoumica.

Pošto se u mnogim državama veliki deo poljoprivrednog zemljišta koristi i po osnovu zakupa, Vodič FAO UN njegovoj sudbini pri sprovođenju komasacije poklanja posebnu pažnju. On pravi razliku između: *kratkoročnog zakupa* do dve godine, čije bi isticanje trebalo sačekati pre oduzimanja parcele i omogućiti zakupcu završetak poljoprivredne sezone, i *dugoročnog zakupa*, koga pri komasaciji treba poštovati ili bar o njegovoj sudbini pregovarati uz učešće starog i novog vlasnika parcele i zakupca. Smatra se da bi trebalo naći način da dugoročni zakupci budu uključeni u planiranje raspodele komasacione mase – što zahteva stabilan i funkcionalan sistem zakupa u jednoj državi. Ako nije tako, od zakupaca se može tražiti da poštuju odluku vlasnika zemljišta i nastave zakup na novim parcelama; ili da dobiju naknadu za raskid zakupa, koju treba da plati trenutni vlasnik zemljišta.⁷⁸ Mišljenja smo da bi procenu o prihvatljivosti ovog rešenja u našem pravu trebalo napraviti nakon utvrđivanja u kojoj je meri dugoročni zakup zemljišta kod nas rasprostranjen.

Konačno, prema Vodiču FAO UN kod *pravo preče kupovine* bi trebalo napraviti razliku između zakonske preče kupovine, čije bi ukidanje trebalo predvideti ako onemogućava realizaciju komasacije; i ugovornog prava preče kupovine, koje se mora poštovati, pa planiranje raspodele parcela treba izvršiti u skladu sa njim ili nastojati da dođe do njegovog sporazumnog ukidanje⁷⁹ – što smatramo adekvatnim preporukama prihvatljivim i za naše pravo.

PREDMET RURALNE KOMASACIJE

Ruralna komasacija se sprovodi u vidu projekta, pa se ne primenjuje na celokupnu teritoriju države ili regiona istovremeno, već se identifikuje područje na kome je sprovođenje komasacije najpotrebnije i najefikasnije.⁸⁰ Njen predmet su

⁷⁷ T. Veršinskas i dr., op. cit., 122–123.

⁷⁸ *Ibidem*, 72.

⁷⁹ *Ibidem*, 124.

⁸⁰ *Ibidem*, 15.

sve katastarske parcele na komasacionom području, koje čini katastarska opština ili njen deo.⁸¹ Iako se vrši radi racionalnijeg korišćenja poljoprivrednih parcela, neizbežno je da usled ukрупnjavanja komasacijom budu pogođena i šumska i građevinska zemljišta.⁸² Oduzeta zemljišta čine komasacionu masu, koja se u našem pravu utvrđuje na osnovu podataka iz katastra nepokretnosti ili faktičkog stanja, ako se ono razlikuje od katastarskog.⁸³ Reč je o rešenju koje je u pravnoj teoriji kritikovano kao teško prihvatljivo;⁸⁴ ali je ono, imajući u vidu okolnosti u vreme donošenja ZPZ, pre bilo posledica činjenice da su zemljišni registri kod nas bili u toj meri neažurni da su onemogućavali komasaciju, nego intencije da se faktičkom stanju da prednost nad katastarskim – što u normalnim okolnostima ne bi bilo najbolje rešenje.

Međutim, zanimljivo je da se preporuka iz Vodiča FAO UN po ovom pitanju u mnogim segmentima podudara sa rešenjem sadržanim u ZPZ, pa bi prema njoj bilo poželjno da se komasacijom obuhvate ne samo parcele čiji su vlasnici upisani u odgovarajuće registre, već i parcele vlasnika koji nisu upisani, a ispunjavaju uslove za to. Preporučuje se da treba otići i korak dalje, pa propisima o komasaciji omogućiti da deo komasacione mase budu i parcele na kojima je svojina stečena originarno, najčešće održajem, iako to nije utvrđeno na način, predviđen drugim zakonima, da bi mogao da bude izvršen upis ove činjenice. Ova preporuka je i ilustracija za situaciju kada bi propis o komasaciji imao svojstvo *lex specialisa* u odnosu na opšta pravila, o čemu je bilo reči na početku ovog rada. Ista preporuka važi i za parcele čiji su vlasnici nepoznati ili nedostupni,⁸⁵ koje su napuštene, za koje nisu okončani ili čak nisu ni pokrenuti ostavinski postupci, a parcele su u posedu lica koja bi trebalo da budu naslednici.⁸⁶ Prema Vodiču FAO UN propisi o komasaciji bi trebalo da definišu i da li parcele koje su predmet imovinskopravnih sporova mogu da budu deo projekta komasacije,⁸⁷ što prema opštim pravilima ne bi bilo prihvatljivo, ali što su situacije koje su u praksi česte i koje bi mogle ne samo da ometaju, već i da onemoguće sprovođenje komasacije.⁸⁸ Konačno, proces

⁸¹ V. čl. 32 ZPZ.

⁸² Za razliku od nekadašnjih, sadašnji zakon ne predviđa mogućnost izuzimanja nekih parcela.

⁸³ V. čl. 33 i 45 ZPZ.

⁸⁴ Iva Tuhtan Grgić, „Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2011, 638–640.

⁸⁵ T. Veršinskas i dr., op. cit., 75.

⁸⁶ *Ibidem*, 71.

⁸⁷ *Ibidem*, 124.

⁸⁸ *Ibidem*, 71.

komasacije bi prema Vodiču FAO UN trebalo da bude i „rodno osetljiv“ u smislu da omogući upis oba supružnika ili vanbračna partnera kao vlasnike na novododeljenoj parceli, iako je na komasacijom oduzetoj parceli kao vlasnik bio upisan samo jedan od njih – što je prihvatljiva ideja.⁸⁹

S obzirom na to da je kod nas predmet upisa u katastar nepokretnosti i država u zakonom predviđenim slučajevima, sprovođenje komasacije će biti znatno olakšano u mnogim od navedenih situacija, a smatramo prihvatljivim da se mnoge od iznetih preporuka Vodiča FAO UN unesu i u naše nove propise o komasaciji. U ovom trenutku, odredba ZPZ po kojoj se komasaciona masa utvrđuje na osnovu podataka iz katastra nepokretnosti ili faktičkog stanja, ako se ono razlikuje od katastarskog „pokriva“ mnoge od navedenih preporuka iz Vodiča FAO UN.

KOMASACIONA NAKNADA

Naknada za oduzetu nepokretnost je njen najvažniji element, kako s tačke gledišta učesnika komasacije, tako i načela pravne sigurnosti, jer način njenog odmeravanja oslikava odnos jedne države prema svojini. Cilj naknade je da restituiše vrednost svojinske pozicije komasacijom pogodenih vlasnika u najvećoj mogućoj meri.⁹⁰

Oblik naknade. – Dok je kod eksproprijacije naknada po pravilu novčana, kod komasacije je ona u naturalnom obliku⁹¹ – što je posledica njenog primarnog cilja da se parcele ukрупne i naselja uredi, bez promene namene zemljišta. Da novčana naknada ne bi obesmisllila taj cilj, umesto oduzetih vlasniku se dodeljuje isti oblik svojine na novim, većim i pravilnijim poljoprivrednim parcelama.⁹² I Vodič FAO UN prepoznaje svrhu komasacije, koja se sastoji u sveobuhvatnom restrukturiranju zemljišta u određenom području, kao ključni faktor koji diktira naturalni oblik komasacione naknade,⁹³ pa takav vid naknade i preporučuje.

Subjekat prava na naknadu je bivši vlasnik oduzete parcele. – Prema sudskoj praksi on kod eksproprijacije ima pravo na naknadu nezavisno od toga da li je upisan u katastar nepokretnosti,⁹⁴ što bi moglo da važi i za komasacionu naknadu, jer ova dva instituta imaju određenih sličnosti, i jer se, kao što se iz prethodnih

⁸⁹ T. Veršinskas i dr., op. cit., 36.

⁹⁰ D. Stojanović, op. cit., 9.

⁹¹ Više o obliku naknade: Nina Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, 89–90.

⁹² V. čl. 40, st. 2 ZPZ.

⁹³ V. T. Veršinskas i dr., op. cit., 9.

⁹⁴ Navedeno prema: R. Jelić, op. cit., 98.

poglavlja rada moglo videti, komasacija može sprovesti i na parcelama, čiji držalac nije upisan kao vlasnik.

Visina naknade. – U našem pravu osnovni kriterijumi za određivanje naturalne komasacione naknade su da svako iz komasacione mase dobije zemljište iste vrednosti, kulture, udaljenosti, položaja i približno jednakih mogućnosti obrade⁹⁵ u odnosu na oduzeto – što su adekvatni principi raspodele. Moguće je da raspodelom vlasniku pripadne i neka od parcela koje su mu prethodno oduzete.⁹⁶

Vodič FAO UN nešto šire definiše načela komasacije⁹⁷ i svako od njih direktno ili indirektno utiče na način odmeravanja komasacione naknade. Ta načela su: poštovanje i zaštita na zakonu zasnovanih pravnih interesa učesnika komasacije; načelo „makar isto toliko dobro kao što je bilo“; održivost i zaštita životne sredine; konsultovanje i učešće svih zainteresovanih lica tokom komasacione procedure; transparentnost postupka komasacije; i rodna ravnopravnost. Čini se da se načelo „makar isto toliko dobro kao što je bilo“ u najvećoj meri poklapa sa principima za odmeravanje komasacione naknade iz ZPZ; ali bi i ostala načela komasacije iz Vodiča FAO UN trebalo uvrstiti u naše buduće propise iz ove oblasti. Konačni rezultat komasacije i realizovane naknade bi, prema Vodiču FAO UN, trebalo da bude uručenje svim njenim učesnicima lista nepokretnosti, u koji su upisana njihova prava svojine na novim parcelama.⁹⁸

Razlika u vrednosti i površini oduzetih i dodeljenih parcela. – Ponekad je neminovna i nadoknađuje se u novcu (kako niko ne bi bio obogaćen ili osiromašen); ali po ZPZ ta razlika ne može biti manja ni veća od 10% vrednosti, ni od 20% površine starih i novih parcela (gde je uključeno i umanjenje za zemljište za zajedničke potrebe)⁹⁹ – osim u slučaju drugačijeg sporazuma. Reč je o ispravnom ograničenju, jer je u pitanju neplanirana novčana doplata koju isplaćuju određeni vlasnici, a čija visina proporcionalno raste sa veličinom poseda. U ovoj situaciji se naturalna i novčana naknada kombinuju na neki način, ali komasaciona naknada nikada nije samo novčana.¹⁰⁰

⁹⁵ V. čl. 40, st. 1 ZPZ.

⁹⁶ R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, op. cit., 162.

⁹⁷ T. Veršinskas i dr., op. cit., 51.

⁹⁸ *Ibidem*, 52.

⁹⁹ V. čl. 42 ZPZ.

¹⁰⁰ Prema ranijim propisima, samo ako je učesnik komasacije bio poljoprivrednik, naknada je bila u naturi. Više o tome: Ilija Babić, Radenko Jotanović, *Građansko pravo, knj. 2 – Stvarno pravo*, Banja Luka, 2020, 184.

I u Vodiču FAO UN je konstatovano da je često nemoguće da vlasnik zemljišta primi jednu ili više novih parcela čija je vrednost i površina identična parcelama koje su mu oduzete. Razlog za to su fizičke prepreke na terenu, kao i manje korekcije u cilju usklađivanja plana komasacije sa stanjem na terenu. Preporuka Vodiča FAO UN je da se propisima o komasaciji definiše maksimalni procenat odstupanja, preko koga se mora dati naknada na osnovu ishoda sprovedene komasacione procene¹⁰¹ – što je uglavnom u skladu sa onim što je našim propisima predviđeno.

Generalno, preporuka Vodiča FAO UN je da sprovođenje komasacije treba predvideti kao deo javnih investicija u poljoprivredni i ruralni razvoj, bez finansijskog učešće vlasnika zemljišta,¹⁰² jer u najvećem broju država to nije izvodljivo usled njihove ekonomske situacije. Uz to, ona je u javnom interesu, što je razlog više da komasacija bude besplatna za njene učesnike.¹⁰³

Formiranje površina za javne namene iz komasacionih masa. – Jedan od razloga za razliku u vrednosti između oduzetih i dodeljenih parcela jeste i činjenica da se iz komasacione mase često moraju formirati dotad nedostajuće površine za javne namene (poljski putevi, sistem hidromelioracije, zemljište za komunalne potrebe itd.), kako bi komasirano područje moglo adekvatno da funkcioniše. To znači da se komasaciona masa zapravo deli na dva dela: 1) na površinu za zajedničke potrebe, koja će biti u javnoj svojini; i 2) površinu za formiranje novih katastarskih parcela, koje se dodeljuju vlasnicima na ime naturalne naknade za komasacijom oduzete parcele. Zemljište oduzeto za izgradnju objekata za potrebe naselja, prema našim propisima,¹⁰⁴ učesnici komasacije obezbeđuju sami tako što se svakom od njih oduzima izvestan procenat zemljišta, srazmerno površini i vrednosti parcela unetih u komasacionu masu; i nemaju pravo na naknadu za to.

Preporuka Vodiča FAO UN, je međutim, da se odbijeni procenat vrednosti zemljišta, neophodnog za javne namene kada javno zemljište nije raspoloživo, mora kompenzovati svakom vlasniku. Naknadu je moguće odmeriti na dva načina: u novcu, na osnovu procene vrednosti odbijene površine, kao u slučaju dodele manje parcele u odnosu na oduzetu, o čemu je bilo reči; ili – kompenzacijom vlasnikovog gubitka sa dobitkom, kada on dobije zamensku parcelu manje površine, ali veće vrednosti usled sprovedene komasacija i benefita koje ona sobom nosi.¹⁰⁵

¹⁰¹ T. Veršinskas i dr., op. cit., 139–140.

¹⁰² Više o tome u srpskim propisima kroz vreme: *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (odeljak pod naslovom „Komasacija“), Beograd, 1978, 729–732.

¹⁰³ T. Veršinskas i dr., op. cit., 143.

¹⁰⁴ V. čl. 38 ZPZ.

¹⁰⁵ T. Veršinskas i dr., op. cit., 140.

Iz navedenog proizilazi da domaće rešenje prema kome se u ovakvoj situaciji ne dodeljuje naknada nije u skladu sa preporukom Vodiča FAO UN i da bi ga trebalo korigovati. Čini se da rešenje ZPZ o kome je reč polazi od pretpostavke da će zamenska parcela uvek imati veću vrednost iako je površinski manja od oduzete, zbog sprovedene komasacije, što ne mora uvek biti slučaj.

ZAKLJUČAK

Na osnovu svega u radu iznetog najpre bismo konstatovali da je ruralna komasacija značajan pravni institut, koji je mnogo više od agrarne mere koja vodi ukрупnjavanju parcela i racionalnijem korišćenju poljoprivrednog zemljišta. Ona ima brojne i raznovrsne funkcije u državi i društvu, nema ideološka obeležja i neopravdano je zanemarena u domaćoj teoriji i praksi, usled čega naša privreda trpi značajnu štetu – što je potvrđeno i nedavno okončanim istraživanjima koja su kod nas na ovu temu sprovedena. Pošto je kao jedan od ključnih faktora ovakvog stanja označen i neadekvatan pravni okvir ruralne komasacije, Organizacija za hranu i poljoprivredu Ujedinjenih nacija je 2022. godine prevodom Pravnog vodiča za komasaciju na srpski jezik dala svoj doprinos i smernice za njenu bolju buduću regulativu i reafirmaciju u Srbiji. Na osnovu poređenja naših pozitivnopravnih rešenja sa preporukama iz ovog vodiča došli smo do sledećih rezultata.

Ruralnu komasaciju u domaćem pravu trebalo bi znatno obimnije, detaljnije i sistematičnije urediti posebnim zakonom, sa pratećim podzakonskim aktima, jer je njena sadašnja regulativa u okviru Zakona o poljoprivrednom zemljištu sa svega 17 članova nedovoljna. To bi trebalo učini poštujući načela i postulate za uređivanje ruralne komasacije iz Vodiča FAO UN, o kojima je bilo reči.

U domaćem pravu su ciljevi ruralne komasacije ispravno i široko postavljeni, u potpunosti u skladu sa preporukama iz Vodiča FAO UN, što omogućava da komasacija bude ne samo agrarna, već i ekonomska, planska, organizaciona i pravna mera, sa brojnim funkcijama i pozitivnim efektima.

Naš pravni sistem poznaje samo obaveznu komasaciju, koja predstavlja prinudnu meru države, što je u suprotnosti sa preporukom iz Vodiča FAO UN da primarni oblik komasacije treba da bude dobrovoljna ili bar većinski usaglašena komasacija.

Ruralna komasacija je samim zakonom koji je uređuje proglašena opštim interesom Republike Srbije, što ubrzava njeno sprovođenje, jer nema potrebe da njegovo postojanje bude utvrđivano u svakom konkretnom slučaju, kao što je to slučaj kod eksproprijacije – što je u skladu sa preporukom Vodiča FAO UN.

Primarno pravno dejstvo ruralne komasacije je u našem pravu ispravno određeno kao oduzimanje svojine vlasnicima katastarskih parcela na određenom

području; uz naknadu u naturi, tj. dodeljivanje u svojinu novih, ukрупnjenih parcela istim licima. Naši propisi, međutim, ne regulišu sudbinu stvarnih prava trećih lica na oduzetoj parceli, čemu Vodič FAO UN posvećuje veliku pažnju, dajući preporuke u pogledu postupanja sa svakim od tih prava ponaosob – što bi trebalo inkorporisati u domaće propise.

Našim propisima je predmet komasacije široko definisan, pa se komasaciona masa utvrđuje na osnovu podataka iz katastra nepokretnosti ili faktičkog stanja, ako se ono razlikuje od katastarskog. Iako je reč o kritikovanom rešenju, Vodič FAO UN predlaže još liberalniji pristup, prema kome bi predmet komasacije mogle biti ne samo parcele čiji su vlasnici uknjiženi, nego i oni koji nisu, a ispunjavaju uslove za to ili se na njihovo sticanje može primeniti institut održaja; kao i parcele nepoznatih i nedostupnih vlasnika, parcele koje su napuštene, predmet su spora ili za koje još nije završena ostavinska rasprava.

U pogledu oblika, principa za odmeravanje komasacione naknade i eventualnih doplata za razliku u vrednosti i površini oduzetih i dodeljenih parcela rešenja domaćeg prava i preporuke iz Vodiča FAO UN uglavnom su u skladu. Razlika postoji u pogledu naknade sa zemljište, oduzeto od svakog učesnika komasacije u određenom procentu za formiranje nedostajućih površina za zajedničke potrebe, koja se prema našim propisima ne isplaćuje, a prema preporuci iz Vodiča FAO UN to bi trebalo na određene načine učiniti.

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

CONTRIBUTION TO REAFFIRMATION OF RURAL LAND CONSOLIDATION

Summary

Rural land consolidation is an important legal institute, which is more than just an agricultural measure that leads to enlargement of land lots and more rational use of agricultural land. It has numerous and various functions in the state and society, but with every year it is being implemented more slowly and more rarely, and this is a worrying fact. Our state recognized seriousness of the situation with stoppage in implementation of rural land consolidation, and due to this it made research to identify the cause of this state. Since inadequate legal framework was highlighted as one of the key factors in this context, this paper processes key issues around this institute in order to bring the focus of legal profession and science back to this topic and contribute to more adequate regulation of rural land consolidation and its reaffirmation and popularization. Through certain domestic solutions

with recommendations from Food and Agriculture Organization of the United Nations Legal Guide on Land Consolidation: Based on regulatory practices in Europe, the author dealt with the following questions: rural land consolidation notion, objectives, functions, types, grounds, legal effects, subject and compensation. Results of conducted analysis are summarised in the conclusion of the paper and proposals for future regulations around rural land consolidation are presented.

Key words: rural land consolidation, gained and terminated ownership following the decision of a state authority, types of land consolidation, land consolidation compensation, United Nations Legal Guide on Land Consolidation and Agriculture

Literatura

- Bogdanović B., *Komasacija i eksproprijacija*, Beograd, 1979.
- Babić I., Jotanović R., *Građansko pravo, knj. 2 – Stvarno pravo*, Banja Luka, 2020.
- Vasiljević D., Radulović B., Babović M., Todorović S., *Komasacija kao neiskorišćeni potencijal: efekti primene, prepreke i mogući značaj komasacije poljoprivrednog zemljišta u Srbiji*, Beograd, 2018.
- Veršinskas T., Vidar M., Hartvigsen M., Mitić Arsova K., Van Holst F., Gorgan M., *Pravni vodiči za komasaciju – Na osnovu regulatornih praksi u Evropi*, Beograd, 2022.
- Vulić M., „Eksproprijacija i urbana komasacija – sličnosti i razlike“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2014.
- Vulić M., „Urbana komasacija“, *Pravni život*, br. 10, Beograd, 2011.
- Gavella N. i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
- Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd, 1978.
- Jelić R., *Eksproprijacija – pojam, elementi, teorija i praksa*, Beograd, 2009.
- Kovačević Kuštrimović R., Lazić M., *Stvarno pravo*, Niš, 2004.
- Krtalic V., „Urbana komasacija u Bavarskoj“, *Hrvatska javna uprava*, Zagreb, 2007.
- Lazić M., „Svojinski režim na građevinskom zemljištu i urbana komasacija“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 76, Niš, 2017.
- Macanović D., „Katastar i potrebe za komasacijom u Republici Srpskoj“, *Tehnika – naše građevinarstvo*, br. 4, Niš, 2019.
- Marković L., *Građansko pravo, knj. 1., Opšti deo i Stvarno pravo*, Beograd, 1927.
- Mađarov R., „Naknada za oduzetu imovinu u javnom interesu bez sprovođenja postupka eksproprijacije“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 1, Beograd, 2022.
- Planojević N., *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012.
- Planojević N., „Eksproprijacija kao preduslov za pružanje usluga od opšteg interesa“, *Zbornik radova međunarodnog naučnog skupa „Pravna regulativa usluga u nacionalnim zakonodavstvima i pravu Evropske unije“* (ur. Vujisić D.), Kragujevac, 2023.
- Rašović Z., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2010.

- Stojanović D., „Eksproprijacija i pravična naknada“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2, Beograd, 1970.
- Stojanović D., *Stvarno pravo*, Beograd, 1980.
- Stanković O., Orlić M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1999.
- Tuhtan Grgić I., „Ograničenja prava vlasništva u postupku urbane komasacije“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1, Rijeka, 2011.
- Šoškić M., Mihajlović R., Višnjevac N., Marošan S., „Metodologija procene vrednosti zemljišta u procesu urbane komasacije“, *Nauka + praksa*, br. 24, Niš, 2021.
- Šoškić M. Đ., Razvoj novih modela komasacije u funkciji urbanističkog uređenja naselja, doktorska disertacija, Građevinski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, <https://fedorabg.bg.ac.rs/fedora/get/o:15399/bdef:Content/get>.
- Šoškić M., „Geodezija u prostornom planiranju i urbanizmu“, *Nastavna jedinica 10: Urbana komasacija*, https://www.grf.bg.ac.rs/p/learning/urbana_komasacija_1481378903314.pdf.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

LARISA VELIĆ

PRAVO GRAĐENJA KAO NOVI INSTITUT STVARNOG PRAVA U BIH

Zemljište predstavlja prirodni resurs čija raspoloživost spada u elementarne uslove ljudske egzistencije. Međutim, zbog ograničenosti ovog resursa postoji društvena potreba za omogućavanjem gradnje na tuđem zemljištu, a samim tim i za odstupanje od rimskog pravila superficies solo cedit. Potreba za racionalnim korištenjem zemljišta dovodi nas do uvođenja novog instituta, prava građenja, koji je rezultat historijsko-pravnog razvoja prava i neupitne životne potrebe. Riječ je o ograničenom stvarnom pravu na nečijem zemljištu koje daje ovlast svom nosiocu da na površini tog zemljišta ili ispod njega ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik tog zemljišta dužan je to trpjeti. Ovaj institut predstavlja interesantnu pravnu konstrukciju kojom se nevidljivo i neopipljivo pravo tretira kao nekretnina, čiji je sastavni dio građevinski objekat. Pravo građenja predstavlja stvarno pravo koje je najbližnje vlasništvu, a omogućava ostvarivanje brojnih socijalnih, ekonomskih i društvenih ciljeva vezanih za regulisanje izgradnje i razvoja zemljišnog sektora. Uvođenje ovog instituta u naš pravni sistem budi nadu u bolju zemljišnu politiku.

Ključne riječi: pravo građenja, javni registri nekretnina, ugovor o osnivanju prava građenja, podjela nekretnine

UVOD U PRAVO GRAĐENJA

Prava na zemljištu oduvijek su predstavljala važnu i kontroverznu temu ljudskog društva. Uporedo sa razvojem gradova povećavala se i potreba za stvaranjem

Dr Larisa Velić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, e-mail: larisa.velic@gmail.com.

legalnog oblika građenja na tuđem zemljištu. Rimski *superficies* zauzima pri tome jako važno mjesto uvodeći koncept podjele prava na nekretnini.¹ Rimljani, svjesni temeljne važnosti zemljišta, koriste ga kao izvor prihoda naplaćujući naknadu za njegovu upotrebu i izgradnju.² Ovakav način upravljanja zemljištem bio je poznat pod nazivom emfiteuza (lat. *Emphyteusis*), tj. stvarno pravo na tuđem zemljištu, koje nositelju tog prava (emfiteutu) daje mogućnost potpunog korištenja zemljišta.³ Samo zemljište pri tome je bilo u vlasništvu rimske države ili općine, koja je zemljištem mogla raspolagati na način da ga da u posjed, koji je prvobitno bio nasljeđiv, ali ne i otuđiv.⁴ Zakonitom posjedniku, zemljište je, međutim, moglo biti oduzeto i to bez posebne procedure tako da navedeni odnos može biti tumačen kao „javni“ zakup.⁵ U rimsko doba, ova prava su se mogla zasnivati i na privatnom zemljištu; naknada za korištenje zemljišta bila je poznata kao solarium,⁶ zgrada izgrađena na tuđem zemljištu kao *superficies*, dok je nosilac tih prava bio poznat kao superficiar.⁷ Ovo pravo najčešće se prenosilo putem kupoprodaje, poklona ili legata odnosno nasljeđivanja,⁸ a nosilac tog prava (superficiar) je mogao, uz plaćanje rente, koristiti tuđe zemljište i na njemu izgraditi objekat.⁹

Mada *superficies* jako podsjeća na pravo građenja u današnjem smislu, ipak postoji bitna razlika koja se ogleda u tome da je ranije vlasnik zemljišta, unatoč pomenutom pravu, ostajao nosilac prava vlasništva na objektu, s tim da je njegovo pravo vlasništva bilo ograničeno pravom *superficiara*.¹⁰ Ovakva konstelacija nastala je pod uticajem načela *superficies solo cedit*, koje označava nekretninu kao jedinstvo čiju osnovnu stvar predstavlja zemljište dok građevina slijedi pravnu sudbinu zemljišta, a sve ono što je trajno povezano sa zemljištem gubi

¹ Petar Simonetti, *Pravo građenja*, Zagreb, 1983, 4.

² Max Kaser, Rolf Knütel, *Rimsko privatno pravo*, Minhen, 2008, § 30, pasus 1 i 6.

³ M. Kaser, R. Knütel, op. cit., § 30 pasus 1 i pasus 5.

⁴ *Ibidem*, § 30 pasus 2; Herbert Hausmaninger, Walter Selb, *Rimsko privatno pravo*, Beč, 2001, 178. Najam je već u antičkom Orijentu bio jako rasprostranjen metod raspolaganja zemljištem. Ovdje je zemlja najčešće pripadala kralju koji je istu davao najmoprimcima na obradu.

⁵ M. Kaser, R. Knütel, op. cit., § 30 pasus 1.

⁶ Lat. *solum* = zemljište.

⁷ M. Kaser, R. Knütel, op. cit., § 30 pasus 6; H. Hausmaninger, W. Selb, op. cit., 179.

⁸ H. Hausmaninger, W. Selb, op. cit., 179.

⁹ *Ibidem*, 179; M. Kaser, R. Knütel, op. cit., § 30 pasus 6.; Larisa Velić, *Pravo građenja u BiH u poređenju sa pravom građenja u Njemačkoj*, Berlin 2012, 4.

¹⁰ H. Hausmaninger, W. Selb, op. cit., 179.

svoju pravnu autonomiju.¹¹ Protekom vremena ovo pravo se razvilo u puno pravo vlasništva na objektu, a naknada za korištenje zemljišta u realni teret u korist vlasnika zemljišta.

Kao prethodnik prava građenja u Njemačkoj mora se pomenuti *städtische Bauleihe*, što bukvalno znači gradska posudba za izgradnju. Vladajuća struktura koristila je ovo pravo kako bi investitorima omogućila gradnju na gradskom zemljištu, što je imalo veliku ulogu u razvoju njemačkih gradova.¹² Ovlaštenom licu je ova pravna konstrukcija omogućila nasljedno, ali ne i otuđivo, stvarno pravo na zemljištu kao i pravo korištenja objekta.¹³ Njemački pravници su u 19. stoljeću, preuzimajući principe rimskog prava, našli sopstveni način pravnog izražaja te su pravne pojmove i norme egzaktno i jasno definisali, i time omogućili donošenje odluka samo na osnovu tih normi.^{14, 15} U tom periodu nastaju bitni pravni instituti, između ostalih, nasljedno pravo građenja (kod nas pravo građenja) koje se razvilo kao antiteza rimskom načelu *Superficies solo cedit*.

U pogledu razdvajanja prava na nekretninama na području BiH odnosno većeg dijela bivše SFRJ kao prvo treba pomenuti Otomansko pravo, koje se u oblasti današnje BiH primjenjivalo oko pet stotina godina.¹⁶ Otomanski zakoni poznavali su različite forme vlasništva i korištenja na zemljištu kao i na objektu. Kao vladar, sultan je imao najveći posjed, te mu je pripadalo pravo da raspolaže zemljom.¹⁷ On je podijelio oblasti, koje su djelimično u njegovom vlasništvu,¹⁸ a koje su pod njegovom vladavinom, na administrativne i privredne jedinice, a mogućnost njihovog upravljanja je prebacio na njegove predstavnike koji su pri tome bili i ovlašteni da ubiru prispjele poreze.¹⁹ Nekretnine su dodjeljivane spahijama²⁰ ili službenicima umjesto novčane naknade, međutim pod dodjelom se nije podrazumijevao prenos vlasništva, već prenos vremenski ograničenog korištenja nekretnina kao i pravo

¹¹ P. Simonetti, op. cit., 12.

¹² Gerhard Ring, Herbert Grziwotz, Alfred Keukenschrijver, *Komentar Gradanskog zakonika – Stvarna Prava*, Nomos Komentar, Baden-Baden, 2008, pasus 2.

¹³ Julius von Staudinger, *Komentar Gradanskog zakonika, Uvod u pravo građenja*, Berlin, 2009, pasus 3; Helmut von Oefele, Karl Winkler, *Priručnik prava građenja*, Minhen 2012, pasus 1.1.

¹⁴ H. Hausmaninger, W. Selb, op. cit., 67.

¹⁵ M. Kaser, R. Knütel, op. cit., pasus 33.

¹⁶ Mustafa Imamović, *Historija države i prava BIH*, Sarajevo, 2003, 55 i dalje.

¹⁷ Alan Palmer, *Raspad i propast Osmanskog carstva*, Minhen, 1994, 22.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Avdo Sućeska, *Istorija države i prava naroda SFRJ*, Sarajevo, 1985, 99.

²⁰ Pripadnici vojske, najčešće konjanici (spahije).

na rentu (timar) koje proizlaze iz toga, bez mogućnosti otuđenja. Slično kao i kod osnivanja prava građenja, nosilac prava na timar, dakle nosilac prava korištenja zemljišta, sticao je određeno pravo na nekretnini, ali ne i vlasništvo. Tek ukidanjem Timarskog sistema 1831, pretežan dio zemljišta (gospodarstava) prelazi u vid državnog vlasništva ili u privatno vlasništvo posjednika.²¹

Odlukom Berlinskog kongresa od 4. jula 1878. godine Austrougarska je dobila ovlast da okupira tadašnju provinciju Osmanskog carstva, Bosnu i Hercegovinu, te da njome upravlja.²² Kako bi se zaustavio Turski uticaj, Austrougarska je 1908. godine izvršila aneksiju ove oblasti što je znatno uticalo na pravni sistem u BiH, a u ovom kontekstu najvažnije je da se primjenjivao Opšti građanski zakonik Republike Austrije (OGZ).²³ Nakon Drugog svjetskog rata, Jugoslavija 31. januara 1946. godine usvaja novi Ustav kreiran po uzoru na Ustav Sovjetskog Saveza, te redefinira pravo vlasništva. Donose se mnogi zakoni kao što su Zakon o nacionalizaciji (podruštvljavanju),²⁴ konfiskaciji i eksproprijaciji imovine, putem kojih se privatno vlasništvo transformiše u državno (kasnije društveno) vlasništvo. Do uvođenja socijalističke kategorije vlasništva na teritoriji bivše Jugoslavije je važio austrijski Građanski zakonik.²⁵

Zakonom o nacionalizaciji SFRJ²⁶ iz 1958. godine kao i kasnijim Ustavom Socijalističke Republike Bosne i Hercegovine,²⁷ utvrđeno je da na zemljištu u gradovima, naseljima gradskog karaktera i ostalim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju, ne može postojati privatno pravo svojine. Gradsko građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera tako je moglo biti samo u društvenom vlasništvu. Transformacija se vršila ili odlukama ili *ex lege*. Istovremeno je postojala mogućnost sticanja prava vlasništva na objektu. Iz prethodnog jasno proizilazi da je definicija nekretnine u tom periodu odstupila od načela *Superficies solo cedit*, te su nekretnne bile zemljišta, zgrade, stanovi, poslovni prostori, posebni dijelovi zgrada itd. Vlasništvo na

²¹ A. Sućeska, op. cit., 99.

²² *Ibidem*, 186.

²³ *Ibidem*, 190.

²⁴ Zakon o nacionalizaciji privatnih privrednih poduzeća, *Službeni list SFRJ*, br. 98/46, br. 35/48.

²⁵ Horst Sandler, *Die Konkretisierung einer modernen Eigentumsverfassung durch Richterspruch (Konkretizacija modernog poimanja vlasništva kroz sudsku praksu)*, DÖV, Štuttgart, 1974, 73 i dalje.

²⁶ Čl. 1 i 8. Zakon o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta, *Službeni list SFRJ*, br. 52/58.

²⁷ Čl. 81. Ustav Socijalističke Republike BiH, *Službeni list SR BiH*, br. 9/74.

zemljištu je tako egzistiralo samo u formi društvenog vlasništva povezanog sa pravom korištenja,²⁸ raspolaganja²⁹ i/ili upravljanja.³⁰

Ovaj proces podruštvljavanja nastavio se i Zakonom o građevinskom zemljištu iz 1974. i 1986. godine. Nacionalizovano zemljište ostajalo je u posjedu prijašnjeg vlasnika, sve do konačnog izuzimanja od strane same općine ili lica (investitora) kome je dodijeljeno u cilju privođenja zemljišta krajnjoj namjeni u skladu sa regulacionim planom. Prava povezana sa zajedničkim vlasništvom su se razlikovala zavisno od karakteristika nosioca prava kao i od svrhe u koju je pravo dodijeljeno: Raniji vlasnik,³¹ mogao je imati privremeno pravo korištenja neizgrađenog gradskog građevinskog zemljišta do njegovog izuzimanja, prvenstveno pravo korištenja

²⁸ Kao nosioci prava korištenja na nekretninu u društvenom vlasništvu mogle su se uknjižiti društveno pravne osobe, društveno-političke zajednice, radne i druge samoupravne organizacije, društveno-političke organizacije i udruženja građana koji su na takvu nekretninu stekli to pravo. Pravo korištenja se sticalo prvenstveno na sredstvima preduzeća, određenim prirodnim bogatstvima, poljoprivrednim i šumskim zemljištima i šumama u društvenom vlasništvu, te na gradskom građevinskom zemljištu na kojem su i fizička lica sticala prava korištenja. U naš pravni sistem pravo korištenja se uvodi Zakonom o poljoprivrednom zemljišnom fondu, opštenarodne imovine i dodjeljivanju zemlje poljoprivrednim organizacijama. Nadalje, Ustav SFRJ iz 1974. godine je regulisao da na zemljištu u gradovima i naseljima gradskog karaktera i drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju koje, u skladu sa uvjetima i po postupku koji su utvrđeni zakonom, odredi općina, ne može postojati privatno vlasništvo, te su utvrđeni posebni uslovi za sticanje određenih prava na tom zemljištu u korist fizičkih i pravnih lica. Zavisno od nastanka i svrhe sticanja prava korištenja na gradskom građevinskom zemljištu, razlikujemo nekoliko vrsta tog prava, pa tako imamo privremeno pravo korištenja, prvenstveno pravo korištenja, pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja.

²⁹ Pravo raspolaganja kao jedno od komponenti društvenog vlasništva je predstavljalo osnovno imovinsko pravo na stvarima u društvenoj svojini, te je kao takvo ustvari pravo društveno-pravnih lica da u pravnom prometu stiču i otuđuju nekretnine kupovinom, prodajom, zamjenom i slično. Pravo raspolaganja državnim zemljištem je pripadalo državi, a pravo iskorištavanja i ubiranja plodova korisnicima zemljišta (*Službeni list SR BiH*, br. 38/78, 4/79, 29/90, 22/91 i *Službeni glasnik BiH*, br. 21/92, 3/93 i 18/94).

³⁰ Pravo upravljanja na sredstvima u općenarodnoj imovini imala su državna privredna preduzeća shodno odredbama Osnovnog zakona o upravljanju državnim privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva. Pravo upravljanja na gradskom građevinskom zemljištu su imale općine. Pravo upravljanja se uspostavljalo i na općim dobrima, s obzirom da ista zbog njihove prirode ne mogu biti u nečijem vlasništvu (riječ je o zraku, vodi u rijekama, jezerima, moru, dakle dobrima bez kojih nije moguć ljudski opstanak), a da je potrebno djelovanje koje će biti usmjereno kao što boljem upravljanju tim dobrima u cilju zadovoljavanja javnog interesa (detaljnije v. Ismet Velić, *Državna imovina, status i praksa u Bosni i Hercegovini i drugim zemljama*, Sarajevo, 2022, 59).

³¹ One osobe koje su za vrijeme stupanja na snagu Zakona o nacionalizaciji bile upisane u zemljišnu knjigu.

neizgrađenog gradskog zemljišta radi građenja kao i pravo korištenja izgrađenog gradskog zemljišta sve dok objekat izgrađen na njemu egzistira. Pored navedenih, novi sticatelji prava na gradskom građevinskom zemljištu mogli su sticati pravo korištenja radi građenja i trajno pravo korištenja, nakon izgradnje objekta. Dakle, u tom vremenskom periodu, nekretnine su bile definisane kao zemljišta, zgrade, stanovi, poslovne prostorije i drugi građevinski objekti upravo iz razloga što je bilo moguće pravno odvojiti zgradu od zemljišta u društvenom vlasništvu trajnim pravom korištenja koje je pripadalo vlasniku zgrade, odnosno društvenopravnoj osobi koja je imala pravo upravljanja, pravo korištenja ili pravo raspolaganja na zgradi, a protezalo se na onu površinu zemljišta koju je pokrivala zgrada i koja je prema prostornom uređenju bila namijenjena za njenu redovnu upotrebu.

PRAVO GRAĐENJA KAO SAVREMENI INSTITUT

Nakon raspada bivše Jugoslavije nove države donose ustave koji garantuju puno pravo vlasništva i primjenu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda i njenih protokola kojima se garantuje pravo vlasništva. Ukida se društveno vlasništvo kao kategorija, a zakonodavac propisuje pretvorbu prava korištenja, raspolaganja i upravljanja u vlasništvo. Ponovo se uvodi jedinstvo nekretnine tj. načelo *superficies solo cedit*. Ova promjena je zahtijevala i nova rješenja koja omogućavaju legalno građenje na tuđem zemljištu. Pravo vlasništva je sada zagarantovano kao jedno od ljudskih prava, utvrđena je njegova nepovredivost, te je ukinut raniji dualizam vlasničkih prava koji je bio povezan sa društvenim vlasništvom i pravima koja su obilježila raniji socijalistički sistem. U bosanskohercegovački sistem uvodi se pravo građenja, i to prvo kroz zakone o zemljišnim knjigama (2002/2003), a tek nekoliko godina kasnije kroz zakone o stvarnim pravima.³²

Pojam prava građenja

Pravo građenja omogućava opterećenje zemljišta na način da onaj u čiju koristi se vrši opterećenje, ima pravo, da na ili ispod površine nečijeg zemljišta ima objekat koji će biti u njegovom vlasništvu. Pravo građenja je otuđivo i nasljedivo kao i druge nekretnine. Za vrijeme trajanja ovog prava, nosilac prava građenja ima

³² Zakon o zemljišnim knjigama, *Službene novine FBiH*, br. 19/03, 54/04; *Službeni list RS*, br. 67/03, 46/04, 109/05, 119/08; Zakon o stvarnim pravima FBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 66/13, 100/13; *Službeni list RS*, br. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16 i Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko distrikta, *Službeni glasnik Brčko distrikta BiH*, br. 11/1, 08/03, 40/04, 19/7, 26/21.

stvarnu kontrolu nad opterećenim izgrađenim zemljištem. Dakle, titular prava građenja može imati vlastitu zgradu na tuđem zemljištu, ali isto tako je moguće da vlasnik nekretninu podijeli i od jedne nekretnine dobije dvije „pravne nekretnine“ pri čemu svaka od njih egzistira kao posebna nekretnina, ima svoj poseban zemljišnoknjižni uložak i može biti opterećena svim stvarnim pravima. Budući da je osnivanje prava građenja uvijek vezano i za objekat, bit prava građenja jeste povezivanje tog ograničenog stvarnog prava sa pravom vlasništva na objektu.³³ Prvobitno je pravo građenja u bosanskohercegovački sistem uvedeno pod pojmom „pravo korištenja“ koji se koristi u zakonima o zemljišnim iz 2002. godine, međutim tek njegovim detaljnim regulisanjem kroz zakone o stvarnim pravima ovaj pravni institut počinje da se primjenjuje.

Priroda prava građenja

Pravo građenja može se posmatrati kao pravo, ali i kao nekretnina. Ono omogućava podjelu vlasništva na objektu i zemljištu³⁴ pri čemu objekat nema pravnu samostalnost već postaje sastavni dio prava građenja, a ne zemljišta.³⁵ Pravo građenja mijenja nekretninu u pravnom smislu, te ukoliko je na nekretnini uspostavljeno pravo građenja, bilo da je riječ o izgrađenom ili neizgrađenom zemljištu, objekat uvijek postaje vlasništvo nosioca prava građenja i tada se ponovo uspostavlja rimsko načelo *superficies solo cedit* u pogledu odnosa prava građenja i objekta jer zgrada i pravo građenja čine neraskidivo pravno jedinstvo, pa se zajedno prenose, nasljeđuju i opterećuju. Dakle, zgrada koja je izgrađena, ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je toga prava, kao da je ono zemljište. Drugačija pravna konstrukcija nije moguća. Pravo građenja tako možemo smatrati i tjelesnom stvari, s tim da ta „tjelesna stvar“ nije vidljiva niti opipljiva i egzistira samo kao fikcija. Takvo posmatranje svakako odstupa od nove definicije nekretnine date u zakonima o stvarnim pravima koji nekretninu definišu kao zemljišnu česticu. Ipak, pravo građenja u pravnom je pogledu izjednačeno s nekretninom.

S obzirom na to da pravo građenja prije svega opterećuje zemljište, ono predstavlja ograničeno stvarno pravo, koje se upisuje u javni registar i koje za posljedicu ima horizontalnu podjelu nekretnine. Isto kao što se objekat ne može odvojiti od prava građenja, tako se ni pravo građenja ne može odvojiti od zemljišta koje

³³ Klaus Schreiber, Bodo Grundmann, *Pravo na nekretninama*, Berlin, 2005, 936.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

opterećuje, pa ko po bilo kojem pravnom osnovu stekne vlasništvo opterećenog zemljišta, stekao je zemljište opterećeno pravom građenja.

Prema zakonima o stvarnim pravima BiH, u pogledu zemljišta koje je opterećeno pravom građenja, nosilac prava građenja ima ovlasti i dužnosti plodouživaoca (čl. 299 ZSP-a FBiH, čl. 287 ZSP-a RS-a.) Ova pravna konstrukcija nije najbolja jer plodouživanje ne omogućava izgradnju, ali svakako može biti prihvatljiv pravni instrument nakon što se objekat izgradi ili onda kada se pravo građenja osniva na već izgrađenom zemljištu. Nosilac prava građenja mora imati mogućnost korištenja cijelog zemljišta pa možemo reći da je riječ o pravu *sui generis* koje možda najviše odgovara pravu korištenja, ali zbog ranijeg sistema taj pojam se izbjegava.

Dakle, dvojna priroda karakteristična za pravo građenja ogleda se u tome da istovremeno imamo ograničeno stvarno pravo na zemljištu i pravo vlasništva na objektu. Osnivanjem prava građenja ne dolazi do miješanja prava na zemljištu i prava građenja, te oba prava egzistiraju jedno pored drugog.

Smisao i svrha prava građenja

Ukoliko se govori o smislu i svrsi prava građenja, onda je mogućnost horizontalne podjele nekretnine od centralnog značaja. Pravo građenja omogućava dvojako upravljanje jednom nekretninom i to od strane vlasnika zemljišta i od strane nosioca prava građenja. Ovaj institut najčešće koriste jedinice lokalne samouprave i vjerske zajednice,³⁶ s obzirom na to da imaju odgovornost da sačuvaju određeni fond ovog vrijednog resursa i da omoguće njegovu maksimalnu ekonomsku eksploataciju. Tek u novije vrijeme ovaj pravni institut počinju koristiti druga fizička i pravna lica.³⁷ Dakle, za razliku od ranijeg sistema koji je također vršio podjelu nekretnine i vlasniku zgrade davao trajno pravo korištenja zemljišta, ovaj institut mogu koristiti sva fizička i pravna lica. Zbog preovladavajućeg nedostatka zemljišta za izgradnju može se očekivati da će njegov praktični značaj u budućnosti prevazići njegov prvobitni cilj, te proširiti opseg njegove primjene. Pravo građenja ima značajnu ulogu i u pogledu različitih socijalnih, privrednih i pravnih aspekata.

a) *Socijalni aspekti.* – Pravo građenja se koristi, odnosno može biti korišteno, kao sredstvo za unaprjeđenje stambene izgradnje i socijalnog izjednačavanja. Institut prava građenja nudi mogućnost efektivnijeg ulaganja novca putem omogućavanja sticanja prava vlasništva na objektu od strane nosioca prava građenja, bez toga

³⁶ Helmut von Oefele, *Minhenski komentar Građanskog zakonika*, Minhen, 2009, pasus 9; J. v. Staudinger, op. cit., pasus 4.

³⁷ H. v. Oefele, K. Winkler, op. cit., pasus 1.16.

da on istovremeno mora da kupi zemljište. Upravo navedene okolnosti omogućavaju izgradnju povoljnih stanova, koji se mogu izdati po pristupačnim odnosno povoljnim cijenama, prodati ili pak koristiti kao mjesto stanovanja.³⁸

Interesima općine odnosno zajednice znatno bi više odgovaralo da umjesto prenosa punog vlasništva na zemljištu osnivaju pravo građenja i da se pri tome vodi računa o društvenim i socijalnim potrebama te zajednice. Pored navedenog, općina kao vlasnik bi imala puno bolje mogućnosti raspolaganja zemljištem, te bi izbjegla eventualne postupke eksproprijacije.

b) Privredni i ekološki aspekti. – Pravo građenja može se koristiti i radi sprječavanja špekulacija na tržištu nekretnina kao i onih vezanih za određivanje visine naknade za korištenje zemljišta odnosno stana, ali isto tako i radi podsticanja ekološke gradnje i održivosti. Osnivanjem prava građenja od strane države ili općine, navedeni ne zadržavaju samo vrijednost zemljišta, već i pravo i mogućnost provođenja mjera koje zahtijeva međunarodna zajednica, a posebno onih koje se odnose na zaštitu okoliša.

c) Praćenje javnih i društvenih ciljeva. – Jedan od bitnih društvenih ciljeva koji se može ostvariti putem prava građenja je održiva zemljišna politika. Koncept zemljišne politike jako je širok i obuhvata i sadrži sve političke mjere, kontrolu nad zemljištem, njegovo korištenje i njegovu podjelu.³⁹

Činjenica da zemljište predstavlja resurs koji nije moguće umnožiti zahtijeva posebnu pažnju i obzirnost pri njegovom upravljanju. Javni sektor još uvijek raspolaze znatnom površinom tla, tako da kroz primjenu instituta prava građenja može znatno uticati na način njegove dodjele kao i način korištenja same nekretnine. Iako postoje pravila određivanja načina korištenja zemljišta i prostornog razvoja kroz prostorne planove, sistematska dodjela prava građenja ipak nudi značajne mogućnosti uticaja na zemljišnu politiku u cilju podsticanja korištenja zemljišta u skladu sa interesima od općeg dobra.

³⁸ Pravo građenja, kao instrument koji omogućava vertikalnu podjelu zemljišta (Eigentumsspaltung), je u Njemačkoj dobilo na značaju nakon Prvog svjetskog rata. Njegova osnovna svrha je prvobitno bila podsticanje stambene izgradnje za socijalno ugrožene. Nakon završetka rata su ponuda i potražnja na tržištu nekretnina bili u potpuno nesrazmjernom odnosu: S jedne strane su građevinske aktivnosti radi rata bile znatno smanjene, dok je s druge strane broj kućanstava, posebno u gradskim zonama, naglo porastao. Podsticaj zadržavanja postojećih stanovnika je bila centralna politička ideja, čije ostvarenje je ovisilo o stvaranju posebne veze stanovništva sa mjestom prebivališta kroz omogućavanje posebnih vlasničko-pravnih odnosa. Pravo građenja se smatralo svrsishodnim instrumentom za postizanje navedenih ciljeva, bez obzira na znatno povećanje vrijednosti zemljišta.

³⁹ L. Velić (2012), op. cit., 18–25.

Interesni položaj nosioca prava građenja i vlasnika zemljišta

a) *Nosilac prava građenja.* – Osnivanje prava građenja može biti jednako povoljno i za vlasnika zemljišta i za lice u čiju korist se ovo pravo osniva. Zakon ne daje užu definiciju pojma povjerioca tako da se po prirodi stvari prvenstveno postavlja pitanje u čiju korist pravo građenja može biti osnovano, odnosno ko može biti nosilac prava građenja. Generalno se može poći od toga da pravo građenja može biti osnovano u korist svakog fizičkog i pravnog lica,⁴⁰ kao i u korist samog vlasnika (vlasničko pravo građenja).⁴¹ Lice u čiju korist se ovo pravo osniva mora pri tome da bude konkretno određeno, s obzirom na to da je riječ o stvarnom pravu koji podliježe obavezi uknjižbe u javni registar. Pravo građenja može biti osnovano i u korist više povjerilaca.⁴² U takvim slučajevima neophodno je jasno definisanje njihovih međusobnih odnosa.

Nosilac prava građenja stiče samostalno stvarno pravo na tuđoj nekretnini. To prati i mogućnost korištenja predmetne nekretnine u skladu sa sopstvenim interesima. Iz prirode prava građenja slijedi da pravo korištenja zemljišta ne može biti na taj način ograničeno da se njegovo pravo na zgradi ili objektu ugrozi. Za plansko korištenje objekta nije od značaja samo zemljište ispod zgrade odnosno objekta već i cjelokupna površina zemljišta potrebna za njegovo redovno korištenje. Iz toga slijedi obaveza vlasnika zemljišta da trpi korištenje velikog dijela njegove nekretnine od strane nosioca prava građenja. Nosilac prava građenja stiče puno vlasništvo na objektu izgrađenom na osnovu prava građenja i pravo plodouživanja na zemljištu. Njegov vlasnički položaj ne djeluje samo interno između njega i vlasnika zemljišta, već kroz propisanu obavezu upisa u zemljišnu knjigu, i naspram trećih lica. Pravo vlasništva na zgradi pripada nosiocu prava građenja bez obzira na to da li je on sam izgradio objekat ili je objekat egzistirao prije osnivanja prava građenja.⁴³ Ukoliko je objekat postojao već prije osnivanja prava građenja, navedene pravne posljedice nastaju tek upisom u zemljišnu knjigu.⁴⁴ S obzirom na to da pravo građenja kao „fiktivna nekretnina“ sadrži sve karakteristike nekretnine, vlasnik zemljišta nema ovlaštenje da polaže pravo na objekat sve dok to pravo traje. Općenito se njegova pravna pozicija može uporediti sa pozicijom vlasnika.⁴⁵

⁴⁰ Hartmut Schöner, Kurt Stöber, *Zemljišnoknjižno pravo*, Minhen, 2008, pasus 1684.

⁴¹ H. v. Oefele, K. Winkler, op. cit., pasus 2.122.

⁴² *Ibidem*, pasus 2.125.

⁴³ *Ibidem*, pasus 2.42.

⁴⁴ Jürgen Ingenstau, Volker Hustedt, *Komentar Zakona prava građenja*, Keln, 2009, § 12 pasus 3.

⁴⁵ H. v. Oefele (2009), op. cit., Vor § 1 ErbbauRG pasus 5.

b) *Pozicija vlasnika.* – Vlasnik može odlučiti da li će on sam na njegovom zemljištu izgraditi zgradu ili to želi prepustiti nekom trećem. U svakom slučaju njemu ostaje supstanca kao i povećana vrijednost njegovog zemljišta. To mu omogućava dugoročno crpljenje koristi iz njegovog zemljišta, bez da pri tome izgubi pravo vlasništva.⁴⁶ Pravo građenja može također biti koncipirano na način da vlasnik može da utiče na način korištenja građevinskog zemljišta, kroz eventualno postavljanje privrednih i socijalnih uslova. Javne institucije mogu, koristeći se pravom građenja, slijediti njihove osnovne ciljeve u vezi sa borbom protiv raznih zloupotreba, provođenjem zaštitnih mjera vezanih za okoliš i vođenjem računa o interesima građana. Ovaj institut, dakle, nudi optimalnu mogućnost upravljanja imovinom uz postizanje socijalnih i privrednih ciljeva.

Kao što smo rekli, nakon osnivanja prava građenja, vlasnik zemljišta zadržava njegovo vlasničko pravo, s tim da se ono ograničava. Vlasnik zemljište može prodati i nakon što je isto opteretio sa pravom građenja, može ga opteretiti ili pak naknadno izvršiti podjelu zemljišta opterećenog pravom građenja,⁴⁷ bez da pri tome ugrozi prava nosioca prava građenja. Vlasnik zemljišta stoga zadržava njegovu privrednu, društvenu i političku moć, koju vlasništvo na zemljištu u pravilu daje.

Prestankom prava građenja, vlasnik zemljišta postaje i vlasnikom objekta, što u pravilu predstavlja poboljšanje njegove ekonomske situacije. Prema našem zakonu, nosilac prava građenja u tom slučaju ima pravo na naknadu, što nije slučaj u drugim pravnim sistemima, jer to pitanje u pravilu treba biti sporazumno riješeno.

Nastanak prava građenja

Pravo građenja se u pravilu može uspostaviti na osnovu pravnog posla, te njegovim upisom u zemljišnu knjigu. Međutim, bosanskohercegovački pravni sistem omogućava sticanje prava građenja i na osnovu odluke suda, pri čemu je upis u zemljišnu knjigu također obavezan.

a) *Sticanje putem pravnog posla.* – Pravna priroda ugovora o osnivanju prava građenja može biti različita. Ukoliko se pravo građenja osniva bez obaveze plaćanja naknade, onda se radi o ugovoru sličnom ugovoru o poklonu.⁴⁸ Ukoliko se osnivanje prava građenja veže za plaćanje naknade onda se radi o ugovoru sličnom

⁴⁶ Petar Simonetti, *Pravo Vlasništva I Pravo Građenja Straniosoba Na Nekretninama U Republici Hrvatskoj*, Budimpeštanski simpozijum, 2006, 246 i dalje.

⁴⁷ K. Schreiber, B. Grundmann, op. cit., 944.

⁴⁸ K. Schreiber, B. Grundmann, op. cit., 937.

ugovoru o kupoprodaji.⁴⁹ Pravilo predstavlja ugovor sa obavezom redovno ponavljajuće činidbe u formi mjesečne naknade,⁵⁰ moguća je međutim i jednokratna novčana isplata. U BiH je zakonodavac i ovo pitanje normirao, te je ne vodeći računa o autonomiji volje stranaka propisao obaveznu naknadu za korištenje prava građenja, a samo u RS-u su omogućene iznimke u posebnim slučajevima.⁵¹

Sticanje prava građenja na osnovu pravnog posla zahtijeva postojanje pravno valjanog sporazuma odnosno očitovanja volje. Međutim, da bi se proizveli građanskopravni učinci, očitovanje volje mora ispuniti pretpostavke valjanosti pravnog posla uzevši u obzir i posebne odredbe vezane za osnivanje prava građenja. U ugovoru o osnivanju prava građenja svakako se reguliše vrijeme trajanja prava građenja (ukoliko se ne reguliše onda je riječ o trajnom pravu), gradnja (vrsta objekta, način korištenja, vrijeme izgradnje), održavanje i korištenje objekta, osiguranje i ponovna izgradnja objekta, tereti i naknade, povrat, pravo preče kupovine,⁵² naknada štete, visina naknade za korištenje itd.⁵³

Prema Zakon o stvarnim pravima RS-a valjanost ugovora o pravu građenja zahtijeva notarsku obradu. Obaveza notarske obrade je propisana i u Zakonu o stvarnim pravima FBiH, ali je ta odredba proglašena neustavnom,⁵⁴ pa je nakon toga Vrhovni sud FBiH⁵⁵ donio Odluku prema kojoj za valjanost pravnog posla koji ima za predmet nekretnine, ugovor mora biti ili notarski ovjeren ili ovjeren od strane suda.

b) Sticanje prava na osnovu odluke suda. – U skladu sa zakonima o stvarnim pravima, pravo građenja može svojom odlukom osnovati i sud u postupku diobe i ostavinskom, te u drugim slučajevima određenim zakonom. Drugi slučajevi određeni zakonom trenutno ne postoje. Ovakva zakonska odredba je problematična sa više aspekata: u ostavinskom postupku sud prvenstveno utvrđuje imovinu koja sačinjava zaostavštinu umrlog kao i njegove nasljednike. U pravilu ne može doći do osnivanja

⁴⁹ Presuda Saveznog suda pravde, 1985 – V ZR 263/83, NJW 1986, 1605.

⁵⁰ K. Schreiber, B. Grundmann, op. cit., 731.

⁵¹ Plaćanje naknade nakon prestanka prava građenja je vrlo osjetljivo pitanje za JLS, a posebno kada se ima u vidu i mogućnost odricanja od prava građenja, tako da bi u ovom dijelu bilo potrebno izmijeniti zakonske odredbe.

⁵² Muhamed Lišić, „Pravo preče kupovine i otkupa prava građenja u srpskom pravu de lege ferenda“, *Zbornik radova, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa u Budvi*, 2023, 74 i dalje; Radenka Cvetić, „Neka sporna pitanja vezana za institut prava preče kupovine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/03, 146; Miodrag Orlić, „Zakonsko pravo preče kupovine u našem pozitivnom pravu“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 1-2, 1970, 103–104.

⁵³ Enes Hašić, Larisa Velić, et. al., *Praktikum za stvarna prava*, Sarajevo, 2015, 375–381.

⁵⁴ Presuda Ustavnog suda FBiH, U-22/16, 2019.

⁵⁵ Odluka Vrhovnog suda FBiH, 70 0 Dn 009610 22 Spp, 2022.

novih prava u okviru samog ostavinskog postupka jer se u postupku samo utvrđuje ko je nasljednik već postojećeg prava. Ukoliko je ostavilac bio nosilac prava građenja, u okviru ostavinskog postupka mora se utvrditi njegov nasljednik odnosno ko je osoba koja preuzima to pravo. Iznimno se može desiti da sud u ostavinskom postupku utvrdi postojanje testamenta u vezi sa čijom realizacijom je neophodno osnivanje prava građenja, te u skladu s tim donese odgovarajuće rješenje.

Osnivanje prava građenja na osnovu sudske odluke u postupku diobe podrazumijeva razvrgnuće suvlasničke zajednice kroz podjelu nekretnine, ali također i podjelu zajedničkog vlasništva putem utvrđivanja suvlasničkih dijelova. Pri tome se može raditi o sudskom poravnanju na osnovu kojeg se na jednoj nekretnini osniva prava građenja u korist jednog suvlasnika, a pravo vlasništva na zemljištu u korist drugog. Međutim, samo ukoliko bi se stranke u postupku usaglasile, ovakva odluka bi bila razumna i pravno održiva. Na osnivanje prava građenja odlukom suda primjenjuju se pravila o osnivanju služnosti odlukom suda.⁵⁶

c) *Upis u zemljišne knjige.* – Pravo građenja stiče se dvostrukim upisom u zemljišnu knjigu i to njegovim upisom u teretni list zemljišnoknjižnog uloška zemljišta, te uspostavom novog zemljišnoknjižnog uloška prava građenja. U popisnom listu (A list) tog posebnog uloška, upisuje se pravo građenja zajedno za objektom (dakle, pravo građenja se i u ovom dijelu tretira kao nekretnina), te se ukazuje na opterećeni zemljišnoknjižni uložak, u vlasnički list (B list) upisuje se nosilac prava građenja, a u teretni list (C list) upisuju se tereti koji se odnose na pravo građenja.⁵⁷

Prestanak prava građenja

Pravo građenja prestaje propašću ovim pravom opterećenog zemljišta, dogovorom, odricanjem ovlaštenog lica,⁵⁸ protokom ugovorenog roka, ispunjenjem raskidnog uslova te rasterećenjem ili ukidanjem na osnovu zahtjeva vlasnika zemljišta. Za sve slučajeve prestanka mjerodavno je vrijeme brisanja u zemljišnim knjigama. Osim toga, pravo građenja može prestati i njegovim ukidanjem ukoliko građevinski objekat ne bude dovršen u doglednom roku ili bude izgrađen, ali kasnije u toj mjeri uništen da njegovo korištenje u skladu sa ciljem zbog kojeg je izgrađen nije moguće, a nosilac prava građenja ne sagradi novi objekat u roku od šest godina.⁵⁹

⁵⁶ Ilija Babić, Larisa Velić, *Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo 2014, 785.

⁵⁷ E. Hašić, L. Velić, *et. al.*, op. cit., 374.

⁵⁸ Vrlo problematična odredba s obzirom na posljedice prestanka.

⁵⁹ E. Hašić, L. Velić, *et. al.*, op. cit., 380–381.

Posljedice prestanka

Prestankom prava građenja, zgrada izgrađena na pravu građenja postaje vlasništvo vlasnika zemljišta. Vlasnik zemljišta ima obavezu da po prestanku prava građenja nosiocu tog prava plati uvećanu vrijednost zemljišta sa objektom u odnosu na zemljište bez objekta.⁶⁰

NADZIĐIVANJE

Nadziđivanje ili nadogradnja podrazumjeva nastanak novog posebnog dijela zgrade, odnosno jednog ili više posebnih dijelova nekretnine na postojećoj zgradi. Prema novim zakonima o stvarnim pravima na pravo nadziđivanja odgovarajuće se primjenjuju pravila o pravu građenja.⁶¹ Time je došlo do značajnih izmjena u odnosu na zakone koji su važili ranije, posebno što više ne postoji mogućnosti općine da u ime ostalih suvlasnika daje dozvole za nadziđivanje. S obzirom na nove definicije nekretnine i vlasništva, nadogradnju je sada moguće vršiti samo uz pristanak vlasnika, suvlasnika ili etažnih vlasnika postojeće zgrade i naravno uz odgovarajuće saglasnosti nadležnih organa. Graditelj, kao nosilac prava građenja, može sada izdejtstvovati sve potrebne dozvole nadležnih organa uprave u pogledu gradnje. Nakon izgradnje posebnog dijela, lice u čiju korist je sačinjen ugovor, stiče pravo vlasništva na posebnom dijelu zgrade, te pravo suvlasništva na zemljištu i zajedničkim dijelovima zgrade u skladu s njegovim udjelom tj. korisnom površinom.⁶²

ZAKLJUČAK

Pravo građenja se bazira na ovlaštenju nosioca tog prava da koristi nečije zemljište kako bi na njemu izgradio objekat na kojem će steći pravo vlasništva. Ovaj pravni institut otvara mnoge mogućnosti u pogledu unaprjeđenja zemljišne politike, te rješavanja socijalnih i drugih društvenih pitanja. Riječ je o jako fleksibilnom institutu koji omogućava reorganizaciju, oblikovanja i dovođenja u pravne okvire često neriješenih odnosa između određenih lica, a u pogledu korištenja zemljišta i građenja. Pravo građenja može se koristiti kao instrument za podsticanje investicija u svrhu razvoja infrastrukture, unaprjeđenja javnih usluga i efikasnijeg korištenja prirodnih resursa.

⁶⁰ I. Babić, L. Velić, op. cit., 794.

⁶¹ E. Hašić, L. Velić, *et. al.*, op. cit., 381.

⁶² *Ibidem*, 382.

Međutim, činjenica je da niti jedan zakonodavac nije u mogućnosti da anticipira sve odnose i da ih kroz propise tako kodificira da bi u budućnosti, bez iznimke, mogla biti ostvarena optimalna rješenja. Nasuprot tome, pravo se uvijek iznova prilagođava potrebama ljudi, stoga bi zakonodavac trebao iskoristiti iskustva drugih država koje imaju dugogodišnju tradiciju korištenja ovog instituta, te prilagoditi odredbe koje ne poznaju autonomiju volje stvarnim potrebama društva kako bi ovaj institut doživio svoju punu primjenu.

Dr. LARISA VELIĆ
Associate Professor, Faculty of Law
University of Zenica

THE RIGHT TO CONSTRUCTION AS A NEW INSTITUTE OF PROPERTY LAW IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Land is a natural resource whose availability belongs to the basic conditions of human existence. However, due to the limitation of this resource, there is a social need to enable construction on other people's land, and therefore to deviate from the Roman rule of *Superficies solo cedit*. The need for rational use of land leads us to the introduction of a new institute, the right to construction, which is the result of the historical and legal development of law and an unquestionable necessity of life. It is a limited property right on someone's land that gives the holder the power to have his own building on the surface of that land or under it, and the owner of that land is obliged to tolerate it. This institute represents an interesting legal construction that treats an invisible and intangible right as real estate, of which a building is an integral part. The right to construction is a real right that is most similar to ownership, and enables the realization of numerous social, economic and social goals related to the regulation of construction and development of the land sector. The introduction of this institute into our legal system raises hopes for the creation of a better land policy.

Key words: right to construction, public real estate registers, contract on establishment of right to construction, division of real estate

Literatura

Babić I., Velić L., Hašić E., Medić D., Povlakić M., *Komentar zakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo, 2014.

Cvetić R., *Neka sporna pitanja vezana za institut prava preče kupvine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, 2003.

Grundmann B., *Zakon o pravu građenja (Das Erbbaurecht)*, Schreiber K., *Pravo na nekretninama (Immobilienrecht)*, priručnik, 2. izdanje, Bochum, 2005.

Hašić E., Velić L., Nezirović G., Velić I., Tajić H., *Praktikum za stvarna prava*, Sarajevo, 2015.

- Hausmaninger H., Selb W., *Rimsko privatno pravo (Römisches Privatrecht)*, 9. izdanje, Beč, 2001.
- Imamović M., *Historija države i prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo, 1997.
- Ingenstau J., Hustedt V., *Pravo građenja (Erbbaurecht)*, 9, Keln, 2010.
- Kaser M., Knütel R., *Rimsko privatno pravo (Römisches Privatrecht)*, Minhen, 2008.
- Kuntze J., Ertl R., Herrmann H., Eickmann D., *Zemljišnoknjižno pravo (Grundbuchrecht)*, Berlin, 2006.
- Lišić M., „Pravo preče kupovine i otkupa prava građenja u srpskom pravu *de lege ferenda*“, *Zbornik radova Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa u Budvi*, 2023.
- Oefele H. Freiherr von, *Minhenski komentar Građanskog zakonika: Stravno pravo, (Münchener Kommentar zum BGB: Sachenrecht)*, Minhen, 2009.
- Gerhard R., Grziwotz H., Keukenschrijver A., *Komentar Građanskog zakonika, (Nomos Kommentar BGB, Band 3 (§§ 854–1296))*, Baden-Baden, 2008.
- Oefele H. Freiherr von, Winkler K., *Priručnik za pravo građenja (Handbuch des Erbbaurechts)*, Minhen, 2008.
- Orlić M., „Zakonsko pravo preče kupovine u našem pozitivnom pravu“, *Anali pravnog fakulteta u Beogradu*, broj 1-2, Beograd, 1970.
- Palmer A., *Raspad i propast Osmanskog carstva (Verfall und Untergang des Osmanischen Reiches)*, Minhen, 1994.
- Schöner H., Stöber K., *Zemljišnoknjižno pravo (Grundbuchrecht)*, Minhen, 2008.
- Sendler H., *Konkretizacija modernog pojma vlasništva kroz sudsku praksu (Die Konkretisierung einer modernen Eigentumsverfassung durch Richterspruch)*, Štuttgart, 1971.
- Simonetti, Petar, *Pravo građenja*, Beograd, 1986.
- Simonetti, Petar, „Pravo vlasništva i Pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj (Das Eigentum am Grundstück und das Erbbaurecht von Ausländer)“, *Budimpeštanski simpozijum*, 2006.
- Staudinger J. von, *Komentar Građanskog zakonika, Stvarno pravo i pravo građenja (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, Sachenrecht, ErbbauRG)*, Berlin, 2009.
- Sućeska A., *Istorija države i prava*, Sarajevo, 1971.
- Velić I., *Državna imovina, status i praksa u Bosni i Hercegovini i drugim zemljama*, Sarajevo, 2022.
- Velić L., *Pravo građenja u BiH u poređenju sa pravom građenja u Njemačkoj (Das Erbbaurecht in Bosnien-Herzegowina im Vergleich zum Erbbaurecht in Deutschland)*, Berlin 2012.

BLANKA KAČER
DEAN RAHAN

O POJEDINAČNOM ZEMLJIŠNOKNJIŽNOM ISPRAVNOM POSTUPKU

Analizirajući problematiku načina sređivanja prava vlasništva kroz sudske postupke došli smo do zaključka da je najekonomičniji, najbrži i najjednostavniji pravni put za rješavanje imovinskopravnih odnosa u današnjim vremenima izvanparnični pojedinačni ispravni zemljišnoknjižni postupak, koji je reguliran Zakonom o zemljišnim knjigama. Pažnja u radu posvećena je samom tijeku postupka, od pokretanja ispravnog postupka, odlučivanja o prijedlogu, rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka i zabilježbe u zemljišnoj knjizi da je otvoren pojedinačni ispravni postupak, dostave rješenja o otvaranju, podnošenja i zabilježbe prijava i prigovora i posljedica podnošenja prijava i prigovora, tijeka rasprave, donošenje odluke suda nakon provedene rasprave, a sve kroz usporedbu sa parničnim postupkom. Također, posebni osvrt dati će se u odnosu na pojmovno određenje načela pravičnosti, te njegovu primjenu kao glavnog načela u pojedinačnom ispravnom postupku.

Ključne riječi: ispravni postupak, nekretnine, vlasništvo, pravičnost

U V O D

Zanemarivanje zemljišne knjige i nedostatak provođenja i upisa prometa nekretnina, kako na temelju pravnih poslova, tako i nasljeđivanja i stjecanja na

Dr Blanka Kačer, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu, e-mail: blanka.kacer@pravst.hr.

Mr. sc. Dean Rahan, advokat, Advokatska kancelarija Dean Rahan, Supetar, e-mail: dean.rahan@gmail.com.

temelju zakona,¹ u prošlom stoljeću velikim dijelom su uzrok sadašnjeg nesređenog zemljišnoknjižnog stanja koje vrlo često ne odgovara stvarnom i faktičnom stanju. Nedostatak provođenja sklopljenih ugovora o diobama unutar obitelji, darovanja, ustupanja u ostavinskim postupcima, nepotpuno utvrđivanje ostavinske imovine ostavitelja pa tako i kupoprodaja dovelo je do sada već iznimno starih upisa u zemljišnoj knjizi, odnosno upisa osoba koje nisu žive, a niti su dostupni njihovi pravni sljednici.

Stoga je danas vrlo izazovan i težak zadatak izabrati ispravni, ekonomičniji, brži i jednostavniji pravni put za rješavanje imovinsko-pravnih odnosa i pitanja prava vlasništva.²

Stupanjem na snagu Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima,³ (dalje: ZV), te procvatom prometa nekretnina početkom ovog stoljeća stranke su putem opunomoćenika odvjetnika i sudova krenuli u rješavanje vlasničkog stanja tužbama na utvrđenje prava vlasništva i našli se u mukotrpnim procesima traženja sljednika upisanih zemljišnoknjižnih vlasnika, dostava tužbi diplomatskim putem koja traje i po više od godinu dana, postavljanje privremenih zastupnika i sl., što je u više od dvadeset godina dovelo do sramežljivog pomaka s početka.

Naime, događa se da se tužbom radi utvrđenja prava vlasništva, (u slučajevima kada imamo brojne zaostale upise „odsutnih i nepoznatih“) ne može uskladiti takvo nesređeno zemljišnoknjižno stanje sa stvarnim stanjem zbog raznoraznih prepreka koje se pojavljuju u takvim postupcima, bilo procesnopravne naravi, bilo materijalnopravne naravi. Visoki troškovi i dugotrajnost postupka pronalaženja svih nasljednika odavno umrlih upisanih zemljišnoknjižnih vlasnika, (od Australije, SAD-a, Argentine, Čilea i ostalih dalekih zemalja), kako bi takve tužbe bile podobne za raspravljanje, (jer će se u suprotnom odbaciti), zapravo nas odvlače u primjeni tog pravnog puta, koji je na kraju opet isplativiji ako se uspije doći do pozitivne pravomoćne odluke, (presude), za razliku od odluke (rješenja), u pojedinačnom ispravnom postupku koje ipak nema toliku pravnu snagu kao pravomoćna presuda i podložnija je preispitivanju.⁴

¹ Petar Klarić, Mladen Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014, 90–92.

² U pravilu se tu radi o izboru između pokretanja parničnog postupka tužbom radi utvrđenja prava vlasništva ili izvanparničnog postupka prijedlogom za provođenje pojedinačnog ispravnog postupka, dok se rijeđe radi o provođenju obnove zemljišne knjige, razvrgnuću suvlasničke zajednice, brisovnoj tužbi i sličnih postupaka.

³ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, *Narodne novine*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 115/01, 79/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17.

⁴ Stoga su načini i postupci stjecanja i upisa prava vlasništva na nekretninama propisanim ZV-om i Zakonom o parničnom postupku (*Narodne novine*, br. 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, 80/22, 114/22, dalje: ZPP), previše uski i strogi, te nisu podobni za rješavanje postojećeg stanja.

No, donošenjem „novog“ zakona o zemljišnim knjigama 2019. godine,⁵ (dalje: ZZK), možemo reći da je primat u odabiru najboljeg i najpovoljnijeg postupka za rješavanje prava vlasništva u odnosu na parnični postupak ipak preuzeo pojedinačni ispravni postupak. Razlog za naše zadovoljstvo upravo je znatno pojednostavljeno postupanje u pojedinačnom ispravnom postupku, (dalje u tekstu: PIP), za koji se u praksi pokazalo da je dugotrajan, (iako i sam često kao „zadnja slamka spasa“ mnogim ljudima u pokušajima rješavanja njihovog prava vlasništva), te su ovim zakonom propisani rokovi za postupanje čime bi se utjecalo na duljinu trajanja predmetnih postupaka, uz redefiniranje poslovnih procesa za provedbu predmetnih postupaka.⁶

Naravno da je i taj postupak opterećen brojnim nedostacima koji se očituju kao negativnosti u odnosu na ugrožena prava zemljišnoknjižnih upisanih vlasnika, prvenstveno u činjenici da zemljišnoknjižni vlasnik uopće ne mora biti izviješten o provođenju pojedinačnog ispravnog postupka, ali generalno gledajući kroz praksu možemo zaključiti da je taj postupak ipak donio i donosi više koristi nego štete.⁷

POJMOVNO ODREĐENJE I USPOREDBA S PARNIČNIM POSTUPKOM

Pojedinačni ispravni postupak poseban je zemljišnoknjižni postupak kojim se ispravlja upisi u jednom ili više zemljišnoknjižnih uložaka na prijedlog osobe koja za to ima pravni interes. Izvorno je bio zamišljen kao izniman postupak koji se u hrvatskom pravu trebao zadržati dok se zemljišne knjige u cijelosti ne ažuriraju i usklade. Kako je prepoznat kao brz i jednostavan način usklađivanja knjižnog

⁵ Zakon o zemljišnim knjigama, *Narodne novine*, br. 63/19, 128/22.

⁶ Ključna izmjena je odredba čl. 200. st. 3. ZZK-a, koja glasi: „Opravdani razlog za vođenje pojedinačnog ispravnog postupka postoji kad je nekom ispravom učinjeno vjerojatnim da nekoj osobi pripada pravo koje nije u njezinu korist upisano i radi čijeg bi upisa trebalo ispraviti određene zemljišnoknjižne upise, a radi se o pravu koje po odredbama ovoga Zakona može biti predmet zemljišnoknjižnog upisa.“ Ovakva zakonska regulacija omogućila je pokretanje pojedinačnih ispravnih postupaka na temelju neke isprave, odnosno isprave za koju nisu bili propisani posebni uvjeti, već bilo koje isprave kojom je predlagatelj učinio vjerojatnim svoje pravo koje nije u njegovu korist upisano u zemljišnoj knjizi, a može biti predmet upisa u zemljišnu knjigu. Navedeno je označilo početak, još uvijek sramežljivi, ali početak podnošenja većeg broja prijedloga za provođenje pojedinačnog ispravnog postupka koji su bili osnovani za otvaranje i pokretanje postupka i konačno, ispravka zemljišnoknjižnog stanja.

⁷ Prvi je problem tumačenja opravdanog razloga za pokretanje i otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka, a drugi je pitanje donošenje odluke na temelju pravične ocjene kada je postupak pokrenut i otvoren, a ne postoji suglasnost stranaka za ispravak zemljišnoknjižnog stanja (čl. 203. st. 3. ZZK/19, istovjetan čl. 195. st. 3. ZZK/96 – odredbe o ispravnom postupku koje se primjenjuju na pojedinačni ispravni postupak). O navedenim pitanjima postoje velike razlike u tumačenju i postupanju sudova.

i izvanknjižnog stanja, tako je i zakonskim izmjenama prijašnjeg Zakona o zemljišnim knjigama uređen detaljnije, ali i slobodnije nego prije, te je od iznimnog postao uobičajeni postupak hrvatskog zemljišnoknjižnog prava.

Slobodnije uređenje tog postupka otvara pitanja zaštite nositelja prava na nekretnini prije provedenog ispravka, kao i pitanje uređivanja u izvanparničnom postupku materije koja bi trebala biti uređena u parničnom postupku.⁸

Pojedinačni ispravni postupak je posebni izvanparnični postupak u kojem se postupa prema pravilima izvanparničnog postupka, a podredno parničnog postupka. Stupanjem na snagu Zakona o izvanparničnom postupku,⁹ (dalje: ZIP), prestao je važiti Zakon o vanparničnom postupku,¹⁰ te je hrvatski pravni sustav nakon dugog niza godina dobio primjenjivu regulativu u izvanparničnom postupanju. Člankom 2. ZIP-a propisano je da na pitanja koja nisu uređena ovim Zakonom na odgovarajući se način primjenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak, ako ovim zakonom ili drugim zakonom koji sadrži odredbe o izvanparničnom postupku nije drukčije određeno.¹¹

S druge strane, parnični postupak je građanski sudski postupak po pravilima kojega se rješavaju sporovi u tzv. građanskopravnim stvarima, odnosno u kojem se također može ishoditi sudska odluka o utvrđenju prava vlasništva. Sudovi, po pravilima parničnoga postupka, raspravljaju i odlučuju u sporovima o osnovnim pravima i obvezama čovjeka i građanina, o osobnim i obiteljskim odnosima građana te u radnim, trgovačkim, imovinskim i drugim građanskopravnim sporovima, osim ako zakonom nije za neke od tih sporova iznimno određeno da ih sud rješava po pravilima kojega drugoga postupka. Parnični postupak redoviti je put pravne zaštite u građanskopravnim stvarima, za razliku od pojedinačnog ispravnog postupka koji je izvanparnični zemljišnoknjižni postupak.¹²

Općinski sudovi kao niži prvostupanjski sudovi opće nadležnosti u parničnome postupku stvarno su nadležni u svim stvarima za koje posebnim propisom

⁸ Opširnije v. Dinka Šago, Zrinka Tironi, Darko Vrljić, *Zakon o zemljišnim knjigama, s komentarom, napomenama, bilješkama, sudskom praksom, praktičnim primjerima, komparativnim prikazom članaka, kazalom pojmova*, Vizura, Zagreb, 2020, 91–116.

⁹ Zakon o izvanparničnom postupku, *Narodne novine*, br. 59/23.

¹⁰ Zakon o vanparničnom postupku, *Narodne novine*, br. 45/34.

¹¹ Prema tome, u pojedinačnom ispravnom postupku primjenjuju se odredbe ZZK, zatim ZIP-a, i tek ako ta dva zakona nemaju propisano postupanje, primjenjuju se odredbe ZPP-a. Možemo reći da je put do primjene ZPP-a u pojedinačnom ispravnom postupku donošenjem ZIP-a dodatno produljen.

¹² *Hrvatska enciklopedija*, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=46754>, 16. 8. 2019.

nije određeno drugačije, dok su trgovački sudovi kao specijalizirani sudovi stvarno nadležni samo u onim sporovima koji su izrijekom stavljeni u njihovu nadležnost, kao npr. u postupcima utvrđenja prava vlasništva između jedinica lokalne samouprave i države, ili tvrtke i države ili općine i gradova. Iznimno, za pojedine vrste sporova za suđenje u prvome sudu stvarno je nadležan županijski sud. Osim suda, temeljni su subjekti u parničnom postupku stranke u dvije procesne uloge: tužitelj (*actor*) i tuženik (*reus*). Tužitelj je osoba koja u svoje ime, odnosno u čije se ime zahtijeva od suda da ga utvrdi vlasnikom neke nekretnine, dok je tuženik osoba protiv koje se upućuje tužbeni zahtjev i koja je u pravilu uknjižena kao vlasnik u zemljišnim knjigama.

Parnični postupak pokreće se tužbom. S obzirom na vrstu pravne zaštite koja se zahtijeva od suda, tužba može biti deklaratorne, kondemnatorne ili konstitutivne naravi. Deklaratornom tužbom zahtijeva se utvrđenje postojanja, odnosno nepostojanja kakva prava ili pravnog odnosa ili istinitost, odnosno neistinitost (zapravo autentičnost) kakve isprave. Kondemnatornom tužbom od suda se zahtijeva da tuženiku naloži neko činjenje, trpljenje ili propuštanje. Konstitutivnom tužbom zahtijeva se preinaka sadržaja određenoga pravnog odnosa ili njegovo ukidanje ili poništaj.

Parnični postupak pred prvostupanjskim sudom sastoji se od tri stadija: stadija pripremanja glavne rasprave, stadija glavne rasprave i stadija donošenja konačne odluke. Stadij glavne rasprave jest ključni, središnji stadij parničnoga postupka, u kojem se na jednom ili više ročišta, koja se provode po načelima usmenosti, javnosti, neposrednosti i kontradiktornosti, prikuplja i ispituje procesni materijal i raspravlja o osnovanosti zahtjeva koje su stranke istaknule tijekom postupka. Stadij donošenja konačne odluke nastupa nakon zaključenja glavne rasprave, a sastoji se od odlučivanja dopustivosti parnice, te o osnovanosti zahtjeva stranaka, zatim izrade odluke, te njezine dostave. Parnični postupak u pravilu se okončava sudskom odlukom (presudom ili rješenjem), ali i nekim dispozitivnim radnjama stranaka, kao npr. povlačenjem tužbe, sudskom nagodbom.

Parnični postupak karakteriziraju načelo ustavnosti i zakonitosti, načelo dispozicije s ograničenim načelom oficioznosti, načelo pravnog interesa i ekonomičnosti, načelo saslušanja stranaka, načelo traženja istine, načela usmenosti, javnosti i neposrednosti, načelo kontradiktornosti, odnosno raspravno načelo s određenim elementima istražnosti, načelo koncentracije postupka i jedinstva gl. rasprave, načelo savjesnoga korištenja procesnih ovlasti te načelo pružanja pomoći neukoj stranci.

Pravnim lijekovima ovlaštenj podnositelj može zahtijevati preispitivanje, te ukidanje ili preinačenje sudske odluke koju smatra nezakonitom i/ili nepravilnom.

Svrha je pravnih lijekova omogućiti pravilno i zakonito suđenje u pojedinačnom slučaju, ali i osigurati jedinstvo u primjeni prava te s tim u vezi i ravnopravnost pravnih subjekata.¹³

Sud povodom zahtjeva prvenstveno treba ocijeniti jesu li ispunjene pretpostavke za donošenje odluke o utvrđenju prava vlasništva sukladno odredbama iz Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, te ZZK-a, te ukoliko nisu, odbiti tužbeni zahtjev kao neosnovan, odnosno odbiti prijedlog/prijavu prava vlasništva kao neosnovan. U slučaju da nađe kako su ispunjene prethodno navedene pretpostavke, sud će usvojiti tužbeni zahtjev, odnosno prijedlog/prijavu.

Pri tome se sud, u provođenju PIP-a, sukladno ZZK, rukovodi načelom pravičnosti, za razliku od odlučivanja u parničnom postupku gdje to načelo ne dolazi toliko do izražaja, već više savjesnost i poštenje, tako da postoji veća sloboda i manja ograničenost prilikom provođenja PIP-a, za razliku od parničnog postupka. ZZK navodi kako o ostalim kriterijima sud treba voditi brigu iz čega proizlazi da uzima u obzir njihovo djelovanje, ali ne u tolikoj mjeri da bi bile presudni za donošenje odluke koliko uzima u obzir načelo pravičnosti. Treba ukazati i na činjenicu kako sud ipak može i treba voditi računa o svim kriterijima koji su u konkretnom slučaju važni za donošenje odluke.

Naposljetku je važno napomenuti da je sud prilikom odlučivanja o zahtjevu za utvrđenje prava vlasništva vezan tužbenim zahtjevom.

Sud nije ovlašten tužitelju dosuditi ni više od onoga što je tražio ni nešto drugo što nije tražio, čak ni kad ga rezultati raspravljanja dovedu do zaključka da tužitelju pripada više nego što je tražio ili da mu, doduše, ne pripada ono što je tražio, ali da mu pripada nešto drugo.¹⁴

Za razliku od parničnog postupka, pojedinačni ispravni postupak ima dvije faze. Fazu pokretanja i otvaranja, te fazu provođenja rasprave zajedno s donošenjem odluke.

Prva faza pokretanja i otvaranja vezana je načelom zakonitosti i propisanim odredbama koje su to isprave kojima je učinjen vjerojatnim opravdan razlog za

¹³ Pravni su lijekovi u parničnom postupku: žalba protiv presude, žalba protiv rješenja, revizija protiv presude, revizija protiv rješenja, prijedlog za ponavljanje postupka, prijedlog za izmjenu pravomoćnoga pojedinačnoga akta donesenoga na temelju ukinutoga zakona ili drugoga ukinutoga ili poništenoga propisa, zahtjev za izmjenu odluke kojom je povrijeđeno ljudsko pravo ili temeljna sloboda zajamčena Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda i dodatnim Protokolima uz tu Konvenciju koje je RH ratificirala, kada Europski sud za ljudska prava utvrdi povredu u dotičnoj odluci. Značenje specifičnoga pravnog lijeka ima i ustavna tužba, te tužba za poništaj odluke izabranoga (arbitražnoga) suda.

¹⁴ Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Gradansko parnično procesno pravo, VII izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2004, 131.

pokretanje postupka. Pa je tako čl. 208. st. 3. ZZK/19 propisano: „Opravdani razlog za vođenje pojedinačnog ispravnog postupka postoji kad je nekom ispravom učinjeno vjerojatnim da nekoj osobi pripada pravo koje nije u njezinu korist upisano i zbog čijeg bi upisa trebalo ispraviti određene zemljišnoknjižne upise, a radi se o pravu koje prema odredbama ovoga Zakona može biti predmet zemljišnoknjižnog upisa“, dok je čl. 209. st. 4. ZZK/19 donekle detaljnije propisano koje su to isprave: „Prijedlogu iz stavka 1. ovoga članka treba priložiti isprave iz kojih proizlazi opravdanost pokretanja pojedinačnog ispravnog postupka odnosno isprave kojima se dokazuje osnovanost prijedloga (npr. isprave o prijenosu ili osnivanju knjižnih prava u korist podnositelja prijedloga koje ne ispunjavaju sve pretpostavke za valjanost tabularne isprave, izvaci iz katastra zemljišta o posjedniku nekretnine, javno ovjerovljene izjave zemljišnoknjižnog vlasnika ili njegovih nasljednika kojima se potvrđuje pravo predlagatelja i sl.).“

Upravo ova odredba ZZK/19 (identičan čl. 200.a st. 5. ZZK/96), veže sud u smislu tumačenja koje su to isprave kojima je učinjen vjerojatnim opravdan razlog za pokretanje postupka. Isprave o prijenosu ili osnivanju knjižnih prava u korist podnositelja prijedloga koje ne ispunjavaju sve pretpostavke za valjanost tabularne isprave, javno ovjerovljene izjave zemljišnoknjižnog vlasnika ili njegovih nasljednika kojima se potvrđuje pravo predlagatelja u praksi postupanja sudova su rijetko problematične a i rijetko se na temelju takvih isprava predlaže provođenje postupka. No, ima takvih prijedloga i sa takvim ispravama koje su idealne za provođenje postupka bez održavanja rasprave koja mogućnost je uvedena tek ZZK/19.

Druga faza je održavanje rasprave zajedno s donošenjem odluke. Za razliku od parničnog postupka u kojem parnica počinje teći dostavom tužbe tuženiku na odgovor te osobna dostava poziva za održavanje ročišta mora biti uredna za sve tuženike na raspravu za ispravak pozvat će se osobe koje su podnijele svoje prijave i prigovore, osobe protiv čijih su upisa te prijave i prigovori podneseni, a sud može na raspravu pozvati i osobe za koje prema sadržaju zemljišnih knjiga proizlazi da bi mogle imati pravni interes. Nenazočnost pozvanih osoba ne odgađa održavanje rasprave za ispravak niti znači da je nenazočna osoba povukla svoju prijavu ili prigovor, a niti da priznaje tuđe prijave ili prigovore. U slučaju neodaziva uredno pozvanih osoba zemljišnoknjižni sud donijet će odluku bez odgađanja na temelju stanja spisa. Nitko nije ovlašten zahtijevati odgodu rasprave niti povrat u prijašnje stanje. Nadalje, sud na raspravi za ispravak izvodi dokaze koje smatra potrebnima.

Iz zakonskih odredbi odmah, na prvi pogled je razvidna namjera zakonodavca da pojedinačni ispravni postupak (odredbe o ispravnom postupku koje se primjenjuju na odgovarajući način) učini brzim, ekonomičnim i efikasnim postupkom. Sud nije vezan pravilima o dostavi, nije vezan prijedlozima stranaka za

izvođenje dokaza već izvodi dokaze koje smatra potrebnima, a u slučaju neodaziva uredno pozvanih osoba sud donosi odluku na temelju stanja spisa. Zapravo, svaka odredba o postupanju suda eksplicite isključuje pravila parničnog postupka i sudu daje alate za brzo i efikasno vođenje postupka. Navedeno se u praksi pokazalo vrlo efikasnim jer je moguće od podnošenja prijedloga do donošenja i provođenja odluke u zemljišnoj knjizi pojedinačni ispravni postupak okončati u roku od samo nekoliko mjeseci posebno što je rok za ispravak (rok za podnošenje prijave i prigovora) skraćen na najviše 30 dana donošenjem ZZK/19, koji zapravo i najviše produljuje cijeli postupak.

Konačno, protiv rješenja o otvaranju pojedinačnog ispravnog postupka nije dopuštena posebna žalba, te će se u uputi o pravnom lijeku naznačiti da osobe koje imaju pravni interes svoja prava mogu ostvarivati u ispravnom postupku podnošenjem prijave ili prigovora u roku otvorenom za ispravak odnosno u parnici pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom, nakon što pojedinačni ispravni postupak bude zaključen. Isto tako, protiv odluke donesene na raspravi za ispravak ne može se uložiti žalba ali ona ne sprječava ostvarivanje prava u parnici pred sudom ili u postupku pred drugim nadležnim tijelom.

Uspoređujući ove postupke u smislu utvrđivanja prava vlasništva možemo konstatirati da je pojedinačni ispravni postupak zaista pristupačniji i jednostavniji postupak radi postizanja ostvarenja uknjižbe prava vlasništva sudskim putem.¹⁵

Ovdje želimo istaknuti kako je svrha pojedinačnog ispravnog postupka da u razmjerno brzom, jednostavnom i jeftinom postupku uskladi zemljišnoknjižno i izvanknjižno vlasništvo.

U sklopu tog postupka mogu se riješiti različiti neskladi stvarnog stanja i postojećih zemljišnoknjižnih upisa poput potajnih dioba, vlasništva stečenog dosjelošću, neraspravljenih ostavina, usmenih ugovora, pisanih ugovora kojima nedostaje propisana forma, itd. Pri tome treba imati u vidu da je pojedinačni ispravni postupak poseban zemljišnoknjižni postupak u kojem se ispravljaju zemljišnoknjižni upisi, a provodi se, na prijedlog osobe koja ima pravni interes i, sukladno čl. 208. ZZK

¹⁵ Naime, u parničnom postupku koji se vodi radi utvrđenja prava vlasništva često dolazi do komplikacija, te neplaniranih i neželjenih situacija koje potom nepotrebno odugovlače postupak. To se prije svega događa kada neki od tuženika u toku postupka premine, pa se ostavinska parnica vodi godinama zbog sporova između nasljednika, a što uzrokuje prekid prije pokrenutog parničnog postupka radi utvrđivanja prava vlasništva. Zatim se događaju situacije u kojima se ne može doći do nekih osoba (odsutni i nepoznatog boravišta), kada sudovi takvim osobama imenuju privremene zastupnike u osobi odvjetnika i koji znaju naknadno doći do informacija, da je neka od osoba tuženika preminula prije podnošenja tužbe, a što automatski znači odbacivanje tužbe u odnosu na takvog tuženika. To podredno znači da se moraju naći nasljednici istog, a ukoliko se ne nađu, onda jednostavno nemamo drugog puta nego pokrenuti pojedinačni ispravni postupak.

kad postoji opravdan razlog i to kada je nekom ispravom (dakle, bilo kojom ispravom) učinjeno vjerojatnim da nekoj osobi pripada pravo koje nije u njezinu korist upisano i zbog čijeg bi upisa trebalo ispraviti određene zemljišnoknjižne upise, a radi se o pravu koje prema odredbama ZZK-a može biti predmet zemljišnoknjižnog upisa. Sukladno tome, prijedlogu treba priložiti ispravu iz koje proizlazi opravdanost pokretanja pojedinačnog ispravnog postupka odnosno ispravu kojima se dokazuje osnovanost prijedloga (npr. ispravu o prijenosu ili osnivanju knjižnih prava u korist podnositelja prijedloga koja ne ispunjava sve pretpostavke za valjanost tabularne isprave, javno ovjerovljena izjava zemljišnoknjižnih vlasnika ili njegovih nasljednika kojim se potvrđuje pravo predlagatelja i sl.).

OPRAVDANI RAZLOG ZA PROVOĐENJE POJEDINAČNOG ISPRAVNOG POSTUPKA I DONOŠENJE ODLUKE

Prijedlogu za provođenje pojedinačnog ispravnog postupka treba priložiti isprave iz kojih proizlazi opravdanost pokretanja pojedinačnog ispravnog postupka odnosno isprave kojima se dokazuje osnovanost prijedloga (npr. isprave o prijenosu ili osnivanju knjižnih prava u korist podnositelja prijedloga koje ne ispunjavaju sve pretpostavke za valjanost tabularne isprave, izvaci iz katastra zemljišta o posjedniku nekretnine, javno ovjerovljene izjave zemljišnoknjižnog vlasnika ili njegovih nasljednika kojima se potvrđuje pravo predlagatelja i sl.). U ovoj fazi postupka, kada se odlučuje o osnovanosti prijedloga za pokretanje i otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka sud je izravno vezan odredbom čl. 209. st. 4. ZZK i ima odredbu koja propisuje uvjete za pokretanje i otvaranje postupka, dakle vezan je načelom zakonitosti.

ZZK egzemplikativno navodi koje su to isprave kojima se može učiniti vjerojatnim opravdani razlog za pokretanje pojedinačnog ispravnog postupka a ne taksativno kako se to često pogrešno tumači.

Isprave o prijenosu ili osnivanju knjižnih prava u korist podnositelja prijedloga koje ne ispunjavaju sve pretpostavke za valjanost tabularne isprave bi bile sve one isprave koje iz nekih razloga nisu provedive u redovnom strogo formalnom zemljišnoknjižnom postupku posebice one koje ne udovoljavaju odredbama o knjižnom predniku.¹⁶

¹⁶ Veliki je broj slučajeva u kojem je knjižni vlasnik raspolagao nekretninom za života koji pravni posao nije proveden u zemljišnoj knjizi, a nasljednici su nekretninu utvrdili ostavinskom imovinom i u ostavinskom postupku proglašeni nasljednicima, te proveli takvo rješenje o nasljeđivanju u zemljišnoj knjizi dok ta nekretnina zapravo i nije predstavljala imovinu ostavitelja. Stjecatelj takve nekretnine nema mogućnost u redovnom zemljišnoknjižnom postupku ishoditi upis na svoje

Javno ovjerovljene izjave zemljišnoknjižnog vlasnika ili njegovih nasljednika kojima se potvrđuje pravo predlagatelja propisane su kao isprave kojima se pokreće pojedinačni ispravni postupak jer iz takvih isprava najčešće nije vidljiv pravni temelj pa nisu provedive u redovnom zemljišnoknjižnom postupku. Takve izjave su nerijetko napisane nestručno, bez vidljivog pravnog temelja i izričite tabularne izjave koja je nužna za provedbu u zemljišnoj knjizi u redovnom zemljišnoknjižnom postupku.

Izvadak iz katastra zemljišta o posjedniku nekretnine je isprava koja u praksi stvara najviše nedoumica, i to ne toliko za pokretanje i otvaranje pojedinačnog ispravnog postupka, (jer je propisana kao isprava za pokretanje i otvaranje), već za donošenje odluke kada su prijedlogu prigovorili upisani zemljišnoknjižni suvlasnici.

No, postoje odluke sudova prvog stupnja koje su potvrđene odlukama suda drugog stupnja koji su u izravnoj suprotnosti sa propisanom odredbom te s načelom zakonitosti. ZZK propisuje izvadak iz katastra zemljišta kao ispravu na temelju koje se pokreće PIP a sud prvog stupnja upravo na temelju takve isprave odbija prijedlog za pokretanje, a viši sud potvrđuje takvu odluku. Ovakve odluka suda prvog stupnja i odluka suda drugog stupnja u izravnoj su suprotnosti s odredbama ZZK i suprotnosti s načelom zakonitosti. U ovim odlukama raspravlja se o ovlastima suda u pojedinačnom ispravnom postupku nakon pokretanja postupka, o ovlastima odnosno nedostatku ovlasti suda u pojedinačnom ispravnom postupku kod donošenja konačne odluke a u potpunosti se zanemaruje izričita zakonska odredba koja propisuje da je izvadak iz katastra zemljišta o posjedniku nekretnine isprava na temelju koje se pokreće i otvara pojedinačni ispravni postupak.

No, ovakve situacije su rijeđe od situacija u kojima je predlagatelj osobno i putem prednika upisan u katastarskom operatu kao posjednik nekretnine od osnutka operata (posjedovni list), a u otvorenom pojedinačnom ispravnom postupku prigovara samo dio upisanih suvlasnika i to upisanih za male suvlasničke udjele. U fazi nakon otvaranja postupka i ovakvoj situaciji možemo reći da je legitimno raspravljati može li sud u pojedinačnom ispravnom postupku utvrđivati stjecanje vlasništva dosjelošću.

Vrhovni sud Republike Hrvatske je u svojoj revizijskoj odluci pod posl. br. Rev 346/2023 od 13. lipnja 2023. godine konačno odgovorio na postavljeno

ime jer osoba od koje je stekla nekretninu nije više upisana u zemljišnoj knjizi, odnosno nije ispunjen uvjet knjižnog prednika. Takvu situaciju rješava pojedinačni ispravni postupak u kojem sud donosi odluku i upisuje stjecatelja jer nije vezan odredbama o knjižnom predniku iz redovnog postupka, pa čak i ako se nasljednici protive prigovorom. U tom slučaju sud provodi raspravu za ispravak i kod nedostatka sporazuma odluku donosi po pravičnoj ocjeni.

pravno pitanje: „Da li se u pojedinačnom ispravnom postupku može dokazivati stjecanje prava vlasništva dosjelošću, pri čemu svoje izvanknjižno vlasništvo predlagatelj može dokazivati, osim ispravama i drugim dokazima kao što su svjedoci, očevid i sl.“¹⁷

Dakle, odgovor glasi: „U pojedinačnom zemljišnoknjižnom ispravnom postupku ne može se dokazivati stjecanje prava vlasništva dosjelošću na način da svoje izvanknjižno vlasništvo predlagatelj dokazuje osim ispravama i drugim dokazima kao što su svjedoci, očevid i sl.“ Vrhovni sud Republike Hrvatske naglašava da, ako određena osoba smatra da je dosjelošću stekla određenu nekretninu, a nema adekvatne isprave koje ima u vidu odredba čl. 200. st. 3. ZZK/13), svoje pravo može ostvarivati u parnici. Prema tome, Vrhovni sud potvrđuje stajalište da se pojedinačni ispravni postupak ne može pokrenuti i otvoriti u nedostatku isprave koju propisuje ZZK.

No, pitanje koje i dalje stvara probleme, a potječe od prigovaratelja je, može li sud u otvorenom pojedinačnom ispravnom postupku utvrđivati dosjelo, odnosno nesmetani posjed nekretnine kroz određeno vrijeme i na temelju takvih utvrđenja na raspravi za ispravak donijeti odluku u korist predlagatelja nakon što utvrdi da je predlagatelj u dugom neometanom posjedu nekretnine koja je predmet postupka.

Zaključno, ZZK je odredbom čl. 209. st. 4. postavio osnove i egzemplikativno propisao isprave kojima se dokazuje osnovanost prijedloga za pokretanje postupka pa isprava za pokretanje postupka može biti i neka druga isprava kojom je učinjeno vjerojatnim da nekoj osobi pripada pravo koje nije u njezinu korist upisano i zbog čijeg bi upisa trebalo ispraviti određene zemljišnoknjižne upise.

Zakonodavac je ostavio mogućnost predlaganja pokretanja postupka na temelju bilo koje druge isprave kojom je učinjeno vjerojatnim neko pravo koje nije upisano u zemljišnoj knjizi pa odluka o pokretanju postupka na temelju takve isprave ovisi o tumačenju suda odnosno rješavatelja. S obzirom na to da je pojedinačni ispravni postupak posebni zemljišnoknjižni postupak i temelji se na ispravama koje su najčešće nužne da bi prijedlog bio osnovan.

No, postoje situacije u kojima se isprave predlagatelja već nalaze u zbirci isprava zemljišnoknjižnog suda i na koje se predlagatelj samo poziva svojim prijedlogom. Nerijetke su situacije u kojima su osobe stjecale suvlasničke udjele nekretnine veće površine, izvršile promjenu površine i oblika prijavnim listom ureda

¹⁷ Suština odluka sudova prvog i drugog stupnja temelje se na činjenici da predlagatelj nije uz prijedlog dostavio nikakvu ispravu, već je predložio provođenje PIP-a isključivo pozivajući se na dosjelo i mogućnost dokazivanja svog prava svjedocima, očevidom na licu mjesta i sl., sve u nedostatku isprave iz čl. 209. st. 4. ZZK-a.

za katastar te danas u zemljišnoj knjizi ne postoji više tzv. matična čestica zemlje koju su stekli u suvlasničkom udjelu već novonastale nekretnine koje površinom odgovaraju suvlasničkom udjelu u odnosu na cijelu površinu matične nekretnine. Kako bi izbjegli sklapanje ugovora o diobi ili eventualno postupak radi razvrgnuća suvlasničke zajednice sa velikim brojem suvlasnika koji često ne žive u Republici Hrvatskoj stranke predlažu provođenje PIP-a i traže upis na novonastaloj nekretnini na svoje ime za cijelo uz brisanje suvlasničkih udjela ostalih suvlasnika. U takvom slučaju predlagatelj ne raspolaže nekom novom ispravom već onom na temelju koje je već upisan u zemljišnoj knjizi ali inzistiranje na sklapanju ugovora o diobi, izdavanje tabularne isprave od ostalih suvlasnika iziskivalo bi veliki trošak predlagatelju i ostalim suvlasnicima među kojima ništa nije sporno, jer da jest, ne bi došlo do ovjere i provedbe prijavnog lista kojim su nastale nove nekretnine. Na ovakav način se uz minimalne troškove usklađuje stanje u zemljišnoj knjizi.

PIP se može pokrenuti i na temelju isprava u kojima je omaškom pogrešno označena nekretnina koja je predmet nekog pravnog posla što u redovnom zemljišnoknjižnom postupku nije moguće. Ukoliko predlagatelj u prijedlogu opiše okolnosti sklapanja pravnog posla te naznači da je došlo do omaške u izradi smatramo da je takva isprava podobna za otvaranje i pokretanje postupka a sve ostalo se, ako sud smatra bitnim, može utvrditi izvođenjem dokaza, primanjem izjava ili saslušanjem svjedoka na raspravi za ispravak i na kraju odluku donijeti po pravičnoj ocjeni u slučaju nedostatka sporazuma.

Isto tako, česti su slučajevi u kojima je imovina ostavitelja prije 10–20 godina (a i kasnije ako su tako zahtijevali odnosi u ostavinskom postupku) rješenjem o nasljeđivanju raspoređena na nasljednike opisno. Odnosno, imovina je raspoređena po svojim nazivima po kojima su poznate na određenom području a ne svojom zemljišnoknjižnom oznakom koja je nužna za provedbu takvog rješenja u zemljišnoj knjizi. Takvo rješenje nije moguće ni ispraviti ni dopuniti u ostavinskom postupku jer nije došlo do omaške suda u izradi rješenja, a i ne postoji naknadno pronađena imovina ostavitelja (jer je raspoređena samo opisno) i jedini način provedbe takvog rješenja je u pojedinačnom ispravnom postupku. Predlagatelji (nasljednici) su takvom ispravom učinili vjerojatnim svoje pravo koje nije u njihovu korist upisano u zemljišnoj knjizi te su ispunjene pretpostavke za otvaranje PIP-a.¹⁸

¹⁸ Ulaskom Republike Hrvatske u Europsku uniju 1. srpnja 2013. i stupanjem na snagu Uredbe (EU) br. 650/2012 Europskog parlamenta i Vijeća 17. kolovoza 2015. (dalje: Uredba EU) u Republici Hrvatskoj i ostalim državama članicama moguća je provedba rješenja o nasljeđivanju iz drugih država članica na temelju Europske potvrde o nasljeđivanju (dalje: Potvrda). Sukladno čl. 69. Uredbe Potvrda proizvodi svoje učinke u svim državama članicama a da nije potreban poseban postupak (priznanje strane sudske odluke). Isto tako, u preambuli Uredbe, toč. 68. utvrđeno je da tijelo koje

Odlučivanje u pojedinačnom ispravnom postupku nakon što je doneseno rješenje o otvaranju regulirano je odredbama čl. 215, 216, 202. i 203. (odredbe ispravnog postupka koje se na odgovarajući način primjenjuju).

Situacije u kojima je došlo do sporazuma stranaka (predlagatelja i podnositelja prigovora/prijava) na raspravi za ispravak ne dovode do nedoumica s obzirom da je čl.203. st. 2. ZZK/19 ograničena provjera suda može li se i takav sporazum provesti i je li dopušten. No, situacije u kojima nije došlo do sporazuma stranaka (predlagatelja i podnositelja prigovora/prijava) na raspravi za ispravak su česte i stvaraju nedoumice oko ovlasti suda u donošenju odluke. Člankom 203. st. 3. ZZK/19 (tako i ZZK/96 i ZZK/13) propisano je da će o prijavama i prigovorima glede upisa u vlastovnicu i teretovnicu o kojima nazočni nisu postigli sporazum sud odlučiti po pravičnoj ocjeni.

Osnovni problem i oprečna stajališta sudionika u postupku, kako suda, tako i stranaka a posebno Općinskog državnog odvjetništva kao zastupnika Republike Hrvatske javljaju se u situacijama kada ne postoji sporazum stranaka i sud donosi odluku po pravičnoj ocjeni.

Nebrojene su odluke suda kojima se, u slučaju izostanka suglasnosti stranaka (predlagatelja i podnositelja prijave/prigovora) stranke upućuju da svoje pravo ostvare u parnici tužbom za ispravak pozivom na odredbu čl. 203. st. 5. ZZK-a. Odnosno, pojedinačni ispravni postupak se tretira kao svaki drugi izvanparnični postupak u kojem se, u slučaju nastanka spora o relevantnim činjenicama, stranke upućuju u parnični postupak radi utvrđivanja spornih činjenica. Takva osnova u ZZK jednostavno ne postoji. ZZK nijednom odredbom ne propisuje, da, ukoliko ne postoji sporazum stranaka u postupku, da će se uputiti u parnični postupak, odnosno tužbu za ispravak. Naime, kao što smo naveli, pojedinačni ispravni postupak je predlagatelj i izabrao za pružanje pravne zaštite upravo zbog svih onih prepreka na koje nailazi parničnom postupku, a posebno na tuženike koji su davno umrli, odsutni su i nepoznata boravišta i sl. ZZK je odredbom čl. 203. st. 3. jasno i nedvojbeno propisao da će o prijavama i prigovorima glede upisa u vlastovnicu

izdaje Potvrdu trebalo bi uzeti u obzir formalnosti koje se zahtijevaju za registraciju nepokretne imovine u državi članici u kojoj se vodi upisnik. U tu bi svrhu ova Uredba trebala predvidjeti razmjenu podataka o takvim formalnostima između država članica jer čl. 68. Uredbe koji regulira sadržaj Potvrde imovina ostavitelja nije predviđena kao nužan sadržaj Potvrde već dio svakog nasljednika te, ako je potrebno, popis prava i/ili imovine za svakog nasljednika. Prema tome, nerijetko se događa da Potvrda u Republici Hrvatskoj dolazi bez podataka nužnih za provedbu u redovnom zemljišnoknjižnom postupku. Imovina se utvrđuje kao „sva imovina koju ostavitelj ima u Republici Hrvatskoj“ koja je raspoređena na nasljednike. S aspekta redovnog zemljišnoknjižnog postupka takva Potvrda ne udovoljava uvjetima za provedbu pa smatramo, dok ne dođe do razmjene podataka o formalnostima između država članica da bi se takve Potvrde trebale provoditi u pojedinačnom ispravnom postupku.

i teretovnicu o kojima nazočni nisu postigli sporazum sud odlučiti po pravičnoj ocjeni. ZZK nije ostavio mogućnost sudu da odbije odlučiti o zahtjevima jer među strankama nije postignuta suglasnost, upravo suprotno, propisao mu je mogućnost donošenja odluke po pravičnoj ocjeni. Ne samo da donese odluku po pravičnoj ocjeni, već je ZZK izravno isključio pravo na podnošenje žalbe protiv takve odluke, no omogućio pokretanje parničnog postupka nakon što je pojedinačni ispravni postupak okončan.

NAČELO PRAVIČNOSTI U POJEDINAČNOM ISPRAVNOM POSTUPKU

Načelo pravičnosti je temeljna pravna vrijednost i pravno načelo koje određuje kako u društvenim odnosima treba razdijeliti ostale pravne vrijednosti (život, zdravlje, slobodu, vlast, rad, dohodak, poreze, obrazovanje itd.) preko pravnih ovlasti i pravnih obveza što ih uspostavljaju pravne norme.¹⁹ To distributivno načelo nastaje prepoznavanjem, priznavanjem i uspostavljanjem određenih odnosa nejednakosti i jednakosti među ljudima, te nalaže da svaki pravni subjekt treba dobiti ono i onoliko koliko mu pripada, (*suum cuique tribuere*), a to znači da jednaki trebaju dobiti jednako, a nejednaki nejednako u skladu s razmjerom njihove nejednakosti. To temeljno aksiološko pravilo povijesno se konkretiziralo u različitim shvaćanjima ili ideološkim tipovima pravednosti: pravednost prema zaslugama (distributivna pravednost), pravednost prema ekvivalenciji (tržišna i kaznena, komutativna pravednost), pravednost prema potrebama, prema radu, solidarna ili korektivna pravednost. Izraz pravda (*iustitia*) najuobičajeniji je za sudstvo, koje konačno izriče ono što kao zakonito i pravedno pripada strankama u pravnome sporu.

Poseban oblik pravednosti jest pravičnost, ovlast koju ima sudac ili druga službena osoba da može elastično primijeniti ili ne primijeniti opću normu u nekom sporu ako je to opravdano radi diferencirane primjene određenoga načela pravednosti u skupini subjekata koji su njime označeni kao jednaki. Prema Aristotelu,

¹⁹ V. više kod Vladimir Tamaš, „Primena načela pravičnosti u pravnim shvatanjima i odlukama Vrhovnog suda Srbije“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 11–12, Vol. 26, Beograd, 2009, 3–14, koji između ostalog navodi: Načelo pravičnosti je kao pravna kategorija složena pojava i na prvom mestu znači postupanje u istim slučajevima na isti način, ali znači i postupanje koje je logično, ekonomski celishodno, moralno i politički nužno, i ako ne uvek zajedno. Može se konstatovati da se kod suđenja po načelu pravičnosti radi o odstupanju ocenjivanja konkretnog slučaja po striktnoj primeni odgovarajućeg pozitivnog propisa, a iz razloga što bi u konkretnom slučaju potpuna primena propisa bila u suprotnosti s postojećim shvatanjem pravde i pravičnosti. Prevelika doza pravičnosti može dovesti do nepravičnijeg rešenja nego kod striktno primene slova zakona. Rešenje je u pronalazanju pravične sredine, tako da sud treba da ide jedan korak dalje od zakona, ali ne bez zakona.

svaki je zakon neka opća odredba, a ima mnogo pojedinačnih slučajeva koji ne mogu biti tretirani pravedno prema nekoj takvoj uopćenoj odredbi.

U poglavlju Ustava Republike Hrvatske,²⁰ (dalje: Ustav), o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, čl. 29. st. 1, određeno je da svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela. Iz sadržaja te odredbe proizlazi da je odlučivanje suda po pravičnoj ocjeni u Republici Hrvatskoj jedno od općih pravnih načela. Pravna načela se ne primjenjuju mehanički, već prema okolnostima pojedinačnog slučaja i u okviru prihvaćenih shvaćanja što je pravično i pošteno.

Primjenom pravnih načela, posebno temeljnih principa, često se radi o istovremenoj primjeni moralnih vrijednosti koje su prihvaćene u određenoj zajednici. Sudac koji odlučuje u pojedinačnom predmetu treba kod donošenja odluke odlučiti o primjeni prava, ali isto tako odluka suda treba biti pravedna. Naravno da je koji puta nemoguće zadovoljiti istovremeno pravo i pravdu, ali treba težiti tom cilju.

Pravičnost u odnosu na pojedinačni ispravni postupak znači da je sud ovlašten elastično primijeniti ili ne primijeniti upravo odredbe ZV-a o stjecanju prava vlasništva iz Glave 6, i to sve osnove stjecanja propisane ZV-om, bili izvorni (originarni) ili izvedeni (derivativni), odnosno na temelju pravnoga posla, odluke suda, odnosno druge nadležne vlasti, nasljeđivanjem i na temelju zakona, jer ZZK izrijekom propisuje temelj stjecanja, povijest stjecanja i slično kao uvjet za pokretanje postupka.

Suprotno uvriježenom stajalištu Općinskog državnog odvjetništva a i većine podnositelja prigovora koji su upisani zemljišnoknjižni vlasnici ili suvlasnici (najčešće za mali suvlasnički udio) na koje se u svojim prigovorima redovito pozivaju i ističu da sud u pojedinačnom ispravnom postupku nije ovlašten utvrđivati dosjelo, dok smo mi stajališta da je sud ovlašten utvrđivati temelj stjecanja po pravičnoj ocjeni, pa tako i dosjelo.

Iako kao izvanparnični postupak, pojedinačni ispravni postupak je izrijekom normiran kao postupak u kojem se donosi odluka, iako je nastao spor među strankama (nedostatak sporazuma) i to prema pravičnoj ocjeni. Prema tome, nema mjesta primjeni ZIP-a ni ZPP-a jer je odredbama ZZK propisano postupanje i obvezu suda da donese odluku u slučaju nedostatka sporazuma stranaka, jer i sam ZZK-a kao osnovi uvjet za pokretanje postupka propisuje temelj stjecanja, a što će sud u takvom postupku utvrđivati nego upravo taj temelj stjecanja i i to po pravičnoj ocjeni.

²⁰ Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14.

ZAKLJUČAK

Smatramo da je razumljivo da suci i savjetnici koji su cijelo svoje obrazovanje učeni po doktrini načela zakonitosti, donošenje odluke po pravičnoj ocjeni smatraju neistraženom zonom, no to nije razlog za negiranje norme koja je propisana zakonom i koja im omogućava donošenje odluke lišene krutog primjenjivanja norme kao u parničnom postupku. Nedopustivo je odbijanje donošenja odluke samo zato što je došlo do prigovora, odnosno nesuglasnosti među zahtjevima stranaka, jer takvo postupanje ZZK nije predvidio niti to proizlazi iz tumačenja cjelokupnog instituta.

Smatramo da je puno efikasnije i ekonomičnije ispraviti zemljišnoknjižno stanje na način da se zemljišna knjiga „očisti“ od zastarjelih upisa i upiše nekoga od stranaka na koji način će se stvoriti uvjeti za vođenje parničnog postupka između tih stranaka koje su i jedine pokazale pravni interes za nekretnine koje su predmet postupka.

Pojam pravičnosti poznaju suvremeni pravni sustavi (kao *equity law*, *aequitas*, *équité*), kao kriterij pri odlučivanju i donošenja odluka. Iako niti jedan zakon ne daje definiciju pravičnosti, može se zaključiti da se ona uzima u obzir uvijek kada se želi izbjeći formalno i usko tumačenje određene norme ili principa, a u cilju njihove primjene na društvene okolnosti koje se brzo mijenjaju. Jedina kritika primjene ovog načela odnosi se na strah od prevelike sudačke slobode – arbitrarosti, ali analizirajući primjenu istog načela u pojedinačnom ispravnom postupku možemo konstatirati da je načelo pravičnosti praktički *condicio sine qua non* pojedinačnog ispravnog postupka.

Dr. BLANKA KAČER

Associate Professor, Faculty of Law
University of Split

Mr. sc. DEAN RAHAN

Attorney at Law, Law office Dean Rahan, Supetar

ABOUT INDIVIDUAL LAND REGISTRY CORRECT PROCEDURE

Summary

Analyzing the issue of how to settle property rights through court proceedings, we came to the conclusion that the most economical, fastest and simplest legal way to resolve property-legal relations in today's times is the non-litigation individual correct land registry procedure, which is regulated by the Land Registry Act. Attention in this article is devoted to the course of the procedure itself, from the initiation of the correct procedure, the decision on the proposal, the decision on the opening of the individual correct procedure and the note in the land register that the individual correct procedure has been opened, the submission of the decision on the opening, the submission and recording

of applications and objections and the consequences of the submission applications and objections, the course of the hearing, making the court's decision after the hearing, all through a comparison with the civil procedure. Also, a special overview will be given in relation to the conceptual definition of the principle of fairness, and its application as the main principle in individual correct procedure.

Key words: correct procedure, real estate, ownership, fairness

Literatura

Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=46754>.

Klarić P., Vedriš M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014.

Tamaš V., „Primena načela pravičnosti u pravnim shvatanjima i odlukama Vrhovnog suda Srbije“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 11-12, Vol. 26, Beograd, 2009.

Triva S., Dika M., *Građansko parnično procesno pravo, VII izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 2004.

Šago D., Tironi Z., Vrljić D., „Zakon o zemljišnim knjigama, s komentarom, napomenama, bilješkama, sudskom praksom, praktičnim primjerima, komparativnim prikazom članka, kazalom pojmova“, *Vizura*, Zagreb, 2020.

PREGLEDNI RAD

ALEKSANDRA PAVIČEVIĆ

POSEBNI MODALITETI IUS RETENTIONIS U SRPSKOM I UPOREDNOM PRAVU

Svrha razmatranja posebnih vrsta instituta ius retentionis (prava zadržavanja) u ovom radu je ukazivanje na motive pojedinih zakonodavaca za odstupanje od opštih pravila u okviru pojedinih pravnih odnosa, kao i u određenim situacijama kada bi zasnivanje retencije prema opštim pravilima bilo nemoguće, a razlozi svrsishodnosti to opravdavaju. Cilj ove analize je značajan, jer upućuje na iznalaženje novih sfera primene retencije, kao sui generis realne garancije građanskog prava, a potencijalno i na formulisanje predloga posebnih oblika retencije u srpskom pravu de lege ferenda, koji bi se u domaćem pravu razlikovali od opšte formule o retenciji iz čl. 286–289 Zakona o obligacionim odnosima. Stoga su predmet razmatranja u radu: osobenosti postojećih posebnih oblika retencije u domaćem pravu de lege lata, ali i u pojedinim stranim regulativama, kao i formulisanje predloga novih, koje bi, po oceni autora, bilo svrsishodno uvrstiti u domaću regulativu de lege ferenda, a po uzoru na pojedina rešenja iz uporednog prava. U tom smislu autor argumentuje zašto bi bilo korisno ubuduće uvesti i neke posebne oblike ius retentionis, poput: retencije savesnog nalazača tuđe izgubljene stvari; poslovođe bez naloga; a eventualno i uhvaćene životinje i zakupodavca poslovnog prostora.

Ključne reči: stvarno pravo, pravo realnog obezbeđenja potraživanja, ius retentionis (retencija), opšti i posebni modaliteti prava zadržavanja

U V O D

Ius retentionis (retencija, pravo zadržavanja) je specifični građanskopravni institut sa dugom pravnom tradicijom, još od rimskog prava, koji vrši funkciju

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

realnog obezbeđenja potraživanja, kao sadržinski najrodniji založnom pravu, a realizuje se na autentičan način, kroz zakonom dozvoljenu samozaštitu.¹ Retencija se uobičajeno definiše kao pravo poverioca dospelog, a neizmirenog potraživanja da zadrži dužnikovu stvar koju ima u neposrednom posedu i prvenstveno se namiri iz vrednosti ostvarene prodajom te stvari. Ovakvo pojmovno određenje retencije odgovara opštem zakonskom određenju u domaćem pravu, u Zakonu o obligacionim odnosima (ZOO)² i onim stranim regulativama koje poznaju tzv. opšti model retencije.

Uz njega, kao pravilo, ove regulative uređuju i tzv. posebne modalitete retencije, koji zahtevaju zasebno eksplicitno normiranje (u okviru posebnih građansko-pravnih instituta) jer ne ispunjavaju neki uslov iz opšteg zakonskog pravila (npr. vrsta stvari u pitanju, način zasnivanja poseda retinenta, svojstva obezbeđenog potraživanja itd.). Otud, jedna od poznatijih doktrinarnih podela retencije³ i jeste na tzv. opštu i posebnu retenciju, a koja će biti predmet kritičkog uporednopravnog razmatranja u ovom radu. Ove vrste retencije izvedene su prema kriterijumu: da li norma koja se odnosi na retenciju u konkretnoj regulativi ima značaj pravila ili izuzetka.⁴ Pritom, u radu su izostavljene regulative (poput nekih romanskih)⁵ koje ne poznaju tzv. opštu retenciju, već slede tzv. kazuistički model normiranja (gde izostaje opšta zakonska definicija, a postoje samo posebne vrste retencije, u okviru određenih instituta).

Opšta retencija je kao pravilo regulisana u brojnim evropskim regulativama: u švajcarskoj, nemačkoj i austrijskoj građanskoj, srpskoj, hrvatskoj, slovenačkoj, u crnogorskoj, u regulativi BiH i Severne Makedonije, a odnedavno i u francuskoj.⁶

¹ V. više u: Aleksandra Pavićević, „Pravo retencije“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016, 95–117.

² V. čl. 286–289 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93; *Službeni list SCG*, br. 1/03. U daljem tekstu: ZOO.

³ O različitim doktrinarnim podelama retencije na vrste: A. Pavićević (2016), op. cit., 86 i dalje.

⁴ O *lienima* anglosaksonskog prava v.: Edward I. Sykes, *The Law of Securities*, Law Book Co. Ltd, Sydney, 1978, 561 i dalje.

⁵ Tipičan primer kazuističkog normiranja retencije je italijanska regulativa, a slučajevi dozvoljene retencije su: čl. 924–925 Italijanskog građanskog zakonika (u daljem tekstu IGZ), čl. 1006–1007, čl. 1011, čl. 1502 i čl. 2235 IGZ. Više u: Angelo Barba, „Voce Ritenzione“, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffré, 1989, 1382; Wanda D’Avanzo, *Voce Ritenzioni (diritto di)*, in *Novissimo Digesto*, Torino, Utet, 1969, 177.

⁶ V. čl. 895 Švajcarskog građanskog zakonika (ŠGZ); čl. 2286 Francuskog građanskog zakonika (FGZ); čl. 273 Nemačkog građanskog zakonika (NGZ); čl. 471 Austrijskog građanskog zakonika (AGZ); čl. 286 srpskog ZOO; čl. 72–75 Zakona o obveznim odnosima Hrvatske; čl. 261 Obligacionog zakonika Slovenije; čl. 275 ZOO Severne Makedonije; čl. 293 ZOO Crne Gore i čl. 286 ZOO Federacije BiH i Republike Srpske.

Svi ostali modaliteti retencije u navedenim regulativama, koji ne zadovoljavaju uslove iz opšte norme o retenciji, a eksplicitno su zakonom propisani, smatraju se posebnim. Za njihovo se zasnivanje traže: neki dodatni uslovi; ili čije je zasnivanje pojednostavljeno otpadanjem nekog od uslova predviđenih za opštu retenciju; ili koji se zasnivaju u posebnim okolnostima i sl. *Posebne vrste ius retentionis* koje su predmet razmatranja u radu jesu: retencija ugostitelja; kod nepravde ostave (koje postoje i u domaćem pravu); uz posebne vidove retencije švajcarskog prava – retencija činidbe i nepokretnosti;⁷ kao i posebni oblici retencije nemačkog prava, poput retencije nalazača tuđe izgubljene stvari i dr.⁸

Svrha našeg razmatranja posebnih vrsta retencije u ovom radu jeste ukazivanje na motive pojedinih zakonodavaca da odstupe od opštih pravila u okviru određenih pravnih odnosa, kao i u situacijama kada bi zasnivanje retencije prema opštim pravilima bilo nemoguće, a razlozi svrsishodnosti to ipak opravdavaju. Cilj ove analize je po našem mišljenju značajan, jer upućuje na iznalaženje novih sfera primene retencije, a potencijalno i na formulisanje predloga posebnih oblika retencije u srpskom pravu *de lege ferenda*. Stoga su predmet razmatranja u radu osobenosti postojećih posebnih oblika retencije, pre svega u domaćem pravu *de lege lata*,⁹ kao i formulisanje predloga novih, koje bi po našem mišljenju, bilo svrsishodno uvrstiti u domaću regulativu *de lege ferenda*, a po uzoru na pojedina rešenja iz uporednog prava.

POSEBNI OBLICI *IUS RETENTIONIS* U POZITIVNOM DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU

Retencija savesnog držaoca tuđe stvari koji je izgubio reivindikacioni spor

Prvi poseban oblik *ius retentionis* je retencija savesnog¹⁰ držaoca koji je dužan da vrati stvar vlasniku, budući da je od njega prethodno izgubio reivindikacioni spor. Posebnom zakonskom odredbom (a često i posebnim zakonom)

⁷ V. Švajcarski građanski zakonik (ŠGZ) i Švajcarski zakonik o obligacijama (ŠZO).

⁸ O brojnim posebnim oblicima *possessory (državinskih) liena* u anglo-američkom pravu v.: Abraham L. Lavine, *Manual of Commercial Law*, University of the State of New York, 1940, 183 i dalje; Abraham L. Lavine, *Modern business law*, Prentice Hall, 1954, 686. O modalitetima *possessory liena* u pravu Australije: Paul Latimer, *Australian Business Law*, CCH a Wolters Kluwer business, Sydney, 2012, 13–230.

⁹ U ovom pregledu posebnih slučajeva retencije izostaće retencija menice i čeka, budući da je reč o modalitetima retencije trgovačkog prava.

¹⁰ V. čl. 1000 NGZ; Harry Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, 137; Julius Staudinger Gursky, *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht*, BGB, III §§ 985–1011, 2012, 383 i dalje.

sve regulative iz našeg uzorka,¹¹ ovlašćuju ovakvog držaoca da stvar zadrži, kako bi njome obezbedio isplatu naknade troškova koje je imao oko stvari, a na koje ima pravo (jer nisu ispunjeni svi uslovi za primenu opšteg pravila).¹² Naime, dve norme o retenciji su u odnosu opšteg i posebnog pravila: posebna norma iz domaćeg Zakona o osnovnim svojinskopравnim odnosima (ZOSPO-a) omogućava poveriocu retiniranje stvari pod povoljnijim okolnostima – ali samo za određenu kategoriju potraživanja (naknada troškova koje je imao oko stvari); sa druge strane, za sva ostala potraživanja koja ovaj držalac ima prema vlasniku stvari, on se ne može pozivati na ovu posebnu retenciju, već retinirati stvar samo po opštem pravilu iz čl. 286 ZOO (dakle, samo za dospela potraživanja).

Komparativna analiza ukazuje na izvesne razlike u normiranju ovog posebnog modaliteta retencije, a naročito u pogledu njenog dejstva. Stoga ćemo izložiti najznačajnije osobenosti ovog posebnog slučaja retencije, uz naznačenje razlika u koncepcijama pojedinih regulativa. U doktrini se ovaj modalitet retencije opšteprihvaćeno tumači kao specijalan, jer ne ispunjava više uslova za opštu retenciju.¹³ Na osnovu komparacije zakona¹⁴ i stavova doktrine možemo locirati razlike retencije savesnog držaoca tuđe stvari u odnosu na opšte pravilo o retenciji.¹⁵

1. Ovaj modalitet retencije obezbeđuje *nedospelo* potraživanje (za razliku od opšteg pravila, koje dospelost potraživanja eksplicitno zahteva kao uslov *sine qua non*).¹⁶ Ovo je najveća razlika u odnosu na opštu normu o retenciji u svim regulativama. S obzirom na to da je u domaćem pravu regulativa retencije iz ZOSPO¹⁷

¹¹ V. čl. 38. st. 7 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa Republike Srbije (u daljem tekstu ZOSPO), *Službeni list SFRJ*, br. 6/80, 36/90; *Službeni list SRJ*, br. 29/96; *Službeni glasnik RS*, br. 115/05 – dr. zakon). U uporednom pravu v.: čl. 164. st. 2 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima; čl. 95. st. 7 Stvarnopravnog zakonika Slovenije; čl. 118 Zakona o svojinsko-pravnim odnosima Crne Gore; čl. 157. st. 6 Zakona za sopstvenost i drugi stvarni prava Severne Makedonije; čl. 129. st. 5 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske; čl. 555 FGZ; čl. 939 ŠGZ; čl. 1000–1003 NGZ.

¹² Nikola Gavella *et alia*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998, 443.

¹³ O regulativi retencije iz čl. 1000–1003 NGZ kao „specijalnoj, nerazvijenoj formi instituta prava zadržavanja“: Fritz Baur, Rolf Stürner, *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1999, 116.

¹⁴ V. i: čl. 939 ŠGZ. Više u: Peter Tuor, Bernhard Snyder, Jörg Schmidt, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995, 626; Karl Oftinger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1952, 399.

¹⁵ O osobenostima retencije savesnog držaoca tuđe stvari u hrvatskom pravu v.: Silvija Petrić, *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2004, 43–45; N. Gavella *et alia*, op. cit., 443.

¹⁶ V. § 1000 NGZ.

¹⁷ Čl. 38. st. 7 ZOSPO.

– *lex specialis*, smatramo da za sve što nije posebno određeno ovom normom, važi opšta norma o retenciji iz čl. 286 ZOO (*lex generalis*). Upravo odsustvo dospelosti potraživanja, kao elementa činjeničnog skupa potrebnog za nastanak opšte retencije, predstavlja *ratio* uvođenja ove posebne odredbe. S obzirom na to da potraživanje naknade ovih troškova ne dospeva do momenta predaje stvari vlasniku, a da sa druge strane, retencija nije moguća nakon gubitka poseda stvari nastalog dobrovoljno izvršenom predajom – ovakva konstrukcija je bila neophodna u cilju zaštite legitimnih interesa savesnog držaoca stvari.

2. Načelno, objekat ovog modaliteta retencije mogu biti *i nepokretnosti*. U regulativama koje retenciji priznaju isključivo dejstvo zadržavanja dužnikove stvari, nepokretnosti svakako mogu biti retinirane i po opštim pravilima.¹⁸ Međutim, u ŠGZ su nepokretnosti eksplicitno isključene kao potencijalni predmet zadržavanja prema opštem pravilu.¹⁹ U toj regulativi ovo je nesumnjiva razlika između opšteg i posebnog pravila, ali po stavu dela doktrine, potencijalno i u onima koje slede švajcarski model (gde se ubraja i domaća i regulative iz okruženja). Dozvoljeno retiniranje nepokretnosti, prema ovom posebnom pravilu, predstavlja i dominantni stav sudske prakse u ovim državama.²⁰

3. U nekim pravnim sistemima se mogu zadržavati *i neunovčive stvari*. Ovo obeležje retencije savesnog držaoca je važna karakteristika ovog modaliteta retencije u švajcarskom pravu, koje za opštu regulativu ovog instituta insistira na mogućnosti unovčenja stvari, što ovde nije nužno. S obzirom na to da krajnji efekat ovog modaliteta retencije (koji se u švajcarskoj regulativi čak i naziva drugačije)²¹ nije namirenje, deo tamošnje doktrine²² čak zaključuje da je reč o retenciji drugačije pravne prirode u odnosu na opštu (koja je tamo stvarnopravnog karaktera).

4. Retinent u ovom slučaju, po pravilu, mora da ispuni dodatni uslov u vezi sa posedom stvari, a to je *savesnost*.²³ Jedini izuzetak u ovom smislu jeste nemačka regulativa retencije, u kojoj se ne traži savesnost kao uslov vršenja ovog modaliteta prava zadržavanja. Ipak, u stranoj doktrini²⁴ se vodi polemika na temu potencijalne

¹⁸ U ovaj model spadaju: francuska, italijanska, nemačka i austrijska građanska regulativa.

¹⁹ Čl. 895–898 ŠGZ odnose se isključivo na pokretne stvari kao objekat tzv. stvarnopravne retencije.

²⁰ V. presudu Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev. 933/00 od 29. 1. 2002. god.

²¹ U opštem pravilu iz čl. 895–898 ŠGZ retencija se naziva: *Retentionsrecht*; dok se u ovom posebnom pravilu iz čl. 939 ŠGZ retencija savesnog držaoca naziva: *Zurückbehaltungsrecht*.

²² K. Oftinger, op. cit., 399.

²³ V. § 994 i 996 NGZ

²⁴ Više o oprečnim stavovima u švajcarskoj doktrini v. u: Emil W. Stark, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV, *Das Sachenrecht*, Bern, 1966, 206–214.

analogne primene prava retencije i na nesavesnog držaoca (dakle, i u ostalim zakonskim rešenjima), s obzirom na „zajednički *ratio*“.²⁵

5. Kod ovog modaliteta retencije mora postojati *koneksitet* i to materijalni – zadržava se stvar u kojoj su inkorporisani nužni i korisni troškovi koje je držalac imao oko nje, koji i predstavljaju obezbeđeno potraživanje.²⁶ U onim regulativama²⁷ koje su potpuno eliminisale uslov *koneksiteta* kao premisu nastanka retencije prema opštem pravilu, ovo je važna razlika, jer je na ovaj način krug obezbeđenih potraživanja redukovan.

6. Šesto, a po nekim autorima i ključno (a doktrinarno najspornije) razlikujuće obeležje retencije savesnog držaoca tuđe stvari je drugačije dejstvo ovog modaliteta u odnosu na opšte pravilo. Istovremeno, razlike u uporednopravnoj regulativi ovog elementa su najveće. Naime, savesni držalac tuđe stvari (koji je prethodno izgubio reivindikacioni spor), kao retinent u ŠGZ *nema priznato pravo namirenja*, već samo zadržavanja, čime je ovaj oblik retencije redukovan na pravo sa slabijim dejstvom u odnosu na opšte pravilo o retenciji iz ŠGZ.²⁸ Sa druge strane, u koncepciji NGZ²⁹ savesni držalac ima pravo namirenja,³⁰ što „pojačava dejstvo ovog modaliteta retencije na stvarnopravno“³¹ za razliku od retencije u opštem pravilu iz čl. 273 NGZ, koja ima samo efekat pritiska na dužnika.³² Dakle, dejstvo retencije u okviru postavljenog pravila i izuzetka, suprotno je regulisano u ovim dvema regulativama.

Međutim, situacija je potencijalno sporna u domenu jezičkog značenja, u onim pravnim sistemima u kojima je savesnom držaocu priznato „pravo da zadrži stvar“³³

²⁵ Stav da retenciju treba priznati i nesavesnom držaocu u hrvatskoj doktrini zastupa: S. Petrić, op. cit., 259–260. Ipak, smatramo da je razlog zahteva za savesnošću držaoca – dosledno sprovođenje koncepcije po kojoj savesni držalac kod vindikacije ima bolji položaj od nesavesnog u pogledu: plodova, troškova i štete. Retencija je dakle, samo posledica nagrađivanja savesnog držaoca, zato je za nesavesnog nema. V. i: Duško Medić, „Zaštita prava svojine“, *Pravna riječ*, br. 4, Banja Luka, 2014, 59.

²⁶ P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmidt, op. cit., 626.

²⁷ Te regulative su: domaća, hrvatska, slovenačka, regulativa Crne Gore, makedonska i regulativa Federacije BiH i Republike Srpske.

²⁸ Up. čl. 895–898 ŠGZ i čl. 491 ŠGZ. Više o tome u: E. W. Stark, op. cit., 203.

²⁹ Up. § 273 i 274 NGZ i § 1003 NGZ

³⁰ V. § 1003 NGZ. H. Westermann, op. cit., 165.

³¹ Creifelds Rechtswörterbuch, *Zurückbehaltungsrecht*, C. H. Beck'sche Verlangsbuchhandlung, München, 1997, 1549.

³² Ova karakteristika je najveća razlika u koncepcijama ovog modaliteta retencije u ŠGZ i u NGZ.

³³ Deo domaće doktrine upravo u ovoj zakonskoj formulaciji pronalazi osnov za priznavanje različitog dejstva retenciji savesnog držaoca u odnosu na opšte pravilo o retenciji iz ZOO.

u situaciji gde se institut naziva „pravo zadržavanja“, kao što je domaća.³⁴ Ipak, mogućnost namirenja se izvodi iz opšte retencije ZOO, budući da u ZOSPO namirenje nije regulisano, ali nije ni isključeno. Pošto posebnog pravila nema, primenjuje se opšte, a to je retencija, koja je u domaćem pravu regulisana kao: sredstvo pritiska i kao sredstvo namirenja. Tako, dokle god u zakonu postoji naziv „pravo zadržavanja“, nesporno je da „pravo da se stvar zadrži“ i „pravo zadržavanja“ stvari označavaju isti institut, sa dejstvom koje je priznato opštom normom sadržanom u čl. 286 ZOO (sve dok se i ako se posebnom normom u ZOSPO ovo dejstvo ne ograniči). Ovo shvatanje potkrepljuju i stavovi dela domaće doktrine.³⁵

Konačno, o odnosu ovog oblika retencije u odnosu na opšte pravilo, kojim je u domaćem pravu (kao i u većini stranih država) predviđeno i pravo namirenja retinenta možemo zaključiti sledeće: 1) mogućnost zasnivanja retencije kod ovog modaliteta u svim regulativama je olakšana (eliminisanjem uslova dospelosti obezbeđenog potraživanja), a zatim otežana unošenjem uslova savesnosti; 2) krug objekata ove retencije je (makar načelno) širi: moguće ju je zasnovati i na pokretnim i na nepokretnim stvarima; 3) njeno dejstvo je (u nekim regulativama) slabije u odnosu na opšte dejstvo retencije: samo zadržavanje, ne i namirenje.

Retencija ugostitelja

U domaćem pravu ugostiteljska retencija regulisana je posebnom odredbom ZOO.³⁶ Što se ostalih regulativa tiče, ovaj modalitet retencije normiran je kao poseban u: noveliranom AGZ,³⁷ u ŠZO,³⁸ kao i u posebnim odredbama regulativa u našem okruženju.³⁹ Ova specijalna norma je u svim navedenim regulativama bila

Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015, 171. Up. Z., Rašović, *Komentar zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Pravni fakultet Crne Gore, Podgorica, 2007, 511–513. Ovaj autor izričito navodi da se retencija savesnog držaoca realizuje i kao sredstvo pritiska i kao sredstvo namirenja.

³⁴ Up. terminološko određenje: čl. 38. st. 7 ZOSPO i čl. 286 ZOO RS.

³⁵ Tako i: Z. Rašović, op. cit., 512.

³⁶ V. čl. 728 i čl. 729 ZOO

³⁷ Čl. 970 (c) AGZ

³⁸ Čl. 491 ŠZO: „retencija hotelijera i gostioničara“

³⁹ V. čl. 742 i 743 ZOO Hrvatske; čl. 745 i čl. 746 OZ Slovenije; čl. 821 i čl. 822 ZOO Crne Gore; čl. 784 i 785 ZOO Makedonije; čl. 728 i čl. 729 ZOO Federacije BiH i Republike Srpske. O osobnostima „hotelskog depoa“ i nužne ostave u francuskom pravu v. više kod: Xavier Henry *et alia*, *Code Civil*, Paris, Dalloz, 2010, 2249 i dalje; Marcel Planiol, *Traite elementaire de droit civil*, Tome Deuxieme, Paris, 1917, 772 i dalje.

neophodna, kao izuzetak (*lex specialis*) od opšteg pravila o zabranjenoj retenciji ostavoprimca (*lex generalis*).⁴⁰ *Ratio* odstupanja od opšteg pravila o zabrani retencije ostavoprimca (što ugostitelj jeste), baziran je na dvema činjenicama: 1) u pitanju je teretni pravni posao (a ne dobročin – što je razlog isključenja retencije kod ostave prema opštem pravilu) i 2) ovde izostaje lični odnos, tj. posebno poverenje koje se inače očekuje od klasičnog ostavoprimca.⁴¹ Dodatno opravdanje retencije u ovoj situaciji jeste pojačana odgovornost ugostitelja za oštećenja ili gubitak stvari, te je legitimno zaštititi njegove interese retencijom, uprkos izostanku pojedinih zakonskih uslova (prema opštoj regulativi). Ovo je dakle, poseban tip ostave kod kog je retencija ugostitelja (kao posebne kategorije poverilaca) dozvoljena, ali sa sledećim specifičnim obeležjima (različitim od opšte regulative retencije).⁴²

1. Vrš se zarad obezbeđenja *tačno određenog potraživanja ugostitelja*⁴³ (obezbeđeni su samo troškovi smeštaja u ugostiteljskom objektu, ishrane i dr. usluge koje su pružene gostu u objektu; po stavu doktrine, ovde spada i potraživanje naknade štete koju gost pričinu stvarima u ugostiteljskom objektu). 2. Ograničen je objekat retencije – samo *unete pokretne stvari*, novac, hartije od vrednosti, dragocenosti;⁴⁴ pritom, opšti uslov da stvar mora biti unovčiva važi i za ugostiteljsku retenciju. 3. Ne navodi se opšti uslov da stvari moraju biti u svojini dužnika (dakle, *moгу biti i u svojini trećeg lica*).⁴⁵ 4. Retinirane stvari, po pravilu, *nisu* „u rukama poverioca-ugostitelja“, već u posedu dužnika-gosta (a u domaćem pravu nije dopuštena posredna državina retinenta, već samo neposredna)⁴⁶, pa je i ovo značajno odstupanje od pravila. Kao sporno pitanje u doktrini se postavlja sledeće: ima li ugostitelj pravo retencije samo na stvarima koje mu je gost neposredno poverio na čuvanje

⁴⁰ Retenciju stvari datih u ostavu isključuje čl. 1440 AGZ. V. Franz Gschnitzer, *Sachenrecht*, Wien, 1968, 9.

⁴¹ Vjekoslav Šmid, „Ugostiteljska ostava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5, Beograd, 1978, 643–660.

⁴² Ilija Babić, „Ugovor o ugostiteljskoj ostavi“, doktorska disertacija, Sarajevo, 1985, 268; Mirsa Mijačić, *Obligacioni ugovori*, Savremena administracija, Beograd, 1988, 141–142.

⁴³ F. Gschnitzer, op. cit., 9.

⁴⁴ O oružju i dr. nedozvoljenim objektima retencije ugostitelja v.: I. Babić, op. cit., 275; Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Narodne novine, Zagreb, 1978, 1142; Karel Zupančič, *Zakonita odgovornost hotelirjev za prinešene stvari gostov*, Ljubljana, 1966, 327; Josef Esser, *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960, 641.

⁴⁵ Slavica Krneta, „Posjed“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, 1029.

⁴⁶ Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995, 753; S. Petrić, op. cit., 40.

ili na svim unetim stvarima u ugostiteljski objekat? Jer za drugu kategoriju stvari sporno je to što ugostitelj na njima nema državinu – one su u „rukama gosta“. Domaća i strana doktrina većinski ocenjuje da je retencija na obema grupama unetih stvari dozvoljena i da je u tome smisao ovih specijalnih odredaba. U protivnom bi vršenje retencije od strane ugostitelja bilo redukovano na izuzetak, što sigurno nije bila namera zakonodavca. 5. Obavezan je *koneksitet* između retinirane stvari i obezbeđenog potraživanja, kao dopunski uslov konstituisanja retencije.⁴⁷ 6. U doktrini se smatra *spornim* sledeće pitanje: *kakva je sadržina, kao i konačno dejstvo* retencije ugostitelja. Naime, logičan zaključak bi bio da je ovo pravo zadržavanja po dejstvu izjednačeno sa opštom regulativom pravom zadržavanja, koja retinentu omogućava i namirenje iz vrednosti zadržane stvari.⁴⁸ Razlog za to je primena opštih pravila i na posebne slučajeve, ako neko pitanje nije drugačije regulisano u posebnom slučaju, a ovde nije. Nasuprot tome, pojedini domaći autori negiraju retenciji ugostitelja ovakvu sadržinu, te je redukuju na sredstvo vršenja pritiska na dužnika (gosta), da dug izmiri.⁴⁹ Pojedini pravni pisci ovaj segment regulative svih posebnih oblika retencije ocenjuju kao generalno sporan.⁵⁰

Nama se ipak čini da prethodni zaključak unosi pravnu nesigurnost. Naime, slažemo se sa ocenom da zakonodavac može da ograniči dejstvo svakog konkretnog modaliteta retencije u pojedinačnoj odredbi. Ali, ako to nije eksplicitno učinjeno u samoj normi, već su kao jedine osobenosti, konkretno kod ugostiteljske retencije – predviđeni posebni uslovi njenog zasnivanja, ne čini nam se opravdanim ograničenje njenog dejstva, koje je inače priznato ovom institutu u čl. 286–289 ZOO (*lex generalis*). U svakom slučaju, ovako različite interpretacije ukazuju na nepreciznost norme, što bi trebalo ispraviti formulacijom u budućem propisu. Međutim, ni tekst Prednacrta budućeg Građanskog zakonika Srbije⁵¹ ne sadrži predloženo preciziranje dejstva retencije, a izmena koju uvodi u odnosu na pozitivno pravo

⁴⁷ Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd, 1980, 753; I. Babić, op. cit., 271; Stojan Cigoj, *Kontrakti in reparacije: Posebni del obligacijskoga prava*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1973, 191; K. Zupančić, op. cit., 326; Armin Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Allgemeiner Teil, Wien, 1925, 365.

⁴⁸ Tako i: I. Babić, op. cit., 281.

⁴⁹ Ivo Žuvela, u Borislav Blagojević, Vrleta Krulj, *Komentar zakona o obligacionim odnosima, Knjiga II*, Savremena administracija, Beograd, 1983, 1659–1660 (komentar uz čl. 728 ZOO). Up. S. Perović (1995), op. cit., 1263–1264.

⁵⁰ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 172.

⁵¹ Prednacrt građanskog zakonika Srbije (sa izmenama iz 2019), internet adresa: www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 13. 9. 2023. U daljem tekstu: Prednacrt.

jeste proširenje slučajeve analogne primene odredbe o retenciji ugostitelja.⁵² Stoga, smatramo neophodnim sledeće preciziranje: a) da li ugostitelj, kao retinent, ima samo pravo na prvo ovlašćenje iz sadržine ovog prava – zadržavanje stvari gosta, kao sredstva pritiska; ili b) i na namirenje (jer opšte pravo retencije, čiju konkretizaciju predstavlja i ovaj modalitet, obuhvata oba dejstva – pritisak i namirenje).

Naše je mišljenje da je ugostiteljska retencija osobena u odnosu na opštu isključivo po olakšanim uslovima nastanka i vršenja, ali ne i po prizatom dejstvu: ovlašćenje namirenja se podrazumeva, jer je sadržano u opštem institutu građanske i trgovačke retencije,⁵³ a ugostitelju je u svakoj od navedenih odredaba u regulativama iz uzorka eksplicitno priznato „pravo zadržavanja“, „zadržanja“ ili „pripisna pravica“, što su sve sinonimi za pravo retencije. U svakom slučaju smatramo da *de lege ferenda* ugostitelju treba priznati i pravo namirenja iz vrednosti zadržane stvari, jer je takav pravni epilog u skladu sa: a) priznatim dejstvom retencije u domaćem pravu; b) potrebom za sveobuhvatnom zaštitom interesa ugostitelja; i v) u skladu sa uporednopravno priznatim dejstvom ovog posebnog oblika retencije.

Sa druge strane, moramo primetiti da ovaj modalitet retencije ima toliko osobenosti da se opravdano možemo zapitati da li je adekvatnije ovo pravo nazvati zakonskom zalogom ugostitelja, a ne retencijom? Reč je o pravu koje: 1) nastaje na stvari koju ugostitelj najčešće nema u posedu⁵⁴ (a retencija je strogo državinsko sredstvo obezbeđenja); 2) je na stvari koja ne mora biti u svojini gosta-dužnika (što je kod opšte retencije pravilo); i 3) uz obavezan koneksitet (što je važno ograničenje u odnosu na opšte pravilo). Stoga se možda može razmišljati i o odvojenom regulisanju *retencije* stvari koje su ugostitelju poverene na čuvanje, od *zakonske zaloge* na stvarima koje je gost samo uneo u ugostiteljski objekat.

Retencija kod nepravne ostave

Uprkos načelnom pravilu (većinski prihvaćenom u uporednom pravu) po kom je zabranjena retencija stvari datih u ostavu, osim već navedenog slučaja ugostiteljske ostave, u literaturi se ukazuje i na slučaj postojanja prava retencije i kod tzv. nepravne ostave (*depositum irregulare*). Reč je o slučaju kada postoji pravo

⁵² Tako, osim dosadašnje primene odredbe čl. 728 ZOO i na: bolnice, garaže, kola za spavanje i organizovane kampove, u čl. 1063 Prednacrtu (sa izmenama iz 2019) precizira se i da se retencija ugostitelja primenjuje još i na: pozorište, javne garaže, kola za spavanje, organizovane kampove, sajmove, sportske objekte i sl.

⁵³ U domaćem pozitivnom pravu: čl. 286 ZOO.

⁵⁴ Po pravilu je reč o stvarima koje je gost uneo u ugostiteljski objekat i koje on zadržava u svom posedu.

ostavoprimca da poverene stvari potroši, ali uz obavezu da istu količinu stvari istog kvaliteta vrati ostavodavcu.⁵⁵ Dominantan stav pravnih pisaca o mogućnosti retencije ovakvih zamenljivih stvari je pozitivan, uz argumentaciju da se na ovakvu situaciju primenjuju pravila o zajmu, a ne o ostavi.⁵⁶ U literaturi se ističe da odstupanje od opšteg pravila o retenciji ovde postoji u nekoliko segmenata i to: 1) objekat retencije je potrošna i zamenljiva stvar⁵⁷ i 2) retinent kod neprave ostave ima dopunsko pozitivno ovlašćenje prema zadržavanoj stvari – on je upotrebljava *i koristi*, za razliku od opšteg pravila, koje retinenta ovlašćuje samo na pasivno ponašanje prema stvari (neizdavanje na zahtev dužnika).

Posebni oblici retencije bez mogućnosti namirenja

U uporednom pravu *de lege lata* postoje i brojni modaliteti retencije kojima je izričito priznat poseban status. Ova grupa osobenih slučajeva retencije se od prethodno navedenih oblika razlikuje po eksplicitno zakonom priznatoj – užoj sadržini, koju čini samo ovlašćenje zadržavanja tuđe stvari (bez namirenja). Naime, u švajcarskom i nemačkom pravu (u kojima je regulativa retencije najdetaljnija), pored osnovnog oblika ovog instituta, postoje i različiti oblici retencije, sa brojnim osobenostima u vezi sa: priznatom sadržinom prava; posebnim objektom zadržavanja i njegovim osobenostima. Ono što je zajednički „imenilac“ prema kom smo objedinili ovu grupu slučajeva retencije iz ŠGZ i NGZ jeste specifična, uža sadržina ovog prava. U ovu grupu slučajeva retencije tako možemo ubrojati sledeća dva oblika iz uporednog prava, a to su: retencija neunovčivih (pokretnih) stvari i retencija nepokretnosti.

Retencija neunovčivih stvari. – Ovaj poseban oblik retencije je logična posledica vrste retinirane stvari. S obzirom na neunovčivost stvari, kao kvalitet objekta, ovaj modalitet retencije je nepodoban za realizaciju namirenjem retinenta, ali i dalje prikladan za realizaciju prvog ovlašćenja iz sadržine retencije, a to je – vršenje pritiska na dužnika zadržavanjem njegove stvari. Stoga je odbijanje predaje stvari dužniku – prvi i konačan efekat ovih oblika retencije. S obzirom na činjenicu da je u domaćem pravu usvojen monistički koncept regulisanja retencije građanskog i trgovačkog prava, po kom je retencija regulisana isključivo kao tzv. kvalifikovana (a ne obična), smatramo da bi u budućem rešenju, trebalo dopuniti opštu normu o retenciji (regulisanoj kao pravu zadržavanja i namirenja, kumulativno) ovom

⁵⁵ Čl. 722 ZOO.

⁵⁶ V. čl. 745 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima. Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1996, 265; Carl A. Wieland, *Das Sachenrecht, Kommentar zum zweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1909, 466.

⁵⁷ A. Barba, op. cit, 1379.

posebnom vrstom retencije – uže sadržine. Ovaj osobeni modalitet retencije bio bi redukovan na ovlašćenje zadržavanja, bez namirenja, što je uslovljeno njegovim specifičnim objektom. Time bi opravdano bio proširen krug potencijalnih objekata retencije, ali i adekvatno označen – kao retencija posebne sadržine.

*Retencija nepokretnosti.*⁵⁸ – U švajcarskoj regulativi se priznaje kao poseban oblik ovog instituta – pravo zadržavanja nepokretnosti protiv neurednog dužnika, bez ovlašćenja namirenja. U tamošnjoj doktrini ovaj modalitet se naziva – *retencijom obligacionog dejstva*, za razliku od stvarnopravne (koja u ŠGZ važi kao pravilo). Ovakav modalitet je u švajcarskom pravu neophodna dopuna opšte odredbe o retenciji, koja se odnosi isključivo na pokretne stvari, novac i hartije od vrednosti. U domaćem pravu se pak, koristi širi termin „stvar“ za objekat retencije i u ZOO i u Prednactru, te obuhvata sve stvari bez ograničenja. Ipak, zbog neadekvatnog tumačenja od strane sudske prakse i pokušaja sužavanja predmeta retencije samo na pokretne stvari, korisno je i u domaćem zakonu precizirati da su obe vrste stvari adekvatan objekat retencije.

PREDLOG POSEBNIH OBLIKA *IUS RETENTIONIS* ZA BUDUĆE SRPSKO PRAVO

Osim prethodno analiziranih posebnih modaliteta retencije, koji već postoje u srpskom pozitivnom pravu, a to su: retencija savesnog držaoca, ugostitelja i retencija kod nepravne ostave, smatramo svrsishodnim proširenje kruga posebnih vrsta retencije u budućem srpskom pravu. Potreba za njihovim zasebnim normiranjem je neuklopivost u neki od uslova predviđenih opštim modelom retencije. Kako bi se zaštitio interes poverioca u situaciji kada nije pravično lišiti ga ovog efektivnog sredstva samopomoći, u slučaju izostanka samo jednog od uslova iz činjeničnog skupa neophodnog za njeno konstituisanje, pojedini zakonodavci u uporednom pravu priznaju pravo retencije pojedinim kategorijama poverilaca. S obzirom na to da opšta norma ni u jednoj regulativi ne može da obuhvati sve slučajeve u praksi kada je konstituisanje retencije svrsishodno i opravdano, čini nam se korisnim usvajanje ovakvih posebnih slučajeva retencije i u domaćem pravu *de lege ferenda*.

U situaciji da opšta regulativa retencije ostane neizmenjena i u budućem srpskom pravu, što i jeste predlog teksta Prednacrta, smatramo da je celishodno ovaj

⁵⁸ O dozvoljenoj retenciji nepokretnosti i njenoj sadržini kao doktrinarno spornom pitanju u domaćem pravu v. više u: Aleksandra Pavićević, „Nepokretnosti kao objekat retencije: (u sadašnjem i budućem srpskom pravu)“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa: Zbornik radova sa Savetovanja pravnika, Budva, 11–15. jun 2022*, (Miodrag Orlić ur.), Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd, 2022, 63–79.

opšti model retencije dopuniti nekolicinom posebnih oblika. Konkretno, čini nam se svrsishodnim implementiranje pojedinih rešenja iz uporednog prava, naročito iz nemačke i švajcarske regulative,⁵⁹ a u cilju sveobuhvatnije zaštite interesa poverioca u određenim dužničko-poverilačkim odnosima.

Retencija savesnog nalazača tuđe izgubljene stvari

Opšte pravilo o konstituisanju retencije u vezi sa kvalitetom državnine poverioca-retinenta u domaćem, kao i u uporednom pravu, tiče se načina dozvoljenog pribavljanja poseda stvari. Iako se zakonske formulacije u pojedinim regulativama donekle razlikuju, zajedničko obeležje svim rešenjima je sledeće: uslov zasnivanja poseda poverioca na stvari je isključivo *sa voljom dužnika*, dakle, *ne protiv i mimo njegove volje*. Budući da gubitak stvari iz poseda predstavlja način neželjenog prestanka državnine (dužnika kao vlasnika stvari ili trećeg lica – kome je vlasnik stvar poverio, u svojstvu izgubioca),⁶⁰ jasno je zbog čega ova činjenica onemogućava zasnivanje retencije nalazača tuđe izgubljene stvari,⁶¹ prema opštem pravilu.

Naime, nalaz tuđe izgubljene stvari se u doktrini kvalifikuje kao faktička radnja koja prozvodí zakonom određene pravne posledice.⁶² U većini stranih propisa,⁶³ zakonom nije eksplicitno priznato pravo retencije savesnom nalazaču ovakve stvari, te je mogućnost retiniranja u ovom slučaju predmet različitih doktrinarnih tumačenja.⁶⁴ Međutim, u nemačkoj regulativi,⁶⁵ postoji ovakva specijalna odredba, te eliminiše potrebu za „nategnutim“ ekstenzivnim tumačenjem ili

⁵⁹ O šarenolikom opusu osobnih slučajeva retencije u švajcarskom pravu, koji se po nekom svom obeležju ne uklapaju u opšti model retencije iz čl. 895–898 ŠGZ, v.: K. Oftinger, op. cit., 398.

⁶⁰ Peter Tuor, Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979, 623. Up. Peter Bassenge, Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 7, München, 1986, 1105; Miha Juhart, Matjaž Tratnik, Renato Vrenčur, *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana, 2004, 292; Ilija Babić *et alia*, *Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo, 2014, 412.

⁶¹ V. više u: Aleksandra Pavićević, „Pojam izgubljene stvari“, *Pravni život*, knj. 569, br. 5-6, Beograd, 2014, 103–116.

⁶² V. Uputstvo vlade FNRJ o postupanju sa nađenim stvarima, *Službeni list FNRJ*, br. 93/49. Više o tome u: Aleksandra Pavićević, „Pravne posledice nalaza izgubljene stvari u srpskom pravu *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Glasnik prava*, br. 1, god. V, Kragujevac, 2014, 35–51.

⁶³ V. čl. 720–722 ŠGZ; čl. 134 do čl. 139 hrvatskog ZVDSP; čl. 136 do 141 ZSSP Severne Makedonije; čl. 51 i čl. 52 SPZ Slovenije; čl. 120 do čl. 124 ZSP Republike Srpske; čl. 92 do čl. 100 ZSPO Crne Gore.

⁶⁴ O nalazu tuđe izgubljene stvari u francuskom pravu v.: Jean Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, Paris, 2000, 249; u austrijskom pravu: Helmut Koziol, Rudolf Welsch, *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1988, 60.

⁶⁵ U Nemačkoj je nalaz tuđe izgubljene stvari regulisan u § 965–984 NGZ.

primenom analogije sa opštom normom o retenciji. Na taj način zakonodavac, po našem mišljenju, opravdano štiti legitimni interes nalazača, koji je zasnivanjem poseda na stvari, njenim zbrinjavanjem, čuvanjem i održavanjem imao izvesne troškove.⁶⁶ Osim toga, momentom prijave nalaza nadležnom organu (ili licu koje je stvar izgubilo) on stiče status savesnog nalazača, koji po zakonu ima pravo na nalazačku nagradu od izgubioca.⁶⁷ Na obezbeđenje ta dva potraživanja (naknada troškova i nalazačka nagrada) nije primenljivo opšte pravilo o retenciji (zbog načina sticanja poseda nalazača), iako su oba nastala baš u vezi sa nađenom stvari.

Situacija gde nalazač dobrovoljno zasnuje državinu i zbrine nađenu stvar, doduše bez neposrednog ovlašćenja izgubioca, ali u njegovom interesu, najviše podseća na poslovodstvo bez naloga. A činjenica je da ovim faktom nalazač stiče obaveze i troškove koje inače ne bi imao. Stoga nam se čini nepravičnim da to lice izlažemo i dodatnim troškovima vođenja sudskog postupka, u situaciji kada nesavesni izgubitelj stvari ne želi dobrovoljno da nalazaču namiri ova dva (dospele) potraživanja. Svi ostali uslovi za nastanak retencije su pritom zadovoljeni: 1) nalazač ima punovažno, dospelo, određeno, novčano, likvidno potraživanje prema izgubiocu, kome je istovremeno dužan da preda stvar (uslov uzajamnosti); 2) on, kao poverilac, drži u rukama dužnikovu stvar (koja je pokretna, te je na njoj svakako moguće i namirenje); i dodatno 3) postoji koneksitet između zadržane stvari i obezbeđenog potraživanja.

Iz svih ovih razloga smatramo opravdanim rešenje NGZ kojim je nalazaču tuđe izgubljene stvari priznata retencija do potpune isplate dugovanog od strane izgubioca – protivnika retencije. Pritom, u formulaciji NGZ se jasno upućuje na primenu pravila o retenciji držaoca tuđe stvari, koji je izgubio vindikacioni spor,⁶⁸ a ne na opšte pravilo o civilnoj retenciji.⁶⁹ Ovo je značajno jer se time određuje zakonom priznato dejstvo ovog posebnog slučaja retencije, a to je ne samo pravo na zadržanje, već snažnije: *pravo na namirenje iz vrednosti stvari*.⁷⁰

Smatramo da je za srpsko buduće pravo retencija savesnog nalazača korisno sredstvo samozaštite, koje opravdano predlaže i tvorac Prednacrta.⁷¹ Ipak, čini se

⁶⁶ H. Westermann, op. cit., 293.

⁶⁷ *Ibidem*, 296.

⁶⁸ § 1000–1002 NGZ.

⁶⁹ § 273 st. 2 NGZ.

⁷⁰ Za razliku od ovog posebnog pravila (čl. 1000–1002 NGZ), opšte pravilo iz čl. 273 NGZ predviđa slabije dejstvo građanske retencije.

⁷¹ Čl. 1784. st. 4 Prednacrta. Više o tome: Aleksandra Pavićević, „Nalaz tuđe izgubljene stvari u uporednom pravu i budućem srpskom pravu“, *Pravni život*, br. 10, knj. 584, Beograd, 2016, 547–564.

da problem nedovoljno preciziranog dejstva ovog instituta ostaje i ubuduće, što će potencijalno i dalje inicirati različita tumačenja u doktrini i praksi. Stoga smatramo da bi nalazaču trebalo eksplicitno zakonom priznati pravo retencije – sa punom sadržinom, kao pravo da stvar: 1) zadrži i 2) da se pod opštim uslovima iz zadržane stvari i namiri. Razlog što i nalazaču treba priznati retenciju sa pravom namirenja je sledeći: stvar je pokretna, po pravilu i unovčiva, te je u interesu savesnog nalazača da ne mora o stvari predugo da brine, već svoje potraživanje može brzo i efikasno da realizuje.⁷²

Retencija poslovođe bez naloga

Argumentacija koja je navedena u prilog uvođenja specijalne retencije savesnog nalazača tuđe izgubljene stvari, čini nam se primenljivom i na slučaj poslovodstva bez naloga.⁷³ Naime, sličnost ove dve situacije je u činjenici obavljanja određenog posla (ili faktičke radnje sa zakonom priznatim pravnim posledicama) u interesu, ali bez prethodnog ovlašćenja, gospodara posla kao vlasnika stvari, u ulozi dužnika troškova i nagrade zbog obavljenog posla.

S obzirom na to da ni u ovom slučaju dužnikova stvar nije u posedu poverioca-zadržaoča sa voljom dužnika, nije moguće pozvati se na primenu opšte odredbe o retenciji.⁷⁴ Ipak, ovo pitanje možemo označiti kao sporno: iako je reč o poslu koji se obavlja bez naloga, dakle ne na osnovu volje gospodara posla, istovremeno nije reč ni o zasnivanju poseda – protiv volje vlasnika stvari, te bi najtačnije bilo reći da je ovo državina – bez volje vlasnika stvari. Stoga, možda bi čak bilo moguće za ovu situaciju primeniti i opštu normu o retenciji iz ZOO, uz ispunjenost ostalih uslova predviđenih zakonom. Ipak, činjenica je da je reč o „graničnom“ slučaju, zbog specifičnog načina zasnivanja državnine na stvari, koji ne odgovara u potpunosti tipičnom činjeničnom skupu, neophodnom za nastanak retencije prema opštem pravilu.

⁷² Druga strana (izgubilac) je zainteresovana da ne izgubi svojinu na stvari njenom prodajom, te će pod pretnjom moguće prodaje biti dodatno motivisana da namiri oba potraživanja savesnog nalazača. Dalje, moguća je i situacija u kojoj izgubilac želi radije da žrtvuje pronađenu stvar, nego da nadoknadi troškove nalaza, te bi priznavanjem nalazaču samo prvog ovlašćenja – zadržavanja nađene stvari, vršenje pritiska na dužnika ovih troškova moglo trajati beskonačno i biti potpuno nedelotvorno. A ključni razlog, po našem mišljenju, jeste taj što u domaćem pravu retencija sa namiranjem predstavlja jedini oblik ovog instituta, te nema razloga da ova vrsta bude drugačije sadržine.

⁷³ V. čl. 220–226 ZOO i čl. 419–424 ŠZO.

⁷⁴ U švajcarskom pravu je opšteprihvaćen stav da na ovaj slučaj retencije nije primenljivo opšte pravilo o retenciji iz čl. 895–898 ŠGZ, zbog činjenice da se stvar (načelno) ne nalazi u rukama poverioca sa pristankom dužnika.

U cilju sveobuhvatnije zaštite interesa ove kategorije poverilaca, smatramo da bi bilo korisno uvesti specijalnu normu o priznavanju ovog modaliteta retencije u budućem srpskom pravu. Stoga bi regulativu posloводства bez naloga u Prednacrtu trebalo dopuniti odredbom kojom se eksplicitno priznaje pravo retencije i nezvanom vršiocu tuđeg posla i to po uzoru na švajcarsko pravo.

Retencija uhvaćene životinje

U hrvatskom⁷⁵ i u švajcarskom⁷⁶ pozitivnom pravu eksplicitno je propisan poseban oblik prava zadržavanja: *retencija odbegle uhvaćene životinje* (ili roja pčela), od koje je nastala šteta vlasniku te nepokretnosti ili su u vezi sa tim vlasniku nastali nužni troškovi. Moglo bi se reći da je u ovom slučaju isti *ratio* kao i kod savesnog držaoca tuđe stvari: zadržava se ona stvar „koja duguje“, tj. u kojoj su inkorporisani troškovi. Ipak, ovaj držalac nije savestan prema opštem pravilu (on zna da nema poseban pravni osnov po kom bi bio ovlašćen da drži stvar), već je samo svestan svoje potrebe za vršenjem samopomoći u slučajno nastaloj situaciji.

Ovaj slučaj podseća na retenciju savesnog držaoca tuđe stvari koji je izgubio vindikacioni spor, ali se ipak razlikuje u sledećim obeležjima: a) potraživanje se odnosi samo na *štetu* koju je pričinila životinja i na *nužne troškove* koje je retinent imao oko nje, ali ne i na korisne (ovo rešenje je opravdano, jer nije logično ulagati u tuđu odbeglu životinju); b) osnov zasnivanja poseda je zakon u užem smislu, a ne ugovor i v) životinja je nestala, a nije poverena, što znači da je državina na stvari izgubljena mimo volje njenog držaoca, pa samim tim ni državina nalazača nije zasnovana u skladu sa voljom dužnika (te ne bi mogla biti vršena retencija prema opštem pravilu iz čl. 286–289 ZOO). Ova poslednja navedena razlika je ujedno i ključna.

U hrvatskom pravu je nedvosmisleno reč o specijalnom obliku retencije. Sa druge strane, u domaćem pozitivnom pravu ovakvo rešenje ne postoji, pa se pravna praznina, popunjava pravnim pravilom SGZ, ali u njemu se eksplicitno dozvoljava (zakonska) zaloga uhvaćene životinje – a ne retencija.⁷⁷ Interesantno je da se i u Prednacrtu⁷⁸ reguliše: *zadržavanje uhvaćene životinje „kao zaloge“*. U ovoj formulaciji se eksplicitno upućuje na zakonsku zalogu, uprkos upotrebi termina: „zadržavanje“ u zalozu. U svakom slučaju, ovo bi mogao biti i poseban slučaj *ius retentionis*, koji bi se

⁷⁵ Čl. 106. st. 3 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZVDSP).

⁷⁶ V. čl. 57 ŠZO (posebna vrsta retencije za uhvaćenu tuđu životinju na svojoj nepokretnosti).

⁷⁷ Postojeća pravna praznina u ZOO se popunjava primenom predatnog pravnog pravila iz § 817 SGZ, a na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti iz 1946. godine.

⁷⁸ U Prednacrtu je ovo pravo vlasnika nepokretnosti regulisano u čl. 316: „Držalac zemljišta ima pravo da uhvati tuđu životinju koja tu čini štetu i da je *zadrži kao zalogu za naplatu naknade*.“

mogao označiti kao posebni modalitet retencije u srpskom budućem pravu, ili pak, da se tretira kao zakonska zaloga, što je sada slučaj. Pri oceni ova dva moguća rešenja, smatramo da je u interesu titulara da ovo pravo obezbeđenja bude regulisano kao zakonska zaloga, zato što se ona ne gubi prestankom državnine, za razliku od retencije.

Retencija zakupodavca poslovnog prostora

U švajcarskom pravu postoji posebna zakonska odredba,⁷⁹ kojom se zakupodavcu poslovnog prostora⁸⁰ priznaje pravo retencije na unetim pokretnim stvarima zakupca (koje se zateknu u prostoru), zarad obezbeđenja dospеле zakupnine. Zakonskom normom se izričito eliminišu sledeće kategorije stvari, kao „nepodobni“ objekti retencije: 1) nezaplenjive; 2) stvari za koje zakupodavac zna da nisu vlasništvo zakupca i 3) one koje je držalac izgubio ili su mu ukradene. Ovakve zabrane ukazuju na nameru zakonodavca da ovoj retenciji prizna ovlašćenje namirenja⁸¹ (isto kao i u opštem pravilu iz čl. 895–898 ŠGZ), jer: stvar mora biti moguće izložiti prodaji; ona mora biti dužnikova; i ne sme izaći iz poseda dužnika protiv njegove volje.

Međutim, s obzirom na to da ovakvoj retenciji nedostaje opšti uslov, a to je postojanje neposrednog poseda poverioca – zakupodavca na zadržavanoj stvari (kao uslova *sine qua non* retencije), u literaturi se nailazi na opravdane ocene da je ovo jedan od slučajeva tzv. dematerijalizovane retencije.⁸² Ipak, pošto je retencija neraskidivo povezana sa posedom stvari, složićemo se sa delom švajcarske doktrine,⁸³ koja u ovom institutu prepoznaje zakonsku zalogu, a ne retenciju (uprkos upotrebljenom zakonskom terminu). Stoga nam se čini da je celishodnije, u slučaju priznavanja ovakvog prava obezbeđenja poveriocu-zakupodavcu u srpskom budućem pravu, eksplicitno normirati ovaj slučaj kao slučaj zakonske zaloge, a ne retencije.

ZAKLJUČAK

Svi prethodno analizirani posebni slučajevi retencije iz uporednog prava imaju svoj *ratio* i funkciju zaštite interesa pojedinih kategorija poverilaca u slučajevima kada izostaje neki od uslova predviđenih opštim pravilom o retenciji. Stoga njihovo uvođenje u buduće srpsko pravo može predstavljati korisnu novinu i dopunu

⁷⁹ V. čl. 268 ŠZO

⁸⁰ Više o ovom švajcarskom rešenju: P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmidt, op. cit., 711.

⁸¹ V. čl. 283 i 284 švajcarskog Zakona o stečaju (*Schweizerische Konkurs Gesetz*).

⁸² S. Petrić, op. cit., 261.

⁸³ K. Oftinger, op. cit., 398.

opšte regulative retencije u Prednacrtnu. Ipak, u pogledu dejstva ovih potencijalno novih modaliteta retencije u budućem srpskom pravu, moguće je zauzeti različite stavove, uz relativno ujednačenu argumentaciju. Tako je jedna mogućnost prihvatanje predloga dela doktrine,⁸⁴ za priznavanjem slabijeg dejstva retencije, bez mogućnosti namirenja za prethodno navedene modalitete, budući da je reč o izuzecima od opšteg pravila retencije građanskog prava.

Naime, u svakom od ovih slučajeva nedostaje bar po jedan opšti uslov za zasnivanje opšte retencije: 1) kod savesnog držaoca tuđe stvari – nedostaje uslov dospelog potraživanja; 2) kod ugostitelja – nedostaje uslov da stvar mora biti dužnikova (a potencijalno i uslov poseda stvari); 3) kod retencije savesnog nalazača tuđe stvari, tuđe odbegle životinje i poslovođe bez naloga – nedostaje uslov da retinentov posed mora biti zasnovan sa voljom dužnika.

Međutim, ovaj treći uslov nije na isti način koncipiran u različitim regulativama: naime, u švajcarskom pravu se izričito zahteva zasnivanje državine retinenta – sa pristankom vlasnika stvari, te u njemu ovakva formulacija nedvosmisleno isključuje retenciju ove kategorije poverilaca. Sa druge strane, u domaćem pravu zakonska formulacija je sledeća: da stvar ne sme izaći iz poseda držaoca – protiv njegove volje. Budući da ovo nisu slučajevi manljive državine (pribavljene silom, prevarom, zloupotrebom poverenja ili sličnim radnjama) ne možemo reći da je posed zasnovan – protiv volje vlasnika stvari, iako istovremeno nije ni sa njegovom voljom. Dakle, ovo bi bio osoben slučaj zasnivanja državine mimo (bez) volje vlasnika stvari. U svakom slučaju, kako bi se otklonile nedoumice, smatramo da bi retenciju u svakom od navedenih slučajeva trebalo eksplicitno priznati u budućem propisu.

Možda bi zato u svim ovim posebnim slučajevima dozvoljene retencije bilo opravdano priznati joj užu sadržinu (samo zadržavanje): jer je izuzetak od pravila (a izuzeci se usko tumače); jer se dešava u netrgovačkoj sferi; jer nedostaje neki od uslova koji tek kumulativno opravdavaju gubitak svojine dužnika na stvari – njenom prodajom i namirenjem. Ipak, ovaj prvi predloženi pristup nam se čini formalističkim. Neadekvatnim nam se čini zaključak da sadržinu ovih posebnih vrsta retencije ne treba da čini i ovlašćenje namirenja, samo zato što nedostaje neki od uslova predviđenih opštom normom o retenciji, a pritom: u svakoj vrsti nedostaje drugi element; a ti elementi čak nisu ni istog značaja. Kontraargumentacija prethodnog stava je sledeća: da su ovo pretežno slučajevi materijalnog koneksiteta (kao pravne veze između zadržavane stvari i potraživanja „inkorporisanog u njoj“), za koji se i u uporednom pravu, a naročito u NGZ, smatra da legitimizuje snažnije dejstvo retencije (za razliku od slučajeva tzv. pravnog koneksiteta). U svim ovim

⁸⁴ D. Hiber, M. Živković, op. cit., 172.

slučajevima je reč o: pokretnim, po pravilu i unovčivim stvarima, za koje je retenciji praktično priznat krajnji efekat, a to je realizacija namirenja retinenta iz cene ostvarene prodajom retinirane stvari. Konačno, naše sadašnje pravo ne poznaje ni jedan slučaj retencije bez prava namirenja. U svakom slučaju, smatramo značajnim korakom predloženo uvođenje ovakvog pravila *de lege ferenda*, a krajnji efekat tako priznate retencije, zavisio bi od aktuelnog opredeljenja zakonodavca i ocene prevage nekog od opštih pravnih interesa, koje normom treba srazmerno zaštititi.

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

SPECIAL MODALITIES OF *IUS RETENTIONIS* IN SERBIAN AND COMPARATIVE LAW

Summary

The purpose of considering special types of institute *ius retentionis* (right of retaining possession) in this paper is to point out the motives of individual legislators for deviating from general rules within certain legal relationships, as well as in certain situations when establishing *ius retentionis* according to general rules would be impossible, and reasons of expediency justify it. The goal of this analysis is significant, because it points to the discovery of new spheres of application of right of retaining possession, as a *sui generis* real guarantee of civil law, and potentially to the formulation of proposals for special forms of *ius retentionis* in Serbian *de lege ferenda* law, which would differ in domestic law from the general formula of retention in the Law on Obligations. Therefore, the subject of consideration are: peculiarities of the existing special forms of *ius retentionis* in the domestic positive law, but also in certain foreign regulations, as well as the formulation of new proposals, which, according to the author, would be expedient to include in the domestic regulation *de lege ferenda*, and modeled on individual solutions from comparative law. The author argues why it would be useful to introduce special forms of *ius retentionis* in the future, such as: right of retaining possession of a conscientious finder of someone else's lost property; of foreman without warrant; and possibly the captured animals and the lessor of the business premises.

Key words: real law, the security right in rem, *ius retentionis* (right of retaining possession), general and special modalities of the right to retain the debtor's property

Literatura

- Babić I., „Ugovor o ugostiteljskoj ostavi“, doktorska disertacija, Sarajevo, 1985.
Babić I. et al., *Komentar Zakona o stvarnim pravima FBiH*, Sarajevo, 2014.
Barba A., „Voce Ritenzione“, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.
Bassenge P., Palandt O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 7, München, 1986.

- Baur F., Stürner R., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1999.
- Bergel J. L., Bruschi M., Cimamonti S., *Traité de droit civil, Les biens*, Paris, 2000.
- Cigoj S., *Kontrakti in reparaciji: Posebni del obligacijskoga prava*, Uradni list SRS, Ljubljana, 1973.
- Creifelds Rechtswörterbuch, *Zurückbehaltungsrecht*, C. H. Beck'sche Verlangsbuchhandlung, München, 1997.
- D'Avanzo W., „Voce Ritenzioni (dirritto di)“, *Novissimo Digesto*, Torino, Utet, 1969.
- Ehrenzweig A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Allgemeiner Teil, Wien, 1925.
- Esser J., *Schuldrecht*, Karlsruhe, 1960.
- Gavella N. *et alia*, *Stvarno pravo*, Informator, Zagreb, 1998.
- Gschnitzer F., *Sachenrecht*, Wien, 1968.
- Henry X. *et alia*, *Code Civil*, Dalloz, Paris, 2010.
- Hiber D., Živković M., *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Juhart M., Tratnik M., Vrenčur R., *Stvarnopravni zakonik s komentarjem*, Ljubljana, 2004.
- Koziol H., Welser R., *Gründriss des bürgerlichen Rechts*, Wien, 1988.
- Krneta S., „Posjed“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom drugi, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978.
- Lavine A. L., *Manual of Commercial Law*, University of the State of New York, New York, 1940.
- Lavine A. L., *Modern business law*, Prentice Hall, 1954.
- Latimer P., *Australian Business Law*, CCH a Wolters Kluwer business, Sydney, 2012.
- Medić D., „Zaštita prava svojine“, *Pravna riječ*, br. 4, Banja Luka, 2014.
- Mijačić M., *Obligacioni ugovori*, Savremena administracija, Beograd, 1988.
- Oftinger K., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1952.
- Pavićević A., „Pravo retencije“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2016.
- Pavićević A., „Nalaz tuđe izgubljene stvari u uporednom pravu i budućem srpskom pravu“, *Pravni život*, knj. 584, br. 10, Beograd, 2016.
- Pavićević A., „Pojam izgubljene stvari“, *Pravni život*, knj. 569, br. 5-6, Beograd, 2014.
- Pavićević A., „Pravne posledice nalaza izgubljene stvari u srpskom pravu *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Glasnik prava*, br. 1, god. V, Kragujevac, 2014.
- Pavićević A., „Nepokretnosti kao objekat retencije: (u sadašnjem i budućem srpskom pravu)“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa: Zbornik radova sa Savetovanja pravnika, Budva, 11–15. jun 2022* (ur. Orlić M.) Savez udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd, 2022.

- Perović S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Privredna štampa, Beograd, 1980.
- Petrić S., *Institut prava retencije u hrvatskom i usporednom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, Split, 2004.
- Planiol M., *Traite elementaire de droit civil*, Tome Deuxieme, Paris, 1917.
- Rašović Z., *Komentar zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa*, Pravni fakultet Crne Gore, Podgorica, 2007.
- Stanković O., Orlić M., *Stvarno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1996.
- Stark E. W., *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Band IV, *Das Sachenrecht*, Bern, 1966.
- Staudinger Gursky J., *Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht*, BGB, III §§ 985–1011, 2012.
- Sykes E. I., *The Law of Securities*, Law Book Co. Ltd, Sydney, 1978.
- Šmid V., „Ugostiteljska ostava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5, Beograd, 1978.
- Tuor P., Schnyder B., Schmid J., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995.
- Tuor P., Schnyder B., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1979.
- Vizner B., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Knjiga 2, Narodne novine, Zagreb, 1978.
- Zupančič K., *Zakonita odgovornost hotelirjev za prinešene stvari gostov*, Ljubljana, 1966.
- Žuvela I. u Blagojević B., Krulj V., *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1983.
- Westermann H., *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960.
- Wieland C. A., *Das Sachenrecht, Kommentar zum zweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1909.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

TAMARA ĐURĐIĆ MILOŠEVIĆ

OSVRT NA UGOVOR O NASLEĐIVANJU U SAVREMENIM PRAVIMA

Ugovor o nasleđivanju predstavlja tipičan naslednopravni ugovor kojim ugovorni ostavilac raspolaže zaostavštinom, u korist saugovarača ili nekog trećeg lica. U pitanju je pravni posao zabranjen u našem pozitivnom pravu, dok je u nekim savremenim pravima on najjači osnov nasleđivanja. Otuda proizlazi i značaj ovog instituta koji se mora posmatrati kroz prizmu komparativnih rešenja savremenih pravnih sistema u kojima je dopušten, kao i predloga rešenja u Nacrtu Građanskog zakonika RS, kojim se predviđa uvođenje jednog modaliteta ugovora o nasleđivanju. Interesovanje za ovaj institut u pravnim krugovima dodatno pobuđuje njegova specifična pravna priroda koju uslovljava činjenica da je reč ugovornom raspolaganju imovinom za slučaj smrti. Otuda, sa jedne strane, on odstupa od osnovnih načela testamentarnog prava (kao što je npr. načelo opozivosti), čime se, po mišljenju pojedinih teoretičara ugrožava i ograničava sloboda manifestovanja poslednje zaveštaočeve volje, dok se kao argument u prilog njegovog normiranja ističe da ovi ugovori doprinose razvoju sloboda ugovaranja, i samim tim širenju autonomije volje.

Ključne reči: privatnopravna autonomija, sloboda ugovaranja, ugovorno raspolaganje za slučaj smrti, naslednopravni ugovori, ugovor o nasleđivanju

U V O D

Osnovni pravni posao *mortis causa* koji je tradicionalno zastupljen u svim zakonodavstvima jeste testament. Kako je u pojedinim pravnim sistemima testament

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

i jedini instrument *mortis causa* raspolaganja, autonomija volje za slučaj smrti često se poistovećuje sa zaveštajnom slobodom. Nasuprot tome, u savremenim zakonodavstvima postoje i brojni drugi pravni instrumenti sa posrednim ili neposrednim naslednopravnim dejstvom (ugovor o nasleđivanju, ugovor o odricanju od budućeg nasledstva) nastali kao izraz tendencije širenja privatnopravne autonomije u građanskom pravu uopšte, pa samim tim i slobode uređivanja naslednopravnih posledica smrti. Reč je o naslednopravnim ugovorima koji se u pravnoj teoriji različito tumače s obzirom na to da ne postoji saglasnost u pogledu njihove sadržine i pravne prirode, što uslovljava i njihovu različitu sistematiku.¹

U teoriji je zastupljeno mišljenje da su pravi naslednopravni ugovori oni koji imaju neposredni uticaj na naslednopravni položaj naslednika od kojih pojedini mogu predstavljati samostalni osnov pozivanja na nasleđe, pored zakona i zaveštanja, kao što je ugovor o nasleđivanju.² Pored ugovora o nasleđivanju kao tipičnog predstavnika, u ostale naslednopravne ugovore svrstavaju se i ugovor o budućem nasledstvu ili legatu, ugovori o odricanju od nasledstva koje nije otvoreno i ugovor o sadržini zaveštanja, koji u većini pravnih sistema predstavlja nedopušten pravni posao.³

Naslednopravni ugovori su u srednjem veku bili široko rasprostranjeni, a u pojedinim zemljama prilično fleksibilno regulisani, kao što je slučaj sa Nemačkom odakle se smatra da vode poreklo. Po ugledu na nemačko pravo ovaj institut je normiran i u pravu Švajcarske i Austrije, da bi potom u 18. i 19. veku usledio trend njihove zabrane u pojedinim pravnim sistemima, pre svega u zemljama romanske pravne tradicije. Naime, Francuska se prva negativno izjasnila povodom uvođenja naslednopravnih ugovora u svoje pravo, te ih je zabranila, da bi sličan koncept sledile i ostale zemlje rimske porodice prava: Španija, Italija, Belgija, Holandija koje zabranjuju sve naslednopravne ugovore koji se odnose na buduće nasledstvo.⁴ Kao glavni razlog njihove zabrane navodi se to da oni nisu usklađeni sa osnovnim principima naslednopravnog sistema ovih država.

¹ Slavko Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1981, 353; više o tome v. Nataša Stojanović, „Nasledno-pravni ugovori u budućoj kodifikaciji građanskog prava“, *Građanska kodifikacija – Civil Codification*, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2003.

² Oliver Antić, Zoran Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Nomos, Beograd, 1996, 476.

³ Alexandra Braun, „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy“, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, No. 3, 2012, 462, fusnota 2. Pojedini teoretičari naslednopravne ugovore svrstava u ugovore o nasleđivanju u širem smislu S. Marković, op. cit., 353.

⁴ A. Braun, op. cit., 462.

Danas se može uočiti da zahtevi savremenog pravnog prometa nameću potrebu za širenjem privatnopravne autonomije za slučaj smrti što iziskuje reformisanje naslednog prava u pravcu iznalaženja fleksibilnijih instrumenata *mortis causa* raspolaganja, kao što je ugovor o nasleđivanju i njegovi modaliteti. Otuda su i u pravnim sistemima koji proklamuju zabranu ugovornog nasleđivanja predviđeni brojni izuzeci od proklamovane zabrane.

POJAM UGOVORA O NASLEĐIVANJU

Pojam ugovora o nasleđivanju u pravnoj teoriji je sporan. Neki teoretičari definišu ugovor o nasleđivanju kao dvostrani pravni posao kojim se ugovorne strane uzajamno postavljaju za naslednika, ili za naslednika određuju treće lice, ili samo jedna ugovorna strana imenuje svog saugovarača za naslednika.⁵ Slična definicija je sadržana u pravu Austrije, gde se ugovor o nasleđivanju definiše kao dvostrani pravni posao između supružnika za naslednika, ili se uzajamno imenuju za naslednike, ili pak imenuju treće lice za naslednika. Zakonom o nasleđivanju RS kojim je proklamovana zabrana ugovora o nasleđivanju ovaj ugovor je definisan kao „ugovor kojim neko svoju imovinu ili njen deo ostavlja u nasleđe svom saugovaraču ili nekom trećem“ (čl. 179 ZON-a).⁶ U čl. 2276 Nacrta Građanskog zakonika RS ugovor o nasleđivanju se definiše kao „ugovor kojim jedno lice ostavlja svoju zaostavštinu ili njen deo u nasleđe drugom saugovaraču, i ovaj ugovor je rezervisan samo za supružnike“.

Sve ove definicije imaju kao polazište pravnu prirodu ovog pravnog instituta, dakle, reč je ugovornom raspolaganju za slučaj smrti. Ovo svojstvo ugovora o nasleđivanju kao tipično proizlazi naročito iz definicije koja je zastupljena u nemačkom pravu koja svojom širinom obuhvata sve modalitete u kojima se ovaj ugovor ispoljava, odražavajući istovremeno i suštinu ovog pravnog posla. Tako se ugovor o nasleđivanju smatra ugovorom kojim se ostavilac vezuje ugovornim raspolaganjem za slučaj smrti.⁷

Zanimljivo je napomenuti da je prema Uredbi EU 650/2012 Evropskog parlamenta i Veća, ugovor o nasleđivanju definisan kao „sporazum, uključujući i sporazume u vidu zajedničkog testameta, kojim se sa ili bez protivčinidbe, stvara,

⁵ Nataša Stojanović, *Nasledno pravo*, Niš, 2011, 354.

⁶ Zakon o nasleđivanju Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/03 – odluka USRS i 6/05;

⁷ Dieter Leipold, *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen, 2002, 178; H. Brox, *Grundprinzipien-Erbrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2004, 90–91.

menja ili ukida pravo na budućoj zaostavštini, ili zaostavštini jedne ili više osoba uključenih u ovaj sporazum.“⁸ Na ovaj način koncept ugovora o nasleđivanju postavljen je znatno širi nego u klasičnom pravu, jer se odnosi na buduću imovinu, i kao takav obuhvata i odricanje od budućeg nasleđa kao i odricanje od nužnog dela.⁹

OSNOVNA OBELEŽJA UGOVORA O NASLEĐIVANJU I NJEGOVA PRAVNA DEJSTVA

Pravna svojstva ugovora o nasleđivanju

Pretpostavka punovažnog nastanka ugovora o nasleđivanju je, kao i kod svakog ugovora, poslovna sposobnost ugovornih strana. Kao strogo formalan pravni posao, ugovor o nasleđivanju se zaključuje u formi notarske isprave, uz istovremeno prisustvo obe strane i pri čemu moraju biti ispunjeni zakonom propisani uslovi za punovažnost notarskog testamenta.¹⁰ Stroga forma zaključivanja ugovora o nasleđivanju predviđena je zbog njegovog pravnog značaja, jer se ugovorne strane vezuju svojom izjavom volje o imenovanju naslednika (*mortis causa* raspolaganjima), te se upozoravajuća i zaštitna funkcija forme sama po sebi nameće. Zaštitna funkcija ostvaruje se i preko notara kao treće neutralne osobe koja bi trebalo da vodi podjednako računa o interesima obe ugovorne strane, upozoravajući ih na sve pravne posledice njihovih raspolaganja.¹¹

Ugovor o nasleđivanju je kauzalni pravni posao i njegov osnov je raspolaganje imovinom za slučaj smrti. On može biti zaključen i kao dobročin i kao teretan pravni posao. Otuda će ugovor o nasleđivanju biti komutativan, ukoliko je po prirodi dobročinog karaktera, odnosno aleatoran, ukoliko je zaključen kao teretni pravni posao. Svrstavanje ugovora o nasleđivanju u neku od postojećih kategorija ugovora (dobročini ili teretni, jednostrano ili dvostranoobavezujući) težak je zadatak, upravo zbog toga što ugovor o nasleđivanju nije po svojoj prirodi tipičan

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/LSU/?uri=CELEX%3A32012R0650>.

⁹ Rembert Suß, *Erbrecht in Europe*, Bonn, 2015, 143.

¹⁰ § 2231, 2232, 2276 (1) BGB. 4. Građanski zakonik 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>.

¹¹ Meliha Powlakić, Darja Softić Kadenić, „Da li je potrebno uvesti nove forme *mortis causa* u nasljedno pravo u BiH?“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 10, Mostar, 2012, 183–204.

(obligacionopravni) ugovor. U uporednopravnoj teoriji je čak i sporno njegovo poimanje kao teretnog pravnog posla. Naime, u švajcarskom pravu ukoliko kod ugovora o nasleđivanju postoji povezanost obaveza ugovarača, tako da ugovorni zaveštalac vrši ugovorno raspolaganja (za slučaj smrti), zato što ugovorni partner (saugovarač) vrši odgovarajuću protivčinidbu ili se obavezuje da će je izvršiti, reč je o tipičnom sinalagmatičnom ugovoru, koji poprima teretni karakter.¹² S druge strane, ugovor o nasleđivanju može imati karakter dobročinog pravnog posla kada vezanost ugovornog zaveštaoca ne podrazumeva protivčinidbu saugovarača. Izuzetak je pravo Francuske gde modaliteti ugovora o nasleđivanju imaju isključivo karakter dobročnih pravnih poslova s obzirom na to da je reč o poklonu budućih stvari, a u pravu Mađarske isključivo teretnog karaktera, s obzirom na to da je bitan element ovog ugovora obaveza doživotnog izdržavanja.¹³

Pravna dejstva ugovora o nasleđivanju

S obzirom na to da je u pitanju ugovorno raspolaganje, ugovor o nasleđivanju ima vezujući karakter i kao takav je jednostrano neopoziv, što implicira ograničenja u pogledu daljih raspolaganja predmetnom imovinom za slučaj smrti. Naime, ugovorni ostavilac načelno nije u mogućnosti da imenuje drugo lice za naslednika na delu zaostavštine (ili celoj zaostavštini) kojom je ugovorni ostavilac raspolagao ugovorom o nasleđivanju, i na taj način sloboda *mortis causa* raspolaganja bila bi neopravdano sužena, bez obzira na formu kroz koju se manifestuje (zaveštanje, ugovor o nasleđivanju). S druge strane, sloboda imovinskog raspolaganja za života ostaje netaknuta, pa čak i ukoliko se ovakvim vidom raspolaganja ugrožava položaj ugovornog naslednika (§ 2286 nemačkog Građanskog zakonika). Ovakvim konceptom dolazi se u paradoksalnu situaciju, kada je reč o zaštiti imovinskih interesa budućih naslednika. Na jednoj strani, vezujući karakter ugovora o nasleđivanju doprinosi pravnoj sigurnosti i osigurava naslednopravnu poziciju ugovornog naslednika koja ne može biti ugrožena naknadnim *mortis causa* raspolaganjima, dok, istovremeno može biti ugrožena pravnim poslovima *inter vivos*.

S obzirom na pomenuta specifična svojstva ugovora o nasleđivanju od kojih su pojedina obligacione prirode, a neka naslednopravne, ovaj ugovor se može

¹² Peter Weimarr, „Die Verfügung von Todes wegen“, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben* (eds. Hermann, Hausheer H., Hans P. W., Meier-Hayoz A.), Bern, 2008, 69–70.

¹³ Zoltán Csehi, „The Law of Succession in Hungary“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom - European Perspectives* (eds. Anderson M., Amayuelas A.), European Studies in Private Law, Groningen, Amsterdam, 2011, 186.

okvalifikovati kao hibridni institut sa pravnom prirodom *sui generis*.¹⁴ Pritom treba naglasiti, da njegov naslednopravni karakter ima prevagu nad obligacionopravnim, tim pre što su njegova naslednopravna dejstva primarna.¹⁵

MODALITETI UGOVORA O NASLEĐIVANJU U SAVREMENIM PRAVIMA

Savremeni pravni sistemi mogu se razvrstati na one koji dopuštaju ugovorno nasleđivanje, i one koji zabranjuju.¹⁶ U germanskim pravnim sistemima, ugovor o nasleđivanju zauzima značajno mesto kao instrument planiranja nasleđivanja, što je posledica duge pravne tradicije ovog instituta u nemačkom pravu, i činjenice da odatle vodi poreklo (čl. 2274–2300 nemačkog Građanskog zakonika).¹⁷ U nemačkim pravu najšire je postavljen krug lica između kojih se može zaključiti ugovor o nasleđivanju, s obzirom na to da nije rezervisan samo za supružnike, a sličan koncept preuzet je i u pravu Švajcarske.¹⁸ Široko postavljena sloboda ugovaranja ogleda se i u činjenici da se ovaj ugovor može zaključiti u različitim modalitetima, između ostalog i kao teretan pravni posao gde ugovorni naslednik za korist koju stiče po osnovu ovog ugovora dužuje neku protivčinidbu (npr. obavezu pružanja doživotnog izdržavanja).¹⁹

Ograničenja ugovorne slobode kod ove vrste ugovora najviše dolaze do izražaja u pravu Austrije, kako u pogledu kruga lica koja mogu zaključiti ugovor, tako i u pogledu obima imovine kojim se može ovim putem raspolagati. Ugovor se može zaključiti samo između supružnika i verenika, kao i između registrovanih partnera, pa se kao takav smatra ugovorom porodičnog prava, a ne naslednog prava. Takođe, prilikom raspolaganja imovinom, jedna četvrtina imovine mora ostati slobodna za raspolaganje, a ugovorna raspolaganja su jednostrano neopoziva.²⁰

U mađarskom pravu ugovor o nasleđivanju može biti zaključen kao modalitet ugovora o doživotnom izdržavanju (par. 655(1) Zakona iz 1959. koji se odnosi

¹⁴ D. Leipold, op. cit., 178.

¹⁵ Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, *Erbrecht*, München, 2011, 698.

¹⁶ Tamara Đurđić-Milošević, „Ograničenja slobode testiranja“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2018, 346.

¹⁷ V. i čl. 494 Građanskog zakonika Švedske; čl. 527 Građanskog zakonika Turske.

¹⁸ T. Đurđić-Milošević, op. cit., 375.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ V. §602, 1249 i 1253 austrijskog Građanskog zakonika, Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – Fassung von 2018, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb>, 12. 9. 2023.

na Građanski zakonik). Otuda je interesantna njegova pravna priroda, jer u domenu doživotnog izdržavanja on proizvodi *inter vivos* pravno dejstvo, a u domenu ugovornog imenovanja naslednika, predstavlja *mortis casusa* pravni posao.²¹

Pravni sistemi romanske pravne tradicije, koji su prihvatili rimsko pravno nasleđe ugovore o nasleđivanju smatraju zabranjenim, i izričito propisuju njihovu nepunovažnost (Italija: čl. 458 *Codice Civile*;²² čl. 1130 (2) francuskog²³ i belgijskog Građanskog zakonika.²⁴ Ipak, u pomenutim pravnim sistemima predviđeni su brojni izuzeci od proklamovane zabrane o raspolaganju budućim nasledstvom kroz uvođenje različitih modaliteta ugovornog nasleđivanja, koji su nastali kao odgovor na potrebe prakse savremenog društva. U tom smislu je ugovorno raspolaganje imovinom za slučaj smrti moguće u formi bračnog ugovora, koji se zaključuje između supružnika (u pravu Francuske, Holandije, Luksemburga Portugala, Belgije).²⁵

Ono što je zanimljivo napomenuti jeste da supružnici slično raspolaganje mogu učiniti putem *donatio mortis causa*, koji predstavlja opoziv pravni posao (v. čl. 1081 i 1091 francuskog i belgijskog Građanskog zakonika)²⁶. Iako se ovi ugovori u formalnom smislu smatraju pravnim poslovima za života (*donation de biens à venir*), u pogledu pravnih dejstava ovi ugovori mogu se porediti sa ugovorom o nasleđivanju, pa se u francuskoj pravnoj doktrini kvalifikuju kao *institution contractuelle*. Osnovni svrha normiranja ovih vidova ugovornog raspolaganja jeste uređenje bračnoimovinskog režima supružnika za slučaj smrti.

Slično pomenutim rešenjima su i rešenja Građanskog zakonika Portugalije i Španije, s tim da se ovakvo raspolaganje može učiniti u formi bračnog ugovora, pre venčanja (čl. 1700 Građanskog zakonika Portugalije; čl. 1341 (2) Građanskog zakonika Španije). U pravu Italije poklon za slučaj smrti je dopušten u ograničenom obimu.

Ista situacija je sa zemljama bivše SFRJ. Naime, Ugovor o nasleđivanju nije dopušten u zemljama u okruženju. Hrvatski zakonodavac izričito zabranjuje

²¹ T. Đurđić, op. cit., 375.

²² Građanski zakonik Italije – Codice civile (approvato con Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 262, e come modificato dalla Decreto 7 dicembre 2016, n. 291); <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=16608>.

²³ Građanski zakonik Francuske: Code Civil – Version consolidée au 20 mars 2017, http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=450290

²⁴ Građanski zakonik Belgije, <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11668>.

²⁵ Carsten Thomas Ebenroth, *Erbrecht*, Beck, 1992, 179.

²⁶ Građanski zakonik Belgije, <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=11668>.

ugovor o nasleđivanju²⁷ kao i crnogorski²⁸ i bosanski²⁹. Istu praksu sledi i Makedonija, s tim što nije baš najjasnija zakonska formulacija da li je ugovor o nasleđivanju dopušten ako su zaostavština ili njen alikvotni deo ostavljeni u nasleđstvo kao naknada za primljeno izdržavanje?³⁰

Kada je reč o srpskom pravu, Zakonom o nasleđivanju je izričito proklamovana sankcija ništavosti u slučaju zaključenja ugovora o nasleđivanju (čl. 179 ZON-a). Međutim, treba napomenuti da ovaj ugovor ima izvesnu pravnu tradiciju u srpskom pravu, te je bio dopušten u vreme važenja srpskog Građanskog zakonika iz 1844. godine i predstavljao je jedan od osnova nasleđivanja. Međutim, donošenjem Zakona o nasleđivanju FNRJ 1955. godine, on biva ukinut kada se u srpsko pravo uvodi ugovor o doživotnom izdržavanju.

Pokušaji reafirmacije ovog ugovora učinjeni su u Nacrtu Građanskog zakonika RS gde se predlaže uvođenje jednog modaliteta ugovora o nasleđivanju koji bi bio rezervisan samo za supružnike, uz istovremeno ukidanje mogućnosti zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju između ovih lica. U Nacrtu je takođe predviđeno da se ugovor o nasleđivanju može zaključiti u korist dece jednog ili drugog supružnika, njihove zajedničke dece, njihovih usvojenika ili drugih potomaka što se može pozitivno oceniti, jer se na ovaj način omogućava transgeneracijski prenos imovine, što je jedna od funkcija ugovornog nasleđivanja u uporednom pravu.

Značajno je napomenuti da se kao uslov punovažnosti ugovora o nasleđivanju predviđa saglasnost potomaka saugovarača koji bi se pojavili kao njihovi zakonski naslednici. Kao alternativno rešenje predlaže se da ugovor bude punovažan u slučaju da neki od ovih potomaka saugovarača koji bi po zakonu bio pozvan na nasleđe, ne da saglasnost na zaključenje ugovora.³¹ Uslovljavanje punovažnosti ugovora o nasleđivanju saglasnošću potomaka saugovarača koji bi bili pozvani na nasleđe kao zakonski naslednici, predstavlja atipično rešenje za ugovor o nasleđivanju. Propisivanjem ovog uslova punovažnosti ugovora o nasleđivanju u značajnoj meri se nepotrebno sužava domašaj njegove primene i ovaj institut udaljava

²⁷ Čl. 102 Zakona o nasleđivanju Republike Hrvatske, *Narodne Novine RH*, br. 48/03, 163/03, 35/03.

²⁸ Čl. 121 Zakona o nasleđivanju Republike Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 74/08.

²⁹ Čl. 106 Zakona o nasleđivanju BIH, *Službeni list SRBIH*, br. 22/73, 22/75, 36/75, 38/75, prečišćeni tekst; *Službeni list BIH*, br. 7/08.

³⁰ Čl. 7 Zakon za nasleduvanjeto, „*Službeni Vesnik na Republika Makedonija*, br. 47/96.

³¹ Čl. 2777 Nacrta Građanskog zakonika RS, 2015, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NA-CRT.pdf>.

od svoje pravne suštine kao manifestacije autonomije volje ugovornih strana, jer je za njegovu punovažnost potrebna saglasnost trećih lica, tj. potomaka.³²

Za razliku od kontinentalnog prava, u anglosaksonskom pravnom prostoru situacija je drugačija, kada je reč o ugovornom nasleđivanju. Naime, dok je u kontinentalnim pravima bilo kakvo ugovorno obavezivanje da se testament sačini, ne sačini, ili da bude određene sadržine ništavo, u anglosaksonskim pravima su ovakva raspolaganja dopuštena. Naime, iako ne poznaje ugovor o nasleđivanju, englesko pravo dopušta ugovaranje obaveze da se na određeni način zaveštajno raspolaže imovinom u korist nekog lica (*Contract to make a will*), ili da se neko obaveže da neće opozvati (*Contract not to revoke a will*). Slična situacija je i sa ostalim anglosaksonskim zemljama kao što su Danska i Norveška, gde su dopušteni ugovori kojima se budući ostavilac obavezuje da neće testamentarno raspolagati na drugačiji način.³³ Nasuprot tome, u kontinentalnim pravima je gotovo jedinstveno zauzet stav da je ugovor o sadržini zaveštanja nedopušten pravni posao, jer se neopravdano ograničava sloboda testiranja na taj način. U tom pravcu je i bilo kakvo odricanje od prava na opoziv zaveštanja (*dergoaciona klauzula*), nedopušteno.³⁴ Razlika u odnosu na pravo Engleske ogleda se i formalizmu, jer se za ugovor o nasleđivanju u kontinentalnim pravima zahteva forma javnobeležničke isprave, dok se u engleskom pravu ne zahtevaju posebne formalnosti prilikom ugovornog raspolaganja.

ZAKLJUČAK

Kada je reč o ugovoru o nasleđivanju kao vidu ugovornog raspolaganja za slučaj smrti, njegovo specifično pravno dejstvo uslovljeno je kompleksnom pravnom prirodom koja mu je svojstvena. Iz ugovorne prirode i vezanosti ugovornog ostavioca za ugovorno imenovanje naslednika proizlazi i načelna neopozivost ovog pravnog posla koja je od presudnog značaja za njegovo ograničavajuće dejstvo na slobodu testiranja. Međutim, kako ugovorna sloboda i testamentarna sloboda predstavljaju manifestaciju istog principa – principa privatnopravne autonomije, kroz prizmu njihove komplementarnosti treba posmatrati i odnos ugovora o nasleđivanju i zaveštanja (kao instrumenata njihove realizacije). Zato se za ugovor o nasleđivanju kaže da se nalazi između dva osnovna antagonistička principa:

³² T. Đurđić-Milošević, op. cit., 378.

³³ Ugovore anglosaksonskog prava treba posmatrati u kontekstu ugovora o sadržini zaveštanja (*Testiervertrag*), koji je zbranjen u nemačkom pravu, a kojim se neko obavezuje da će sačiniti ili neće sačiniti testament određene sadržine, odnosno, da će opozvati ili neće opozvati testament (čl. 2302 nemačkog Građanskog zakonika).

³⁴ Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2016, 195.

slobode zaveštanja s jedne strane (koja zastupa ideju da raspolaganje *mortis causa* generalno treba da bude slobodno opoziva) i slobode ugovaranja s druge strane (što podrazumeva slobodu pojedinca da ugovorno raspolaže za slučaj smrti).³⁵

Nesporno je da je prvobitno pravno dejstvo ugovora o nasleđivanju na slobodu testiranja ograničavajuće, ali ugovorno raspolaganje zaostavštinom ne isključuje nužno slobodu testiranja. Ukoliko ugovorom o nasleđivanju nije obuhvaćena celokupna zaostavština, sloboda testiranja može se realizovati u odnosu na slobodan deo zaostavštine, bilo da je reč o prethodnom ili naknadnom zaveštajnom raspolaganju. U skladu sa pravilom kumulacije pravnih osnova nasleđivanja, postoji mogućnost i ugovornog i zaveštajnog raspolaganja različitim delom zaostavštine, što potvrđuje njihovu mogućnost paralelnog egzistiranja. Takođe, sloboda zaveštanja može se manifestovati kroz poboljšanje naslednopravnog položaja ugovornog naslednika naknadnim zaveštajnim raspolaganjem. Konačno, na afirmaciju slobode testiranja utiče mogućnost ugovornog ostavioca da se oslobodi vezujućeg dejstva ugovora o nasleđivanju ukoliko je zadržao pravo na jednostrani opoziv ovog ugovora. Dopuštenost ugovaranja ovakve rezerve izraz je autonomije volje ugovornih strana i predstavlja konkretizaciju načela slobode ugovaranja. U tom smislu, u dispoziciji je ugovornih strana da odrede pravni domašaj ugovora o nasleđivanju i stepen njegove vezanosti, od čega će zavisiti i mera u kojoj će biti osiguran naslednopravni položaj potencijalnog naslednika, ali i mera ograničavanja autonomije volje ugovornog ostavioca u domenu *mortis causa* raspolaganja.

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

A REVIEW OF THE INHERITANCE AGREEMENT IN MODERN LAW

Summary

The inheritance contract is a typical contract of inheritance law by which the contractual testator disposes of the inheritance, in favor of a co-contractor or a third party. Namely, this legal work is prohibited in our positive law, while in some modern laws it represents the ground of inheritance. Hence the importance of this institute, which must be analyzed through the prism of comparative solutions of contemporary legal systems in which it is allowed, as well as the proposed solution in the Draft Civil Code of the RS, which envisages the introduction of one modality of inheritance contracts. The interest in this institute in legal circles is further stimulated by its specific legal nature, which

³⁵ Tobias Helms, „Contracts of Inheritance and joint will“, Max Eup 2012, https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Contracts_of_Inheritance_and_Joint_Wills.

determines the fact that it is a contractual disposition of property pertaining to the death. Hence, on the one hand, it deviates from the basic principles of testamentary law (such as, for example, the principle of revocation), which, in the opinion of certain theorists, endangers and limits the freedom to manifest the testator's last will, while as an argument in its favour can be stipulated that this agreements contribute to the development of freedom of contract, and thus to the expansion of the autonomy of the will.

Key words: private law autonomy, contractual dispositions in case of death, freedom of contract, inheritance contract

Literatura

- Antić O., Balinovac Z., *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996.
- Braun A., „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs: Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium and Italy“, *Zeitschrift für euroäpisches Privatrecht*, No. 3, 2012.
- Brox H., *Grundprinzipien-Erbrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-München, 2004.
- Burandt W., Rojahn D. *Erbrecht*, München, 2011.
- Csehi Z., „The Law of Succession in Hungary“, *The Law of Succession Testamentary Freedom - European Perspectives* (eds Anderson M., Arroyo A.), European Studies in Private Law, Groningen, Amsterdam, 2011.
- Đurđević D., *Institucije naslednog prava*, Beograd, 2016.
- Đurđić-Milošević T., „Ograničenja slobode testiranja“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu u Kragujevcu, Kragujevac, 2018.
- Ebenroth C. T., *Erbrecht*, Beck, 1992.
- Helms T., „Contracts of Inheritance and joint will“, Max Eup 2012, https://max-eup2012.mpipriv.de/index.php/Contracts_of_Inheritance_and_Joint_Wills.
- Leipold D., *Erbrecht-Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen, 2002.
- Marković S., *Nasledno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981.
- Povlakić M., Softić Kadenić D., „Da li je potrebno uvesti nove forme *mortis causa* u nasledno pravo u BiH?“, *Zbornik radova Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 10, Mostar, 2012.
- Stojanović N., *Nasledno pravo*, Niš, 2011.
- Suß R., *Erbrecht in Europe*, Bonn, 2015.
- Weimarr P., „Die Verfügung von Todes wegen“, *Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 3: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben* (eds. Hausheer H. H., Hans P. W., Meier-Hayoz A.), Bern, 2008.

EMILIJA KOSTIĆ

RASKID UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU ZBOG PROMENJENIH OKOLNOSTI

U radu se najpre ukazuje na tačke razgraničenja između poništaja i raskida ugovora o doživotnom izdržavanju, kao i na osnovne karakteristike promenjenih okolnosti. Centralni deo rukopisa je posvećen uticaju promenjenih okolnosti na dejstva ugovora o doživotnom izdržavanju, odnosno tome koje sve opcije stoje kontrahentima na raspolaganju u slučaju kada se promene okolnosti nakon zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju, kao i pod kojim se uslovima mogu realizovati. Učinjen je pregled pojedinih razloga raskida ugovora o doživotnom izdržavanju usled delovanja promenjenih okolnosti, kako na strani primaoca, tako i davaoca izdržavanja. U zaključnom delu, ocenjena su aktuelna rešenja Zakona o nasleđivanju Republike Srbije koja su posvećena ovoj problematici, uz predloge za njihovo poboljšanje.

Ključne reči: ugovor o doživotnom izdržavanju, raskid ugovora, promenjene okolnosti, rebus sic stantibus

U V O D

Ugovor o doživotnom izdržavanju je obligacionopravni ugovor sa naslednopravnim posledicama, koji se često zaključuje u praksi. Kako je to predviđeno Zakonom o nasleđivanju Srbije (ZON), zaključenjem ovog ugovora obavezuje se primalac izdržavanja da se posle njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese svojina tačno određenih stvari ili kakva druga prava, a davalac izdržavanja se obavezuje da ga,

Emilija Kostić, master prava, istraživač-pripravnik na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: ekostic@jura.kg.ac.rs.

kao naknadu za to, izdržava, da se brine o njemu do kraja njegovog života i da ga posle smrti sahrani.¹ Na ovaj način, stara, bolesna i nemoćna lica obezbeđuju sebi pristojno izdržavanje i zadovoljavanje neophodnih egzistencijalnih potreba. Neretko se radi o samohranim i usamljenim ljudima, ponekad i o bračnim parovima koji nemaju dece ili čija deca nisu u stanju da ih izdržavaju, a kao davaoci izdržavanja javljaju se, uglavnom, mlađa i za rad sposobna lica, koja su, po pravilu, u srodstvu sa primaocem izdržavanja. Davalac izdržavanja obavezuje se da izdržava primaoca do kraja života, bez obzira na to koliko dugo on trajao.

Ugovor je dvostrano obavezujući i teretan, budući da obe strane stupaju u ugovorni odnos sa utvrđenim obavezama, odnosno jedna strana daje naknadu za koristi koje prima od druge. Ovome valja dodati da je reč o ugovoru trajnog karaktera, kod kojeg se izvršenje ugovornih obaveza proteže u dužem vremenskom periodu. Imajući to u vidu, u toku izvršenja samog ugovora (što može iznositi nekoliko meseci, ili, pak, i nekoliko godina, pa i decenija), mogu iskrsnuti neke okolnosti koje ugovorne strane nisu mogle predvideti u momentu zaključenja ugovora, a koje, dakako, otežavaju njegovo izvršenje. Predmet ovog rada je sagledavanje uticaja promenjenih okolnosti na dejstvo ugovora o doživotnom izdržavanju u pravu Republike Srbije. Radi se o okolnostima koje ne samo da otežavaju već i, ponekad, onemogućavaju izvršavanje ugovornih obaveza.

TAČKE RAZGRANIČENJA IZMEĐU RASKIDA I PONIŠTAJA UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Prilikom razmatranja raskida ugovora o doživotnom izdržavanju, na prvom mestu, čini se nužnim napraviti distinkciju u odnosu na poništaj ovog ugovora. Raskid i poništaj ugovora nisu isti pojmovi premda im je posledica ista – raskinut ili poništen ugovor više ne proizvodi pravna dejstva. S tim u vezi, raskid ugovora je način prestanka punovažnog ugovora usled volje oba ili samo jednog ugovornika iz uzroka zakonom predviđenih.² Drugim rečima, raskid je uvek način prestanka punovažnog ugovora koji se može dvojako ispoljiti: kao sporazumni raskid i kao jednostrani raskid.³ Sa druge strane, poništiti se može samo ugovor koji nije pravno valjan, koji ima neku „urođenu manu“.⁴ Za razliku od poništaja, gde je uzrok prestanka ugovora prisutan već u momentu njegovog nastanka, kod raskida se taj razlog javlja kasnije,

¹ Čl. 194. st. 1. Zakona o nasleđivanju – ZON, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/03 – odluka USRS i 6/15.

² Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981, 486.

³ *Ibidem*.

⁴ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd, 2008, 170.

tj. nakon zaključenja ugovora.⁵ Shodno navedenom, moglo bi se zaključiti da se raskid dvostruko razlikuje od poništaja ugovora: 1) raskidom prestaje punovažan ugovor, dok je poništenje način prestanka ništavog ugovora; 2) uzrok za raskid ugovora ne postoji u momentu zaključenja već se javlja kasnije u toku trajanja ugovornog odnosa, dok je kod poništenja razlog ništavosti prisutan već u momentu nastanka ugovora.⁶

Ugovor o doživotnom izdržavanju može biti raskinut: sporazumno, zbog neizvršenja, zbog promjenjenih prilika, zbog poremećenih odnosa, kao i u slučaju kada davalac umre pre primaoca izdržavanja.⁷ Valja napomenuti da se na raskid ugovora o doživotnom izdržavanju primenjuju opšta pravila ugovornog prava, makar kao *lex generalis*. Sporazumni raskid je uređen opštim pravilima ugovornog prava, budući da ova mogućnost nije predviđena ZON, te proističe iz slobode ugovaranja.⁸ Nadalje, i na raskid ugovora zbog neizvršenja primenjuju se opšta pravila ugovornog prava, imajući u vidu da ZON nije predviđena ova opcija.⁹

Prilikom utvrđivanja ništavosti ugovora o doživotnom izdržavanju primenjuju se, takođe, opšta pravila ugovornog prava.¹⁰ Ništavi ugovori mogu biti relativno ništavi i apsolutno ništavi.¹¹ Pored razloga predviđenih Zakonom o obligacionim odnosima (ZOO), postoji i nekoliko razloga apsolutne i relativne ništavosti predviđenih ZON koji se odnose na ugovor o doživotnom izdržavanju.¹² Tako, apsolutno je ništav ugovor u kome je davalac izdržavanja fizičko ili pravno lice koje se u okviru svog zanimanja, odnosno delatnosti stara o primaocu izdržavanja

⁵ S. Perović, op. cit., 486.

⁶ Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2023, 261.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Čl. 10. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) – *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.

⁹ V. čl. 124–132. ZOO.

¹⁰ D. Đurđević, op. cit., 267.

¹¹ Apsolutna ništavost prema Zakonu o obligacionim odnosima može nastupiti iz sledećih razloga: ako je ugovor u suprotnosti s prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima (čl. 103. ZOO); ako je fiktivan ili simulovan (čl. 66. ZOO); ako je zaključen od strane poslovno nesposobnog lica (čl. 56. ZOO); ako je predmet ugovora nemoguć, nedozvoljen, neodređen, odnosno neodrediv (čl. 47. ZOO); ako osnov ugovora ne postoji ili je osnov nedozvoljen (čl. 52. ZOO); kao i kada je nedozvoljen motiv bitno uticao na odluku jednog ugovornika da zaključi ugovor, a druga strana je to znala ili morala znati (čl. 53. st. 2. ZOO) Razlozi relativne ništavosti su mane volje (zabluda, prevara i pretnja), kao i zaključenje ugovora od strane ograničeno poslovno sposobnog lica bez saglasnosti njegovog zakonskog zastupnika (čl. 111. ZOO).

¹² D. Đurđević, op. cit., 267.

(medicinsko osoblje, bolnice, različite agencije i slično), ako prethodno za zaključenje ugovora nije dobijena saglasnost nadležnog organa starateljstva.¹³ Nepoštovanje forme ugovora vodi njegovoj ništavosti.¹⁴ Na kraju, odsustvo aleatornosti na strani davaoca izdržavanja razlog je relativne ništavosti.¹⁵

OPŠTE NAPOMENE O PROMENJENIM OKOLNOSTIMA

Stupajući u odgovarajući ugovorni odnos, ugovorne strane nastoje da postignu određene ciljeve. Pri tome, one očekuju da se postojeće prilike u ekonomskim i društvenim odnosima neće bitno menjati u toku izvršavanja ugovornih obaveza.¹⁶ Takva očekivanja, međutim, mogu biti izneverena i da se, posle zaključenja ugovora, okolnosti toliko promene da je ispunjenje obaveza za jednu od strana postalo otežano, tako da se više ne može ostvariti svrha ugovora.¹⁷ Ugovor je obavezujući i kada se okolnosti promene – *pacta sunt servanda*. Međutim, ne bi bilo u skladu sa načelima savesnosti i poštenja i poštenog prometa da se takav ugovor održi na snazi. On se, stoga, može raskinuti ili izmeniti. Mogućnost raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti tradicionalno se naziva *clausula rebus sic stantibus* („dok stvari tako stoje“).¹⁸ U savremenom ugovornom pravu, promenjene okolnosti označavaju se terminom *hardship*.¹⁹ Klausula *rebus sic stantibus* predviđena je kao izuzetak u odnosu prema preovlađujućem načelu *pacta sunt servanda*.²⁰

Klausula *rebus sic stantibus* sada je praktično opšteprihvaćena i u našem i u uporednom pravu.²¹ Međutim, kada se analizira istorijat ovog instituta može se steći utisak da su postojala dva shvatanja u pogledu njegove primene. Po jednom shvatanju, ugovorne strane obavezne su da poštuju ugovorne odredbe i ugovor bi trebalo izvršiti onako kako je i zaključen (kako glasi), bez obzira na kasnije

¹³ Čl. 194. ZON.

¹⁴ Čl. 195. ZON.

¹⁵ Čl. 203. ZON.

¹⁶ V. više: Jelena Perović, „Promenjene okolnosti u srpskom ugovornom pravu i izvorima uniformnog ugovornog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, godina LX, Beograd, 2012, 185–186.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Enes Bikić, Amina Hasanović, „Promijenjene okolnosti (*clausula rebus sic stantibus*)“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 26, Zenica, 2020, 97.

²¹ Slobodan Svorcan, „Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1987, 141.

izmenjene okolnosti.²² Takvo shvatanje izraz je strogog poštovanja principa *pacta sunt servanda*.²³ Prema drugom shvatanju, i pored principa *pacta sunt servanda* i neophodnosti poštovanja osnovnog pravila da se ugovori izvršavaju onako kako oni glase, pod određenim uslovima trebalo bi voditi računa o uticaju promenjenih okolnosti na izvršenje ugovora iz brojnih razloga.²⁴ Pre svega, sve više je ugovora sa trajnim prestacijama.²⁵

Kada je 1978. donet Zakon o obligacionim odnosima, klauzula *rebus sic stantibus* postala je jedinstveno pravilo za ugovornu, građanskopravnu i privrednopravnu oblast.²⁶ Tako, Zakonom o obligacionim odnosima je predviđeno: „Ako posle zaključenja ugovora nastupe okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, ili ako se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora, a u jednom i u drugom slučaju u toj meri da je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi takav kakav je, strana kojoj je otežano ispunjenje obaveze, odnosno strana koja zbog promenjenih okolnosti ne može ostvariti svrhu ugovora može zahtevati da se ugovor raskine.“²⁷ U st. 2. čl. 133. ZOO dodat je još jedan uslov kojim je propisano da raskid ugovora ne može tražiti strana koja se poziva na promenjene okolnosti, a bila je dužna da ih, u vreme zaključenja ugovora, uzme u obzir, ili ih je mogla izbeći ili savladati.²⁸

Prema objektivnom merilu, predvidljiva je svaka promena u okolnostima koju je hipotetički razuman ugovorni dužnik mogao da predvidi u času zaključenja.²⁹ Po subjektivnom merilu, predvidljivost zavisi od ugovorne pozicije subjekta čije je postupanje na proceni.³⁰ Da bi predstavljale osnov za raskid ili izmenu ugovora, promenjene okolnosti moraju imati karakter spoljnog događaja koji je nezavisan od volje ugovornih strana i koji je izvan njihove kontrole.³¹

²² Ilija Zindović, „Promenjene okolnosti (klauzula *rebus sic stantibus*) i nove tendencije u regulisanju ovog pravila“, *Pravo – teorija i praksa*, br. 7–9, Novi Sad, 2012, 116.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, 117.

²⁵ V. više: *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, 119.

²⁷ Čl. 133. st. 1. ZOO.

²⁸ Čl. 133. st. 2. ZOO.

²⁹ Marija Karanikić Mirić, „Promenjene okolnosti i raspodela rizika u ugovornom pravu“, *Srpska politička misao*, br. 3, Vol. 69, god. 27, Beograd, 2020, 302.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ J. Perović, op. cit., 197.

U nepredvidljive i neotklonjive okolnosti spadaju izvesni prirodni događaji kao što su: poplava, suša, grad, zemljotres i sl.³² To mogu biti i upravne mere kao što su ograničenje prometa robe, promena sistema cena, promena tarifa, pa i određene ekonomske pojave kao što su izuzetno nagli i veliki skok cena.³³ One predstavljaju neuobičajen rizik sa kojim se, po pravilu, ne računa.³⁴ S druge strane, događaji u okviru lične sfere odgovornosti i rizika neće se smatrati preprekama za ostvarenje ugovora.³⁵

Strane se mogu ugovorom unapred odreći pozivanja na određene promenjene okolnosti, osim ako je to u suprotnosti sa načelom savesnosti i poštenja.³⁶ Ovo pravilo se tumači u smislu da se ugovornice ne mogu odreći od pozivanja na promenjene okolnosti „uopšte“, već je dozvoljeno da preciziraju događaj usled čijeg nastupanja neće moći da zahtevaju raskid ili reviziju ugovora.³⁷

UTICAJ PROMENJENIH OKOLNOSTI NA IZVRŠENJE UGOVORA O DOŽIVOTNOM IZDRŽAVANJU

Ugovor o doživotnom izdržavanju tipičan je primer ugovora za koji klauzula *rebus sic stantibus* ima izuzetan značaj.³⁸ Sve druge karakteristike ovog ugovora ne mogu imati odlučujući značaj na primenu ove klauzule, osim što eventualno element aleatornosti u ugovoru može ponekad isključiti njenu primenu na jednoj od ugovornih strana (u celosti ili u određenim domenima).³⁹ Naime, ugovarači kod aleatornih ugovora u momentu njihovog zaključenja prihvataju neizvesnost oko međusobnog odnosa njihovih ukupnih davanja i takvu volju formiraju na osnovu određenih (njima poznatih) okolnosti, i okolnosti čije se nastupanje može očekivati po uobičajenom toku stvari.⁴⁰ Zato se nikako ne može smatrati da su ugovarači

³² J. Radišić, op. cit, 162.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Dionysios Flambouras, „The Doctrines of Impossibility of Performance and *Clausula Rebus SIC Stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A Comparative Analysis“, *Pace International Law Review*, Vol. 13, Rev. 261, 2001, 267–268.

³⁶ Čl. 136. ZOO.

³⁷ D. Đurđević, op. cit., 265–266.

³⁸ S. Svorcan, *Komentar zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom*, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2004, 467.

³⁹ S. Svorcan (2004), op. cit., 467.

⁴⁰ *Ibidem*.

prihvatili da obaveze ispunjavaju onako kako su one ugovorom predviđene i u slučaju kada dođe do potpuno neočekivanog toka događaja i nastupanja okolnosti koje nisu mogle očekivati, i da su ovo uključile u rizik.⁴¹ S tim u vezi, važno je istaći da element aleatornosti nema jednako dejstvo u odnosu na oba ugovornika, stoga je potrebno uvek razmotriti šta se od promena kod svakog kontrahenta može smatrati promenjenim okolnostima, a šta izvire iz njegovog aleatornog karaktera.⁴²

Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju iz ovog razloga uređen je specijalnom normom (čl. 202. Zakona o nasleđivanju).⁴³ Međutim, treba imati u vidu da je raskid ugovora usled promenjenih okolnosti u Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 133–136) regulisan na mnogo složeniji i potpuniji način, a njegova pravila mogu se supsidijarno primenjivati pored pravila predviđenih ZON.⁴⁴

Sud može na zahtev davaoca ili primaoca izdržavanja njihove ugovorne odnose iznova da uredi ili da raskine ugovor, ako se nakon njegovog zaključenja okolnosti toliko promene da ispunjenje ugovora postane znatno otežano (*rebus sic stantibus*), a može i pravo primaoca izdržavanja da preinači u doživotnu rentu ako se obe ugovorne strane sa tim saglase.⁴⁵

Pažljivom analizom specijalne norme Zakona o nasleđivanju (čl. 202), može se zaključiti da je za primenu ovog instituta potrebno da se kumulativno ostvare dva uslova i to: 1) da se okolnosti promene, ali posle zaključenja ugovora i 2) da ispunjenje ugovornih obaveza bude znatno otežano.⁴⁶ Drugi uslov određuje obim u kome je potrebno da nastupi promena okolnosti, formulišući ga kroz posledicu koja bi trebalo da se sastoji u tome da „ispunjenje ugovora postane znatno otežano“.⁴⁷ U Zakonu o nasleđivanju se bliže ne definiše koje su to okolnosti koje „znatno otežavaju“ ispunjenje ugovornih obaveza.⁴⁸ U tom smislu, valjalo bi prvo odrediti parametre na osnovu kojih bi se moglo utvrditi da je ispunjenje obaveze otežano uopšte.⁴⁹

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ D. Đurđević, op. cit., 265.

⁴⁴ Miloš Stanković, „*Alea iacta est* – aleatornost ugovora o doživotnom izdržavanju kao ograničenje mogućnosti njegovog raskida zbog promenjenih okolnosti“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)*, Beograd, 2012, 74.

⁴⁵ Čl. 202. st. 1. i 2. ZON.

⁴⁶ M. Stanković, op. cit., 72.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

To bi se moglo učiniti sublimiranjem doktrinarnih stavova i analizom sudske prakse u pogledu definisanja posledice oličene u znatno otežanom ispunjenju ugovora, ali i promenama u okolnostima koje se smatraju pravno relevantnim, a koje ovoj posledici vode.⁵⁰

Uzevši u obzir uslove predviđene specijalnom normom Zakona o nasleđivanju, da bi se po ovom osnovu mogao raskinuti ugovor o doživotnom izdržavanju, valjalo bi osvrnuti se na čl. 133. st. 2. ZOO kojim je predviđeno da se raskid ugovora ne može zahtevati ako je strana koja se poziva na promenjene okolnosti bila dužna da u vreme zaključenja ugovora uzme u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbeći ili savladati.⁵¹ Ovaj uslov je, međutim, zakonodavac propustio da obuhvati specijalnom normom ZON. Povodom navedenog pitanja mogu se uočiti različiti stavovi u pravnoj teoriji. Tako, autor Đurđević zastupa stanovište da uticaj na sudbinu ugovora o doživotnom izdržavanju imaju i one okolnosti koje su se mogle predvideti, kao i okolnosti koje je ugovorna strana mogla izbeći ili savladati.⁵² Sa druge strane, autor Antić smatra da sud prilikom odlučivanja o raskidu ovog kontrakta zbog promenjenih okolnosti uzima u obzir i nepredvidivost događaja u momentu zaključenja ugovora.⁵³ Istini za volju, specijalna norma ZON ostavlja prostor za ovakvo raznorodno tumačenje budući da promenjenim okolnostima pristupa na krajnje uopšten način. Očigledno da je namera zakonodavca bila da na neki način olakša raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog promenjenih okolnosti. No, nezavisno od toga što ZON ovaj uslov ne pominje, ne bi trebalo izgubiti iz vida da je u pitanju dvostrano obavezan, teretni ugovor, a odredbe ZOO kojima se regulišu promenjene okolnosti treba primeniti na sve takve ugovore, gde njihova primena nije izričito isključena, kako to, čini se, pojedini autori pravilno zaključuju.⁵⁴ Takođe, odredbe ZON o promenjenim okolnostima, kako smo već istakli, nepotpune su, pa se moraju iznaći načini za njihovu dopunu.⁵⁵ Sem toga, ovaj uslov niti je mogao, niti je smeo biti izostavljen.⁵⁶ Ugovarači u svim kontraktima, uključujući i ugovor o doživotnom izdržavanju, dužni su da svestrano i objektivno procene svoj ukupan položaj, u domenima koliko je to od značaja za konkretan ugovor, kao i da u razumnim okvirima predvide razvoj događaja u budućnosti, pa da prema tome odmere

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Čl. 133. st. 2. ZOO.

⁵² D. Đurđević, op. cit., 265.

⁵³ Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 362.

⁵⁴ S. Svorcan (1987), op. cit., 150.

⁵⁵ *Ibidem*, 151.

⁵⁶ *Ibidem*, 154.

svoje mogućnosti za preduzimanje obaveza.⁵⁷ Olako stupanje u ugovorni odnos uvek stvara potencijalne mogućnosti da se drugom ugovaraču pričinu šteta neispunjenjem obaveze, pa je ovakvo postupanje suprotno načelu savesnosti i poštenja.⁵⁸ Ovo načelo nalaže ugovaračima da preduzmu sve mere, u okviru objektivnih mogućnosti, da bi obezbedili uredno ispunjenje ugovornih obaveza, a to podrazumeva da su dužni da izbegnu ili otklone posledice promenjenih okolnosti.⁵⁹ Kada je reč o tome šta su kontrahtenti mogli, ili bili dužni da predvide, ne smeju se izgubiti iz vida karakteristike obligacionih odnosa koji nastaju iz ovog ugovora, jer je reč o obligacionom odnosu koji, po pravilu, traje duži vremenski period.⁶⁰

Prilikom odlučivanja sud će, pre svega, voditi računa o izvanrednom karakteru događaja, odnosno o tome da se događaji nisu mogli predvideti u vreme zaključenja ugovora, zatim o tome da li je ispunjenje preterano otežano za stranku, odnosno da li bi joj ispunjenje nanelo prevelik gubitak i, konačno, neće uzeti u obzir promenjene okolnosti koje su nastale posle isteka roka za ispunjenje obaveze.⁶¹ Pored ovih, sud će uzeti u obzir i sve druge činjenice od značaja za formiranje odluke u konkretnom slučaju.⁶²

Pojavu svih okolnosti nakon zaključenja ugovora sud ne tretira na isti način, pošto smatra da su ih i sami ugovarači morali da budu svesni. U Zakonu o nasleđivanju, međutim, nisu čak ni *exempli causa* pomenute okolnosti koje bi se mogle dogoditi u budućnosti te dovesti do primene čl. 202. ZON, pa je ta obaveza prepuštena slobodnoj proceni suda.

Nije suviše osvrnuti se na st. 1. čl. 202. ZON kojim je predviđeno da sud, na zahtev jedne ili druge ugovornice, može ugovor iznova urediti ili raskinuti pod uslovom da su se okolnosti toliko promenile nakon zaključenja ugovora da je njegovo ispunjenje postalo znatno otežano.⁶³ Iz odredbe pomenutog člana nameće se zaključak da je sud ovlašćen da ugovor iznova uredi onako kako smatra da treba, bez obzira na to da li na takve izmene pristaju obe ugovorne strane.⁶⁴ Imajući u vidu da ugovor nastaje saglasnošću volja stranaka, nameće se pitanje koliko je

⁵⁷ *Ibidem.*

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

⁶⁰ V. više: *Ibidem.*

⁶¹ O. Antić, op. cit., 362.

⁶² *Ibidem.*

⁶³ Čl. 202. st. 1. ZON.

⁶⁴ S. Svorcan, „Raskid i poništaj ugovora o doživotnom izdržavanju po Zakonu o nasleđivanju Srbije iz 1995“, *Ugovor o doživotnom izdržavanju: zbornik radova*, Niš, 1997, 88.

ovakav stav održiv.⁶⁵ Izmene koje se čine u ugovoru zbog promenjenih okolnosti uvek su vrlo značajne.⁶⁶ Dovoljno je samo napomenuti da se traži da je nastupilo takvo otežanje u ispunjenju obaveza da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovarača, a to znači da u njemu treba vršiti ozbiljne izmene. Posle ovakvih izmena, u biti, imamo nov ugovor, stoga je teško prihvatiti da ovaj ugovor može da bude delo suda ako ugovarači nisu sa njim saglasni.⁶⁷

Sa druge strane, ukoliko se ugovornici saglase, sud može pravo primaoca izdržavanja preinačiti u doživotnu rentu.⁶⁸ Time davalac i primalac izdržavanja postojeću obavezu zamenjuju novom. Drugim rečima, radi se o prenovu (novaciji).⁶⁹ Preinačenje u doživotnu rentu može da se izvrši uz dogovor stranaka, dok sud, u tom slučaju, ima ulogu posrednika u uobličavanju postignutog dogovora, što je prihvatljivo rešenje u odnosu na gorepomenuti st. 1. čl. 202. ZON.⁷⁰ Ugovorom o doživotnoj renti se jedna ugovorna strana obavezuje da prenese na drugu ugovornu stranu neku stvar ili neko imovinsko pravo, a ova preuzima obavezu da, na ime nadoknade za to, isplaćuje njemu ili nekom trećem licu, u određenim vremenskim intervalima, do kraja života, određeni iznos novca ili određenu količinu koje druge zamenljive stvari.⁷¹ Na ovaj način, primalac rente, međutim, biće lišen potrebne pažnje i nege, na šta je imao pravo po ugovoru o doživotnom izdržavanju.⁷² Doživotna renta kod noviranog ugovora o doživotnom izdržavanju je aleatorna, kao i ugovor, jer je nastupanje smrti primaoca izdržavanja neizvesno, te je neizvesna i činjenica koliko će renti biti isplaćeno.⁷³

PROMENJENE OKOLNOSTI NA STRANI DAVAOCA IZDRŽAVANJA

Autori građanskopravnog usmerenja najčešće u promenjene okolnosti na strani davaoca izdržavanja svrstavaju kako one koje se odnose neposredno na njega (promene zdravstvenog stanja, ličnog statusa i ekonomskog položaja), tako

⁶⁵ S. Svorcan (2004), op. cit., 475.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Čl. 202. st. 2. ZON.

⁶⁹ Čl. 348. st. 1. ZOO.

⁷⁰ V. S. Svorcan (1997), op. cit., 88.

⁷¹ Nataša Stojanović, *Nasledno pravo*, Niš, 2022.

⁷² S. Svorcan (1987), op. cit., 103.

⁷³ Anđelka Račić, „Ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o ustupanju i raspodeli za života – instituti naslednog prava“, *Megatrend revija*, No. 4, Vol. 18, Beograd, 2021, 196.

i one koje se odnose na članove njegove uže porodice (promene zdravstvenog stanja i potreba za izdržavanjem).⁷⁴

U slučaju da se zdravstveno stanje davaoca ozbiljno pogorša trajno ili trajnije, razumljivo je da će ove okolnosti imati odlučujući uticaj na izvršavanje obaveza koje je preuzeo u trenutku zaključenja ugovora.⁷⁵ Kraće prolazno pogoršanje zdravlja davaoca neće, po pravilu, značajno negativno uticati na ostvarenje cilja ugovora.⁷⁶ Obaveza izdržavanja naročito obuhvata pružanje brige, pažnje, nege, staranje o zdravstvenom stanju primaoca, pa je razumljivo da svoje ugovorne obaveze nije u stanju da izvršava bolesno lice kome je takođe potrebna zdravstvena nega ili koje po zakonu mora da se stara o članovima svoje porodice i izdržava ih.⁷⁷ Sasvim je ispravno da se pri takvom stanju stvari obe strane mogu pozivati na promenjene okolnosti koje onemogućavaju izvršavanje preuzetih obaveza.⁷⁸ Povodom ove situacije, valja se osvrnuti na stav autora Svorcana, koji navodi da pomenuta situacija ne mora nužno da dovede od raskida ugovora.⁷⁹ Tako, po mišljenju ovog autora, ukoliko primalac zatraži raskid ugovora zbog ove situacije, a davalac predloži da njegove obaveze izdržavanja preuzme njegov bračni drug i njegovi potomci koji bi bili pozvani na nasleđe, pod uslovom da na to pristanu, tada bi trebalo u svemu postupiti po odredbama čl. 204. i 205. ZON.⁸⁰ Ovo nije predviđeno po ZON, ali se primenom analogije dolazi do ovakvog zaključka.⁸¹ Ipak, smatramo da se ovakav stav ne može usvojiti sa sigurnošću, jer je ugovor o doživotnom izdržavanju ugovor *intuitu personae*, pa shodno tome ugovorne obaveze može da izvršava samo davalac lično.⁸²

Može doći i do promena koje su vezane za ekonomski položaj davaoca.⁸³ Pri proceni ovih promena treba postupati vrlo oprezno.⁸⁴ Kod ovog ugovora značajno je samo opšte pogoršanje ekonomskog položaja davaoca, i to u tolikoj meri da mu je znatno otežano ispunjenje ugovornih obaveza prema primaocu, te da novonastala

⁷⁴ M. Stanković, op. cit., 76–77.

⁷⁵ S. Svorcan (2004), op. cit., 472.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ M. Stanković, op. cit., 77.

⁷⁸ S. Svorcan (2004), op. cit., 472.

⁷⁹ *Ibidem*, 472.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² V. M. Stanković, op. cit., 77.

⁸³ S. Svorcan (2004), op. cit., 473.

⁸⁴ *Ibidem*.

situacija ne odgovara očekivanjima ugovarača, i da bi po opštem mišljenju bilo nepravično i dalje održavati na snazi ugovor kakav je prvobitno bio dat.⁸⁵ Davalac se može pozivati na promenjene okolnosti zbog opšteg pogoršanja ekonomskog položaja ako nastanu događaji poput rata, prirodnih nepogoda i slično.⁸⁶

Promene u vezi sa stanjem u užoj porodici davaoca koje bi se mogle podvesti pod izmenjene okolnosti, odnose se na iznenadno teže pogoršanje zdravstvenog stanja, potrebu lečenja (usled čega je nužno povećano emotivno, vremensko i finansijsko angažovanje davaoca) ili smrt nekog člana njegove porodice.⁸⁷ Slično bi se moglo reći i ako se ostvare uslovi za zakonsko izdržavanje nekog člana porodice od strane davaoca, pošto je obaveza zakonskog izdržavanja uvek i moralno i zakonski prioritarna u odnosu na obavezu koja proističe iz ugovora o doživotnom izdržavanju.⁸⁸ Promena okolnosti u kontekstu obaveze zakonskog izdržavanja doводи nas do zaključka da se eventualno razvod braka može svrstati među pravno relevantne okolnosti koje predstavljaju osnov za raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti.⁸⁹

PROMENJENE OKOLNOSTI NA STRANI PRIMAOCA IZDRŽAVANJA

Obično se smatra da raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti može tražiti samo davalac izdržavanja, jer samo njemu može biti otežano ispunjenje ugovornih obaveza.⁹⁰ Suprotno stanovište ne samo da je prihvaćeno u ZON i ZOO, već postoji i u sudskoj praksi.⁹¹ Načelno, za ovaj ugovorni odnos od značaja su dve vrste promena na strani primaoca izdržavanja: promene u njegovom zdravstvenom stanju i promene u stvarima i pravima koje su obuhvaćene ugovorom.⁹²

Oba ugovarača u momentu zaključenja ugovora svesna su mogućnosti pogoršanja zdravstvenog stanja primaoca u svakom momentu nakon zaključenja ugovora i to kako mogućnosti da neznatno oboli, tako i mogućnosti da postane čak i nepokretan, da oboli od zarazne bolesti i slično.⁹³ Štaviše, pogoršanje njegovog

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ S. Svorcan (1987), op. cit., 164.

⁸⁷ M. Stanković, op. cit., 78.

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ M. Stanković, op. cit., 78.

⁹⁰ *Ibidem*, 80.

⁹¹ *Ibidem.*

⁹² S. Svorcan (2004), op. cit., 474.

⁹³ S. Svorcan (1987), op. cit., 167.

zdravstvenog stanja u budućnosti očekuju kao skoro izvesno.⁹⁴ Sve je ovo obuhvaćeno voljom ugovarača i oni zaključuju ugovor uz pristanak da ga održavaju na snazi i u slučaju bilo kakvog pogoršanja zdravlja primaoca.⁹⁵ Ove karakteristike volja ugovarača čine osnovni elemenat aleatornosti ovog ugovora.⁹⁶ Stoga, svako moguće pogoršanje primaočevog zdravlja ne bi trebalo da bude od značaja za raskid ugovora usled promenjenih okolnosti.⁹⁷

Premda je ređi slučaj, ali promene manjeg ili većeg obima mogu nastati i na stvarima i pravima koje su predmet ugovora o doživotnom izdržavanju.⁹⁸ Tako, primera radi, primalac može delimično da izgubi pravo koje je imao u momentu zaključenja ugovora.⁹⁹ Ove i slične promene bitno otežavaju primaocu ispunjenje ugovorne obaveze iz ugovora o doživotnom izdržavanju, a nastupile su mimo volje i očekivanja kontrahenata, stoga se mogu svrstati u kategoriju promenjenih okolnosti.¹⁰⁰

Pored ovih razloga, u sudskoj praksi se nailazi i na primere raskida ugovora o doživotnom izdržavanju i u situaciji kada je primalac izdržavanja faktički onemogućavao davaoca da ispunjava svoju obavezu tako što je menjao mesto svog prebivališta i uspostavljao zajednicu života sa licima sa kojima do tada nije živio, a koja su onda preuzimala obavezu njegovog daljeg izdržavanja.¹⁰¹ Smatramo da je ovakvo postupanje sudova neprihvatljivo, jer zapravo vodi raskidu ugovora zbog neizvršenja od strane primaoca izdržavanja.¹⁰² Ima i primera raskida ugovora usled toga što je primalac izdržavanja otišao na izdržavanje dugogodišnje kazne zatvora.¹⁰³ Međutim, može se dogoditi i obrnuta situacija.¹⁰⁴ Zanimljivim se čini pomenuti da se u sudskoj praksi Hrvatske nailazi na primer raskida ovog ugovora zbog

⁹⁴ *Ibidem.*

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ S. Svorcan (2004), op. cit., 474.

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ S. Svorcan (1987), op. cit., 169.

¹⁰¹ M. Stanković, op. cit., 80.

¹⁰² Više, *Ibidem*, 80–81.

¹⁰³ Presuda Okružnog suda u Kraljevu, Gž. 143/90, nav. prema: Ilija Babić, *Komentar Zakona o nasleđivanju sa odabranom sudskom praksom i priložima*, Službeni glasnik, 2019, 609.

¹⁰⁴ Primera radi, davalac izdržavanja može biti osuđen na dugogodišnju kaznu zatvora, usled čega on svoje ugovorne obaveze prema primaocu više nije u mogućnosti da izvršava na predviđeni način.

promenjenih okolnosti usled toga što je primalac izdržavanja naknadno zaključio brak, pa je, tom prilikom, svu brigu o njemu preuzela supruga.¹⁰⁵

Ovi, ali i mnogi drugi događaji, kako na strani primaoca, tako i na strani davaoca izdržavanja, koji mogu imati status nepredviđenih i neplaniranih okolnosti, predstavljaju argumente pogođenoj strani da zahteva raskid, izmenu ili preinačenje u doživotnu rentu ugovora o doživotnom izdržavanju, jer cilj koji su obe strane želele da ostvare zaključenjem ugovora više nije moguće ostvariti. Lista mogućih razloga i konkretnih primera koji bi se u ovom kontekstu mogli podvesti pod promenjene okolnosti čini se neiscrpnom.

ZAKLJUČAK

Kod ugovora o doživotnom izdržavanju nikada se unapred ne može sa sigurnošću odrediti rok u kome će davalac morati da izvršava svoje obaveze, jer je skopčan sa dužinom životnog veka primaoca, ali i davaoca. Vreme izvršavanja obaveza može iznositi godinu dana, ali i dvadeset i više godina. Davalac izdržavanja toga unapred mora biti svestan. Zato u ovaj posao ne treba ulaziti brzopleto i nepromišljeno.

Sa druge strane, okolnosti pod kojima se ugovor izvršava sklone su promenama. Neke od tih okolnosti su predvidljive, i njih ugovarači moraju imati u vidu prilikom zaključenja ugovora. Ali, mnogi događaji iskrsavaju takoreći iznenada i svojim delovanjem ugrožavaju izvršavanje ugovornih obaveza. To su događaji koji su nastali van volje ugovornih strana i na čiji nastanak i delovanje one ni na koji način nisu mogle da utiču. Takve nepredvidljive okolnosti mogu da dovedu do toga da dužnik više nije u stanju svoje obaveze da izvršava onako kako je to ugovorom predviđeno. Sud će postojanje promenjenih okolnosti uvažiti pod uslovom da su nastale posle zaključenja ugovora, kao i ukoliko je ispunjenje ugovornih obaveza postalo znatno otežano. U tom slučaju postoje tri mogućnosti – ugovor će biti reviziran, raskinut ili preinačen u doživotnu rentu.

Odredbe Zakona o nasleđivanju koje se primenjuju na ovo pitanje se načelno mogu okarakterisati kao kratke i nepotpune. Najpre, ono što bi se moglo oceniti kao nedostatak postojećeg zakonskog rešenja, jeste to što ne sadrži opis primera izvanrednih događaja zbog kojih se može tražiti izmena ili raskid ugovora, te bi u tom pravcu trebalo dopuniti ovu zakonsku odredbu, a sve to kako bi se sprečile

¹⁰⁵ Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Gž. 4034/78 od 21. 6. 1979, nav. prema: N. Stojanović, „Ugovor o doživotnom izdržavanju – izbor sudske prakse“, *Ugovor o doživotnom izdržavanju: zbornik radova*, Niš, 1997, 131.

eventualne zloupotrebe instituta raskida ili izmene ugovora usled promenjenih okolnosti. Član 202. st. 1. ZON daje mogućnost sudu da ugovor o doživotnom izdržavanju iznova uredi, ali iz same odredbe se može zaključiti da sud može iznova urediti odnose između ugovarača kako nađe za shodno, čak i bez postojanja njihove saglasnosti, što se ne može smatrati prihvatljivim rešenjem. U tom pogledu, ovu odredbu je trebalo formulisati u smislu da sud može iznova urediti odnose između ugovarača samo u slučaju kada se oni sa tim saglase. S tim u vezi, čl. 202. st. 2. ZON bi se mogao oceniti kao sasvim prihvatljiv, budući da je njime predviđeno da se pravo primaoca izdržavanja može preinačiti u doživotnu rentu samo ako se sa tim saglase ugovarači.

Na koncu, uzevši u obzir predloge koje bi *de lege ferenda* trebalo razmotriti u pogledu uređenja ovog pitanja, čini se da bi i pored postojanja promenjenih okolnosti, strane trebalo da pronađu odgovarajuće rešenje i tako stvore uslove da se ranije uspostavljeni ugovorni odnos, ipak, nastavi. Raskidom ugovora, osim kada je to nužno, obe strane bile bi na gubitku, naročito ako njihovi lični odnosi u prethodnom periodu nisu bili ni na koji način poremećeni. Ipak, u slučaju raskida, gubitak na strani davaoca izdržavanja bi bio posebno izražen, budući da u praksi teško ostvaruje realnu naknadu štete, što je skopčano sa teškoćama u novčanoj valorizaciji onih obaveza koje nisu strogo materijalne prirode.

EMILIJA KOSTIĆ, LL.M.
Research Trainee, Faculty of Law
University of Kragujevac

TERMINATION OF LIFE CARE CONTRACT DUE TO CHANGED CIRCUMSTANCES

Summary

In this paper, the author firstly identifies the points of demarcation between the cancellation and the termination of life care contract, as well as the basic characteristics of the changed circumstances. The central part of this manuscript is dedicated to the influence of changed circumstances on the effects of the life care contract, that is, to all the available options to the contracting parties in case of changed circumstances after the conclusion of life care contract, as well as the conditions under which the abovementioned options can be implemented. The author provides an overview at certain reasons for the termination of life care contract due to changed circumstances both on the part of the care recipient and the caregiver. In the final part of the paper, the author evaluates the current solutions of Inheritance Law of the Republic of Serbia that are dedicated to this issue, along with suggestions for their improvement.

Key words: life care contract, termination of contract, changed circumstances, *rebus sic stantibus*

Literatura

- Antić O., *Nasledno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Babić I., *Komentar Zakona o nasleđivanju sa odabranom sudskom praksom i priložima*, Službeni glasnik, 2019.
- Bikić E., Hasanović A., „Promijenjene okolnosti (*clausula rebus sic stantibus*)“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 26, Zenica, 2020.
- Đurđević D., *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2023.
- Flambouras D., „The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus SIC Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A Comparative Analysis“, *Pace International Law Review*, Vol. 13, Rev. 261, 2001.
- Karanikić Mirić M., „Promenjene okolnosti i raspodela rizika u ugovornom pravu“, *Srpska politička misao*, br. 3, Vol. 69, god. 27, Beograd, 2020.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981.
- Perović J., „Promenjene okolnosti u srpskom ugovornom pravu i izvorima uniformnog ugovornog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, godina LX, Beograd, 2012.
- Račić A., „Ugovor o doživotnom izdržavanju i ugovor o ustupanju i raspodeli za života – instituti naslednog prava“, *Megatrend revija*, No. 4, Vol. 18, Beograd, 2021.
- Radišić J., *Obligaciono pravo*, Nomos, Beograd, 2008.
- Svorčan S., *Komentar zakona o nasleđivanju Srbije sa sudskom praksom*, Pravni fakultet Kragujevac, Kragujevac, 2004.
- Svorčan S., „Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1987.
- Svorčan S., „Raskid i poništaj ugovora o doživotnom izdržavanju po Zakonu o nasleđivanju Srbije iz 1995“, *Ugovor o doživotnom izdržavanju: zbornik radova*, Niš, 1997.
- Stanković M., „*Alea iacta est* – aleatornost ugovora o doživotnom izdržavanju kao ograničenje mogućnosti njegovog raskida zbog promenjenih okolnosti“, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti)*, Beograd, 2012.
- Stojanović N., *Nasledno pravo*, Niš, 2022.
- Stojanović N., „Ugovor o doživotnom izdržavanju – izbor sudske prakse“, *Ugovor o doživotnom izdržavanju: zbornik radova*, Niš, 1997.
- Zindović I., „Promenjene okolnosti (*klauzula rebus sic stantibus*) i nove tendencije u regulisanju ovog pravila“, *PRAVO – teorija i praksa*, br. 7–9, Novi Sad, 2012.

STRUČNI RAD

MATEJA DUROVIC

**PRIVATE LAW AND TECHNOLOGICAL POLICY:
THE EXAMPLE OF SMART CONTRACTS**

Smart contracts are more than contracts in the traditional sense – agreements reached through mutual consent to produce specific legal outcomes. Instead, they function as powerful tools for automating the execution of specific contractual obligations. In fact, when it comes to the primary objective of contract law – ensuring that individuals honour their commitments – smart contracts have the potential to surpass the capabilities of traditional courts. While they do possess the ability to meet all the prerequisites established by contract law, their role extends beyond that. Their limitations, the absence of conventional legal remedies, inflexibility, language intricacies, formalities, and, notably, concerns regarding anonymity and accessibility, direct them towards a different aim. Rather than primarily focusing on securing ex ante enforcement, their fundamental function is to tackle issues that may emerge ex post. Diverging from conventional contracts, smart contracts establish an inevitable path to fulfilling contractual obligations, largely reducing the need for subsequent judicial interventions, with human involvement considerably minimized. Consequently, despite being a relatively recent development, smart legal contracts seem to complement existing legal frameworks, possibly making legislative intervention in favour of spontaneous development unwarranted.

Key words: smart contracts, blockchain technology, contract law, private international law, enforcement

INTRODUCTION

Modern digital economy has changed the way things are done. DLTs, the blockchain, crypto assets present not only regulatory challenges, but also theoretical

Prof. Dr. Mateja Durovic, Professor of Law and Co-Director of the Centre for Technology, Ethics, Law and Society at King's College London, e-mail: mateja.durovic@kcl.ac.uk.

and doctrinal ones. These inventions have not only presented analytical challenges for the law, but according to some, practically put doubts on the relevance of the law itself. One of the innovations is the digitalisation of commercial transactions through smart contracts. Some authors, such as Wright and De Filippi, claim that smart contracts are the “first truly disruptive technological advancements to the practice of law since the invention of the printing press”.¹ Not only do some claim that these pieces of software “might replace large swaths of the traditional contract system”,² others like Alexander Savelyev write, that blockchain based smart contracts are “paradigm shifting”, and do not need a legal system, rather “they represent a technological alternative to the whole legal system”, “transnational and executed uniformly regardless of the differences in national laws”.³ These authors build upon the theory of Lawrence Lessig, who wrote years ago, “regulator is code--the software and hardware that make cyberspace as it is. This code, or architecture, sets the terms on which life in cyberspace is experienced.”⁴ Optimists about technology and sceptics of the state, cyberlibertarians, hope for smart contracts to be the new *lex mercatoria*, what Wright and De Filippi called *lex cryptographia*, a global law without a state, a wholly new phenomenon of “rules administered through self-executing smart contracts and decentralized (autonomous) organizations”.⁵ They are supposed to be democratic, need no central authorities, no lawyers, no courts. Rather, smart contracts are thought thereby to create crypto-legal systems, horizontal private order of equals created through (smart) contracts, existing outside of the realm of the law *sensu proprio*.⁶ Others, like Kelvin F. K. Low and Eliza Mik, wrote, on the other hand, that the excitement over blockchain and smart contracts stems from a misunderstanding.⁷ That in practical terms, smart contracts will be

¹ Aaron Wright, Primavera De Filippi, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia”, *SSRN Electronic Journal*, 2015, 10.

² Mark Verstraete, “The Stakes of Smart Contracts”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 50, Issue 3, 2019, 743; James Grimmelmann, “All Smart Contracts Are Ambiguous”, *Journal of Law and Innovation*, No. 1, Vol. 2, 2019 (“smart contracts are “a way for parties to enjoy the benefits of binding contracts without relying on a legal system: private law without a public authority”).

³ Alexander Savelyev, “Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law”, Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016, 2016, 9.

⁴ Code Is Law, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html>, 26. 7. 2023.

⁵ Cristina Poncibò, “Blockchain and Comparative Law”, *Blockchain, Law and Governance*, (Eds. Benedetta Cappiello and Gherardo Carullo), Springer Cham, 2021, 141–145.

⁶ C. Poncibò (2021 “Blockchain and Comparative Law”), op. cit., 149–150.

⁷ Kelvin F. K. Low, Eliza Mik, “Pause the Blockchain Legal Revolution”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 1, 2020, 136. See also: Andrew M. Hinkes, “The Limits of

used to automate only certain aspects of contracts – the most formalistic ones, like specific clauses or obligations – while contracts will remain drafted in natural language. Their assessment of the “hypothetical notion that smart contracts and blockchains will increase efficiency, trust and certainty” – “barmy”.⁸ Similar authors have also called smart contracts a “dumb idea”,⁹ while Olaf Meyer wrote that smart contracts are “apps”, “computer babble”, carry no legal implications, and not contracts.¹⁰ Thus, while the perspectives on their potential success vary, and it is difficult to predict the future, we may characterize an array of private law issues they bring.

Fundamentally, “smart contracts are in fact pieces of software”. The Law Commission defines them as “computer code that, upon the occurrence of a specified condition or conditions, is capable of running automatically according to pre-specified functions”.¹¹ Nick Szabo, who coined the term, wrote that they are a “computerised transaction protocol that executes the terms of a contract”.¹² They can be defined narrowly as agreements wherein execution is automated, usually by computers. Such contracts are designed to ensure performance without recourse to the courts. Automation ensures performance, for better or worse, by excising human discretion from contract execution.¹³ Indeed, if we define smart contracts narrowly enough, they are not at all legally problematic, but can be approached using existing legal framework. Raskin writes that a vending machine is an example of a smart contract, one that includes automatic performance after coin is tossed.

Code Deference”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 46, Issue 4, 2021, 877 (“Scholars have argued that courts may or may not choose to involve themselves in disputes over smart contracts, which arguments roughly track the historical tensions between the law as regulator of private transactions and the historical recognition of self - help as a legal remedy. Raskin has suggested that smart contracts should be viewed as a kind of extra-legal self-help...[but as] Werbach noted...law defines and limits what forms of self- help are available. This tension – between what a smart contract can do, and what the law will allow it to do – remains an open question.”).

⁸ K. F. K. Low, E. Mik, op. cit., 173–174.

⁹ Agata Ferreira, “Regulating Smart Contracts: Legal Revolution or Simply Evolution?”, *Telecommunications Policy*, Vol. 45, Issue 2, 2021.

¹⁰ Olaf Meyer, “Stopping the Unstoppable - Termination and Unwinding of Smart Contracts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 9, Issue 1, 2020, 17–24.

¹¹ Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 28. 7. 2023.

¹² *Ibidem*.

¹³ Max Raskin, “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 1, Issue 2, 2017, 306.

He goes on to say that long as a court can interpret and enforce the contract with relative ease, it is indistinguishable from a traditional contract law.¹⁴ In this regard, Alexander Savelyev wrote, that if there was “no principal difference between vending machine and smart contracts, then we [would] have to admit that smart contracts are almost as old as Roman law itself”.¹⁵

What is supposedly paradigm shifting is the blockchain basis of (some) smart contracts, which ascribes them with several technological characteristics. Blockchain itself is a “a type of database that takes a number of records and puts them in a block... then ‘chained’ to the next block, using a cryptographic signature. This allows block chains to be used like a ledger, which can be shared and corroborated by anyone with the appropriate permissions”.¹⁶ Those smart contracts that are blockchain based – may be referred to as *decentralized smart contracts*, or *strong smart contracts*, “a self-executing piece of code situated on the shared ledger and maintaining its own state and that is theoretically immutable”.¹⁷ It is to them that traditional means of ex post enforcement are generally difficult to apply, as they figure in no central database, every transaction is automatically recorded in the distributed ledger, and the execution of the agreement under certain conditions which are unchangeable with the moment of being stored on blockchain, is automatic, and thus require no human element for the execution.¹⁸ It is also immutable, not allowing to be amended, terminated or undone,¹⁹ but also not to be maliciously overridden.²⁰ At the same time, these agreement enforcing applications are practically independent from the state, based on the ‘trustless trust’ concept of peer-to-peer network architecture guarantee.²¹

As we will see, the English law has already attempted to clarify the legal status of smart contracts, establishing that *smart legal contracts* may be valid and enforceable forms of legal agreement. As we will see, since even in the supposedly

¹⁴ M. Raskin, op. cit., 310.

¹⁵ A. Savelyev, op. cit., 8.

¹⁶ Distributed Ledger Technology: Beyond Blockchain, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf, 28. 7. 2023.

¹⁷ C. Poncibò (2021 “Blockchain and Comparative Law”), op. cit., 4.

¹⁸ Cristina Poncibò, “The Digitalisation of Contracts in International Trade and Finance: Comparative Law Perspectives on Smart Contracts”, *Digitalization and Firm Performance. Examining the Strategic Impact*, (Eds. Milena Ratajczak-Mrozek, Paweł Marszałek), Springer Books, 2021, 4.

¹⁹ C. Poncibò (2021 “The Digitalisation of Contracts”), op. cit., 6.

²⁰ M. Raskin, op. cit., 319.

²¹ C. Poncibò (2021 “The Digitalisation of Contracts”), op. cit., 8.

code only smart contracts, the content of the agreement may be broader,²² say due to representations made by the parties, not to mention cases of hybrid contracts, where natural language ancillary agreement and the code may not align perfectly, there is fundamental uncertainty if legal interpretation and construction do not avail of the main promise of smart contracts, i.e., the absolute certainty. Indeed, in this regard, as we will see, courts may need to interpret the contracts on case-by-case basis, which is contrary to *lex cryptographia* immutable and trustless vision. It is also in this regard that there is theoretical doubt whether smart legal contracts are contracts, or their parts allowing for automatic contractual performance.

Furthermore, one of the main characteristics of blockchain technology and smart contracts – immutability – warrants discussion in regard to the enforcement of mandatory legal rules (ranging from formalities to doctrines of unconscionability, incapacity, et cetera), implied contract terms and consumer rights legislation, but also the availability and effective enforcement of remedies, both ex post and interim.²³ Indeed, the very question of consumer protection in regard to smart contracts, and blockchain technology in general, demands answers despite the silence of regulators. Immutability and automatic execution appear important in relation to parties' need not to enforce the black letter of the agreement, whether it is for the purpose of not terminating the agreement when the pre-programmed rules say so, but rather preserve the long-term contractual relationship;²⁴ or in cases of efficient breach.²⁵

The recourse to judicial remedies is a contested issue. Characterising the default legal position, De Filippi and Wright argue that in cases of disputes parties

²² A. M. Hinkes, op. cit., 870. (*Legal scholarship* “occasionally views smart contracts as legal contracts, but more often as components of a broader set of representations and promises which, considered together, may constitute legal contracts. Through this lens, disputes over smart contracts may be resolved by the application of legal rules using the traditional legal dispute apparatus”).

²³ See: O. Meyer, op. cit., 17, (discussing limitations of court power to affect deployed smart contracts); Shaanan Cohney, David A. Hoffman, “Transactional Scripts in Contract Stacks”, *Minnesota Law Review*, Vol. 105, Issue 1, 2020, 321 (“[C]an contract law make sense of intractable bugs in transactional code? The answer is likewise simple: yes.”).

²⁴ A. Wright, P. De Filippi, op. cit., 74–75. (“Because no single party controls a blockchain, there may not be a way to halt the execution of a smart contract after it has been triggered by the relevant parties. Once the wheels of a smart contract are put into motion, the terms embodied in the code will be executed, and they cannot be stopped unless the parties have incorporated logic in the smart contract to halt the program's execution”).

²⁵ On efficient breach see generally, Gregory Klass, “Efficient Breach”, *The Philosophical Foundations of Contract Law* (Eds. Gregory Klass, George Letsas, Prince Saprai), Oxford University Press, Oxford, 2014, 362–387.

can either renegotiate the agreement (which, as we have seen, is not easy if the code is already operating) or “seek redress from a court or arbitration panel to reverse the effects of the smart contract”,²⁶ which seems even more difficult. According to those authors, for example in cases where there is dispute “whether a smart contract accurately memorializes the parties’ intent or whether one party has breached the agreement, the contracting parties still retain the ability to bring legal proceedings or engage in private dispute resolution. Courts ultimately retain jurisdiction over the legal effects of a smart contract”.²⁷

Indeed, although this may be the default rule of contract law, on the one hand there exist practical difficulties, such as the pseudonymity of the parties, who cannot obtain practically effective redress against unknown parties;²⁸ on the other ones related to the terms and conditions of the agreement. One of the biggest questions for contract law is whether English courts will hold “code deference clauses” enforceable.²⁹ As Andrew Hinkes wrote, many smart contracts incorporate clauses which attempt to prevent the resolution of disputes over smart contracts using legal remedies.³⁰

Although there is nothing which can “stop a party interested in the outcome of a smart contract from filing a lawsuit over its execution”, and litigation involving smart contracts has already occurred,³¹ it is especially in the context of DAOs that ventures will try to opt out of law through the use of code deference.³² It remains an open question if parties can “bind themselves to the outcome of executory smart contract code, no matter what? Are agreements to defer to the outcomes of smart contract execution and not to sue, even if a smart contract outcome varies from what was expected, fails to execute, or is modified by others, legally enforceable? If so, how effective are such agreements if challenged ex post? Even if those agreements are enforceable, are they effective? What are the limits of legal agreements to defer to smart contract code?”³³

²⁶ A. Wright, P. De Filippi, op. cit., 74–75.

²⁷ *Ibidem*, 78.

²⁸ *Ibidem*, 85.

²⁹ See: Andrew M. Hinkes, “The Limits of Code Deference”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 46, Issue 4, 2021.

³⁰ A. M. Hinkes, op. cit., 871.

³¹ *Ibidem*, 877.

³² *Ibidem*, 879. Hinkes observes that “deference to smart contract outcomes is critical for the orderly operation of decentralized ventures that rely on smart contracts to affect rights to assets, implement their human participants’ governance decisions, and facilitate participant interaction.”

³³ A. M. Hinkes, op. cit., 872.

Are they contracts?

According to the Chamber of Digital Commerce, smart contracts are merely “computer code” capable of running automatically according to pre-specified functions, one which is not “synonymous” with a legally binding contract, and can be used in contexts very different from *contracts proprio*, e.g., supply chain management; yet, “under certain circumstances and if so decided by the parties, smart contracts can fulfil the elements of a legally binding contract [or its part] under common law and civil law systems, such as the United States and Spain”.³⁴ Similarly, the UKJT noted that a smart contract may, or may not, have binding effects between the parties depending on the circumstances of the case.

The English approach goes even further in recognizing the legal effect of smart contracts, while not forgetting of doctrinal issues:

“We should...be looking to identify and, if necessary, remove any fundamental legal impediment to the use of smart contracts. We should try to avoid the creation of a new legal and regulatory regime that will discourage the use of new technologies rather than provide the foundation for them to flourish.”³⁵

In this way, the Law Commission reported, there are two categories: smart contracts as computer programs of uncertain status, and “smart legal contracts, which is a legally binding contract in which some or all of the contractual obligations are defined in and/or performed automatically by a computer program”. Smart legal contracts are thus a recognized form of agreement in English law, which has a number of features:³⁶

1. some or all of the contractual obligations under the contract are performed automatically by a computer program, without a need for human intervention (“automaticity”);
2. the contract is legally enforceable; and
3. the computer program is deployed on a distributed ledger.

³⁴ Smart Contracts: Is the Law Ready?, <https://lowellmilkeninstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/2018/08/Smart-Contracts-Whitepaper.pdf>, 30. 7. 2023.

³⁵ Sir Geoffrey Vos, “Cryptoassets as Property: How Can English Law Boost the Confidence of Would-Be Parties to Smart Legal Contracts?” Joint Northern Chancery Bar Association and University of Liverpool Lecture, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/Sir-Geoffrey-Vos-Chancellor-of-the-High-Court-speech-on-cryptoassets.pdf> 28. 7. 2023. See also: Mateja Durovic, Franciszek Lech, “The Enforceability of Smart Contracts”, *The Italian Law Journal*, Vol. 5, No. 2, 2019.

³⁶ Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 28. 7. 2023.

The point which was underlined is that:

“... the current legal framework in England and Wales is clearly able to facilitate and support the use of smart legal contracts, without the need for statutory law reform ... Current legal principles can apply ... in much the same way as they do to traditional contracts... Although some types of smart legal contract may give rise to novel legal issues and factual scenarios, existing legal principles can accommodate them.”

PRIVATE INTERNATIONAL LAW:
JURISDICTION, APPLICABLE LAW

De Caria writes, while it is not problematic to see smart contracts used for domestic market transactions falling under binding legal norms, in transnational context, “everything is different... it is still hard to imagine how they could include provisions on jurisdiction and applicable law”, since there is no international legal framework designed for smart contracts,³⁷ and it is due to the technical nature thereof, i.e., decentralization and anonymity on the blockchain they present practical difficulty for determining the applicable jurisdiction and the question of the choice of law. Thus, while “smart contracts may be outside the law, but they are not above the law”, and thus cannot escape the ambit of the state,³⁸ the very question of whose law should be applied may be difficult.

According to Poncibò “the European legal framework for cross-border smart contracts remains unclear”, and the choice of law question over smart legal contracts cannot be answered by Brussels I Regulation, nor does Rome I Regulation apply in a straightforward manner.³⁹ This problem De Caria imagines will be alleviated by supplementary natural language agreements concerning this matter.⁴⁰ Similarly, Poncibò writes, “in practice, the parties will probably agree on a national law to govern the digital contract by inserting a clause into the smart contract”⁴¹

³⁷ Riccardo De Caria, *The Legal Meaning of Smart Contracts*, *European Review of Private Law*, Vol. 26, Issue 6, 2018, 748.

³⁸ Cristina Poncibò, Larry A. DiMatteo, “Smart Contracts: Contractual and Noncontractual Remedies”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Eds. Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò), Cambridge University Press, 2019.

³⁹ C. Poncibò (2021 “The Digitalisation of Contracts”), *op. cit.*, 11–12.

⁴⁰ R. De Caria, *op. cit.*, 748.

⁴¹ C. Poncibò (2021 “The Digitalisation of Contracts”), *op. cit.*, 11–12.

A more optimistic, but perhaps less technologically realistic view is taken by Ruhl, who writes that Rome I Regulation connecting factors of party choice and habitual residence “work reasonably well in a decentralized virtual environment”, and “it will usually be possible to assign a smart contract to a particular legal system”; adding, that “even parties who enter into smart contracts and use blockchains will usually have a habitual residence. The Law Commission also noted that both “deeds and private international law are the two areas where we think future work is required to support the use of smart contract technology in appropriate circumstances”.⁴²

*Binding legal effect*⁴³

In the absence of international regulation, and general reluctance of domestic statutory regulation (with some exceptions, mostly on state level in the USA, but also in Italy and Russia), it is true that legal status is “totally unclear in the absence of specific regulations, these technologies must be regulated by existing laws”.⁴⁴ These doctrines, as Lord Sale wrote, are not necessarily equipped to deal with the questions that these contracts will generate”, that “no one does at the moment know the answer” to the questions of when smart contracts will be legally binding, of interpretation, application of vitiating factors and the availability of remedies.⁴⁵ Nevertheless, the “binding nature of smart contracts... can...be ascertained on a case-by-case analysis”, through factual and legal analysis,⁴⁶ and thus that at least some smart contracts are capable of having legal effect. Following the approach of Professor Durovic, smart contracts are capable of being contracts *sensu proprio*, and thus are not “just technological manifestations of familiar contractual processes: escrow and self-help”.⁴⁷

⁴² Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 28. 7. 2023.

⁴³ See also: Lauren Henry Scholz, “Algorithmic Contracts”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 2017, 128, 142, 166, 168 (Scholtz argues that contracts that defer to algorithms may be too indefinite to enforce).

⁴⁴ R. De Caria, op. cit., 739. See also: C. Poncibò, op. cit., 1.

⁴⁵ Law And The Digital World, <https://www.supremecourt.uk/speeches/cour-de-cassation-seminar.html>, 28. 7. 2023.

⁴⁶ C. Poncibò (2021 “The Digitalisation of Contracts”), op. cit., 5.

⁴⁷ Kevin Werbach, Nicolas Cornell, “Contracts *Ex Machina*”, *Duke Law Journal*, Vol. 67, No. 2, 2017, 313–382.

Contract formation

As the Joint Economic Committee of the Congress of the United States proclaimed, “smart contracts might sound new, but the concept is rooted in basic contract law... program enforces the contract built into the code”.⁴⁸ In common law, it is required that a contract forms from an offer, acceptance, consideration, and an intention to create legally binding relations, together with certainty and completeness and compliance with any formalities.

Raskin writes that the formation of “contractual agreement is not markedly different between smart and traditional contracts”. An offer is completely straightforward because “before any contractware can operate, two parties must agree to some set of terms that initiates the program”.⁴⁹ It is also trite law that agreement can be expressed in any manner, formed orally, in writing, or by conduct, in both civil and common law: there is no theoretical obstacle to the agreement being manifested entirely, or partially, in code.⁵⁰ Mateja Durovic and André Janssen conclude that “rules on offer and acceptance will in principle not pose an obstacle to smart contracts’ recognition as legally binding”.⁵¹ If a contract is posted on the blockchain, is not a mere advertisement but has specific terms encoded (as it typically does), it can be accepted, i.e. by performance, through initiation of the smart contract itself. “Once an action is taken to initiate acceptance, such as by ceding control over a certain amount of money to the code, the contract is formed.”⁵² Alternatively, a cryptographic key can be used to authorize performance, i.e., accept. This shows, that a *consensus ad idem*, a universal requirement coming from Pothier and von Savigny, takes place – oftentimes, too, there will be a different form of agreement preceding the smart contract, which can be included in objective assessment by court.⁵³ This is not negated by the process being automatic: as we have seen, automatization is an old phenomenon, and we have plenty of cases which do not undermine validity; e.g., *R (Software Solutions Partners Ltd) v HM Customs & Excise*, *Thornton v Shoe Lane Parking*.⁵⁴

⁴⁸ R. De Caria, op. cit., 735–736.

⁴⁹ M. Raskin, op. cit., 321.

⁵⁰ K. Low, E. Mik, op. cit., 167–168.

⁵¹ Mateja Durovic, André Janssen, “Formation of Smart Contracts under Contract Law”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Ed. Larry A. DiMatteo, Michel Cannarsa, Cristina Poncibò), Cambridge University Press, 2019.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ R. De Caria, op. cit., 162.

⁵⁴ *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* [1970] 2 QB 163, 1 All ER 686, EWCA Civ 2.

Thus, these can be agreements governing economic relations, where a person clearly enters a relationship by accepting the terms of the contract, the mode of execution, whether directly by themselves or by employment of the electronic agent, automaton notwithstanding.⁵⁵

The Law Commission anticipates that the only difficulty “may arise in relation to solely code smart legal contracts, particularly where the parties have engaged in limited or no natural language negotiations or communications”, especially in cases where the parties enter into a transaction deploying and interacting with the code on a smart contract platform, without engaging in natural language negotiations or communications. These cases were to be treated as unilateral contracts acceptable by conduct. The more complex scenarios involve parties deploying computer programs which subsequently interact and execute transactions without natural language negotiations or communications, but they do not involve new legal questions.⁵⁶

Meeting of the minds

Nevertheless, for the *consensus* to take place, both parties need to read and understand the terms written in computer code, which is also verifiable by a third-party adjudicator. This may prove a theoretical obstacle in relation to such smart contracts which do not have natural language component, and/or parties do not use intermediaries, that could only extend the chain of causation. After all, parties do not have to read the contract, but must be capable of reading it, for the freedom of contract and individual autonomy not to be vitiated. This is even more clear in civilian jurisdictions, mimicking the procedure of offer and acceptance with the concept of declaration of will between the contractual parties, i.e., bearing relation to concepts of dignity.⁵⁷

Superficially, consideration is straightforward, because any smart contract must entail an exchange of digital assets. Nevertheless, the concept of intention is to ensure an *exchange of promises for value*, and which differentiates a contract from a gift in English law. According to Savelyev, because blockchain allows to automate the contractual process of *both* parties, rather than only one (like a vending

⁵⁵ A. Savelyev, *op. cit.*, 10–11.

⁵⁶ Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 28. 7. 2023, 40.

⁵⁷ Can Code Be Law? <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/germany/can-code-be-law>, 28. 7. 2023.

machine).⁵⁸ Since the contracts are self-enforcing, immutable, nothing depends on the will of the debtor, he *promises* nothing, there are no “orientation in the future” and “will components”, and consequently there is no legal bond between the parties, and the only bond is technical. Since the other party cannot ever interfere, after having made the contract, any “subsequent change of circumstances or intent of the party is irrelevant”, which is add odds with classical contract law.⁵⁹ Thus, he concludes, a smart contract appears to him not as “obligations” creating, but “self-limiting certain rights by technical means”.⁶⁰

Nevertheless, it seems that this argument offers an “unrealistically ‘idealistic’ view of contract law”, since with the transfer of assets, there will be the requisite benefit, right or detriment, loss or responsibility. They are “considered contracts because they are agent-generated mechanisms to shift rights and obligations”⁶¹ At the very least, these transfers of considerations, or “unilateral transfer mechanisms or technologies automating certain types of contractual performance” would be considered an element of a bigger contract, and not constitutive of the contract by themselves.⁶²

While we may dismiss this issue, smart contract prevents the possibility of insisting on non-performance of the obligation, including in scenarios of efficient breach. This does not seem to be problematic in English law, but may well be in continental jurisdictions,⁶³ which may see immutability as a negation of autonomy, a lack of flexibility, but also, as Savelyev writes, the very inapplicability of the regime associated with obligations, such as mode of performance, consequences of performance; under assumption that smart contracts cannot be breached, remedies for breach of contract are inapplicable, and so are guarantees.⁶⁴ In this way, a big portion of contract law does not concern smart contracts.

Savelyev notes that the question of intent to enter legal relation is “tricky”, because arguably people want to use “alternative regulatory system, not a classic contract law”,⁶⁵ but as long as the factual result of the smart contract, transfer

⁵⁸ A. Savelyev, op. cit., 9.

⁵⁹ *Ibidem*, 15–18.

⁶⁰ *Ibidem*, 18.

⁶¹ K. Werbach, N. Cornell, op. cit., 338.

⁶² K. Low, E. Mik, op. cit., 168–169.

⁶³ Can Code Be Law?, <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/germany/can-code-be-law>, 28. 7. 2023.

⁶⁴ A. Savelyev, op. cit., 19–20.

⁶⁵ *Ibidem*, 11.

of ownership over assets, is the same, then an analogy can be found.⁶⁶ Practically this is better than merely aspirational status and the state will not undermine its own role; objectively, it is also doubtful that a party would not like to enforce their rights.⁶⁷ According to De Caria, the obligation stands independently from the digital code of the smart contracts, so that even in case of a mistake, the obligation would be expressed;⁶⁸ “independently from being digitally expressed, every [smart] contract is ruled and guaranteed by the law and the parties will be free to file with the Court for compensation”.⁶⁹ To assume otherwise would be unreasonable.

As Hinkes wrote:

While interpreting the meaning of a smart contract may be difficult, these code-driven systems, however, do not exist in an information void... users will receive some information about the smart contract, typically in the form of representations about what the code is intended to do, prior to transacting a digital asset to that code... Not all users of smart contracts have sufficient technical skills to review the smart contract code, and code review is not required for a user to interact with a smart contract. Instead, smart contracts exist and are used in a greater context – within a larger venture, or as an element of a broader set of representations and promises... Offer and acceptance will typically occur through communications independent of the smart contract.⁷⁰

Language and interpretation

Doctrinal analysis of formation elements shows that English law seems well equipped to deal with smart contracts, fulfilling De Caria’s idea of allowing for spontaneous development and incremental expansion of legal categories. To this point the UK jurisdiction Task Force’s statement, endorsed in *AA v Persons Unknown*⁷¹, where it was emphasized that whether the contractual obligation is defined by the code or it merely implements an agreement found elsewhere, as long

⁶⁶ A. Savelyev, op. cit., 11.

⁶⁷ K. Werbach, N. Cornell, op. cit., 341.

⁶⁸ R. De Caria, op. cit., 746.

⁶⁹ Maria Letizia Perugini, Paolo Dal Checco, “Smart Contracts: A Preliminary Evaluation”, *SSRN Electronic Journal*, 2015, 25.

⁷⁰ A. M. Hinkes, op. cit., 875–876. See also: S. Cohny, D. A. Hoffman, op. cit., 363, 362–368. (“... the code never stands alone”. Cohny and Hoffman suggest smart contracts can be thought of as part of a “stack” of representations, statements, and promises that together may create the elements of an agreement which together may create a legal contract).

⁷¹ *AA v Persons Unknown & Ors*, Re Bitcoin EWHC 3556, Comm, 13 December 2019.

as parties engaged in smart contracting are capable of reaching objective agreement as to terms, have requisite intention, there will be a contract. Yet, despite the UKJT conviction that a “smart contract consisting solely of code with no natural language element can in most circumstances be seen as an extreme example of a contract whose language is clear”, both law firms and other jurisdictions seem to advise writing natural language agreements too. Indeed, civilian legal scholars are cautious to admit that smart contracts may include binding obligations between the parties, rather favouring the approach that they represent computer programmes allowing for the automatic execution of contracts.⁷²

There has been a long scholarly debate on the question of whether a smart contract written purely in code can be enforceable without a natural language legal document, independently whether it is advisable to have two documents, or just one. The broad consensus was the following:

pure smart contract (a piece of computer code that encompasses all elements of the parties agreements and is self-standing and independent of any natural language document) can be a legally enforceable contract – if both parties have transparency and clarity (had understood, had time to consider and decided to enter into such an arrangement) as to what the code entails, the computer logic encoded in the smart contract, then they can be bound by the outcomes (including, in theory, other subsequent arrangements entered into by the smart contract autonomously), provided that the elements of the contract such as offer, acceptance, consideration and intention to create legal relations are present. Thus, we again return to the issue of offer, acceptance, consideration, intention to create legal relations and capacity.⁷³

Indeed, in the Law Commission report, three types of smart legal contracts are distinguished:⁷⁴

1. A natural language contract in which some or all of the contractual obligations are performed automatically by the code of a computer program
2. A hybrid contract in which some contractual obligations are defined in natural language, and others are defined in the code of a computer program
3. A contract in which all of the contractual terms are defined in, and performed automatically by, the code of a computer program. No natural language version of the agreement exists.

⁷² C. Poncibò (2021 “The Digitalisation of Contracts”), op. cit., 16–19.

⁷³ M. Durovic, F. Lech, op. cit., 497.

⁷⁴ Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 28. 7. 2023, 23.

“Ambiguity is anathema to computer language” and “although it is debatable whether every contract can be translated into machine language, many of them can be”.⁷⁵ Yet, this does not solve the problem of interpreting or writing the contract itself, before and/or when it is transposed to code.⁷⁶ It is the case that both peremptory norms of contract law and risk allocation may necessitate use of open ended terms, such as ‘reasonable care’, ‘best efforts’ or ‘good faith’ which “are impossible to express in code and difficult to replace”.⁷⁷ This led Poncibò to conclude, that smart contracts are inapplicable to complex contracting, which is a combination of fixed terms, open-textured rules, and standards, while the technology only allows to transpose the most formalistic terms and rules into the code. In other words, such legal standards as *best efforts*, ones that may be required by the law, or wanted by the parties, are simply impossible to implement.⁷⁸ In this context, it is necessary for legal effect to implement complementary use of a written contract, alongside the novel smart contract,⁷⁹ which may however defeat the very purpose of automation, and again provokes the question of the difference between implementation and intent.

This goes to the heart of the issue. If in “more complex, long-term, relational, and ambiguous contract types coding is highly problematic”, then the legal status of the contract depends on the complexity of the matter: “in more complicated agreements, the smart contract is best described as a smart function of the contract transferring money or title”.⁸⁰ They write: execution of a payment for goods delivered or repayment on a loan, the parties can agree on the contract, but instead of going to a lawyer to write the contract they go to automators (lawyer or nonlawyer) to code the agreement. In this case, the coded contract is the equivalent to a written contract. In more complicated agreements, the smart contract is best described as a smart function of the contract. In long-term contracts that include multiple payments over a prolonged period of time, it is unlikely that the paying party will encumber funds far in advance of future payments, thus diluting the self-enforcing nature of the smart contract.⁸¹

⁷⁵ M. Raskin, op. cit., 322.

⁷⁶ *Ibidem*, 312–317.

⁷⁷ K. Low, E. Mik, op. cit., 172.

⁷⁸ C. Poncibò, L. A. DiMatteo, op. cit., 121.

⁷⁹ Paul Catchlove, “Smart Contracts: A New Era of Contract Use”, *SSRN Electronic Journal*, 2017, 16.

⁸⁰ C. Poncibò, L. A. DiMatteo, op. cit. 9.

⁸¹ *Ibidem*.

In this regard, the Law Commission wrote that “contractual obligations which follow a conditional logic (“if X, then Y”) are good candidates for being drafted in code” (e.g., escrow agreements), while complex agreements, ones that “require the exercise of discretion, reasonableness, best endeavours or some element of human judgement” are ill suited to be automated.⁸²

For these reasons, authors have proposed that smart contracts are an enforcement automation tool, best suited to such tasks as payment of funds upon certain triggering events arising or imposing financial penalties if certain events do or do not arise, or objective conditions are not satisfied. In these cases, “human intervention, including through a trusted escrow holder or even the judicial system, is not required once the smart contract has been deployed and is operational”,⁸³ Nonetheless, even in this regard, smart contracts are passive enough that they need to be fed off-chain information by humans, the oracles. In cases where data is on-chain, they can automatically process it, but there remains a risk of differences in information received by different nodes, if said data is in constant flux.⁸⁴

Nonetheless, in regard to contract interpretation:

the courts are free to imply terms into the contract, such as the duty of good faith, and to void or adjust such contracts under policing doctrines such as duress, misrepresentation, mistake, unconscionability, and hardship. Additionally, courts and arbitral tribunals will continue to look at context outside of the computer code in the interpretation of smart contracts. Trade usage and business customs will continue to play a role in the interpretation and enforcement of smart contracts.⁸⁵

The Law Commission concluded that a smart legal contract can include terms which are both defined in, and performed by code, while noting that some, e.g., Nicholas Bohm, argued that “a contract defines and imposes rights, powers, privileges and immunities”, whereas “code just performs actions”.

Indeed, as Schuster observed, lawyers have used mathematical form to express, for example, the amounts of future payments in bond documentation, while non-DLT based instances of contractual automation, like vending machines or public transport tickets have already become routine. However, the reason why

⁸² Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>, 28. 7. 2023.

⁸³ An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, <https://corp.gov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>, 28. 7. 2023.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ C. Poncibò, L. A. DiMatteo, op. cit., 10.

contracts are “not usually written in a more formal and precise language is exactly because it is impracticable for any (non-trivial) contract to specify all possible contingencies”, and the “open-ended, context-sensitive, and ambiguous nature of legal language...is a technique used to alleviate the need to draft fully contingent agreements”.⁸⁶

Similarly, De Filippi and Wright wrote, agreements which include “open-ended terms that outline performance obligations”, such as good faith, “might be difficult to precisely define what constitutes appropriate performance, while another party may promise to use “best efforts” to fulfill his or her obligations, because the most cost-effective or efficient manner of performance might not yet be foreseeable.” They admit that there “often is value in keeping contracts open-ended or ambiguous, because it provides flexibility to parties while also cutting down the time and expense of negotiation. In many cases, vagueness may in fact result in more efficient contracts”.⁸⁷ As they wrote, smart contracts will follow the path of EDI agreements, where electronic messaging was used in the context of a broader contractual relationship, rather than to implement purely code-based agreements.⁸⁸

Moreover, De Filippi and Wright acknowledge that the process of creating a smart contract will involve substantive decisions about the meaning, content, and applicability of contracting parties’ arrangements. Programmers will need to make subjective judgments, interpretations, and substantive decisions about potentially uncertain future events when drafting smart contract code, which could mask or distort the parties’ intent⁸⁹ *performance, force majeure, and excuse*.⁹⁰

STATUTORY REQUIREMENTS, LEGALITY, AND VITIATING FACTORS

Since smart contracts cannot test for capacity (age, drugs, alcohol, incapacitation), they ensure performance only *prima facie* (allowing to seek court support),⁹¹

⁸⁶ Edmund Schuster, “Cloud Crypto Land”, *The Modern Law Review*, Vol. 84, Issue 5, 2021, 998. See also: Jeremy M. Sklaroff, “Smart Contracts and the Cost of Inflexibility”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 166, Issue 1, 2017, 263.

⁸⁷ A. Wright, P. De Filippi, op. cit., 77.

⁸⁸ *Ibidem*, 78.

⁸⁹ *Ibidem*, 84–85.

⁹⁰ Eric Tjong Tjin Tai, “Challenges of Smart Contracts: Implementing Excuses”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Eds. Larry DiMatteo, Michael Cannarsa, Cristina Poncibò), Cambridge University Press, 2019.

⁹¹ K. Werbach, N. Cornell, op. cit., 322.

and cannot resolve the issue of legality (e.g., Silk Road), many of the smart contracts may not be valid contracts. Regarding formalities, which may e.g., not allow to terminate a lease automatically, or demand application of insolvency regulations, such contracts would be invalid: *ex post* remedies should apply.

Even in English law, the Commission concluded that one cannot be confident that the current law supports the creation of deeds which are wholly or partly defined by code. Deeds are documents executed with a high degree of formality and there is some uncertainty as to whether smart contract technology can facilitate compliance with the various formalities that apply to deeds. This becomes ever more apparent in regard to European law,⁹² and the law of continental jurisdictions.

Specificity of the technology limits defenses and damages. Practically, “enforcing the remedy... may prove problematic to a court”.⁹³ Thus, although an order of specific performance for a reverse transaction, or an unjust enrichment action could be brought to court,⁹⁴ theoretically, it may be difficult to identify pseudo-anonymous users. It would be impossible “short of undermining the integrity of the entire system”, but exceptions or conditions can be encoded *ex ante*, which adds a modicum of flexibility.⁹⁵ Thus, techno-legal measures, such as self-help strategies of reducing or terminating future dealings, morality of platforms and developers and reliance on reputation, normative or dispositional informal sanctions, have been proposed.⁹⁶ Nevertheless, Poncibò and DiMatteo do consider the use of e.g., the tort of negligence to sue for contracts divergent from expectations, and for fraud should intentional miscoding take place.⁹⁷ Furthermore, Raskin wrote of creation of “publicly available database and application programming interface (API) of relevant legal provisions”, which is a development not yet in place.⁹⁸ Instead, consumers who make mistaken transactions, or ‘if something goes wrong’ scenarios apply, will be potentially left with no enforceable legal remedies, despite the supposedly legal nature of the agreement.

⁹² Andre Janssen, “Smart Contracting and the New Digital Directives: Some Initial Thoughts”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 12, Issue 2, 2021, 196.

⁹³ M. Raskin, *op. cit.*, 325.

⁹⁴ M. Durovic, A. Janssen, *op. cit.*, 326.

⁹⁵ K. Werbach, N. Cornell, *op. cit.*, 335.

⁹⁶ C. Poncibò, L. A. DiMatteo, *op. cit.*, 127

⁹⁷ *Ibidem.*

⁹⁸ M. Raskin, *op. cit.*, 326–327.

Consumer Protection⁹⁹

Mateja Durovic and André Janssen present the question whether “the general structure of smart contracts allows consumer protection at all or to what extent”, noting that some scholars ignore consumer law completely, while others like Saveleyev claim “that the whole layer of legal provisions relating to consumer law [...] is non-applicable to smart contract”.¹⁰⁰ Durovic and Janssen reject both of these views, arguing that “EU consumer law (or the national law implementing EU directives on consumer protection) is in principle applicable to all B2C transactions, whether online or offline”.¹⁰¹ This allows to bring out the tension between the immutability and right of the consumer to withdraw from the contract, the question of applicability of Unfair Terms Directive and the meaning of its provision regarding plain language when applied to pure smart contracts, where a “non-programmer would be at a total loss to understand even the most basic smart contract and is therefore significantly more beholden to an expert to explain what the contract “says.”¹⁰²

Poncibò and DiMatteo argue decisively that:

Smart contracts cannot avoid law as coded terms remain subject to judicial review, especially when highly scrutinized clauses (limitation of liability or limitation of remedy clauses) or unenforceable clauses (unconscionable terms, penalty clauses that are deemed to be excessive or *avoidance of consumer protection law*) are coded into the contracts. Smart contracts also remain subject to contract laws policing doctrines, such as mistake, duress or coercion, “surprising terms,” misrepresentation or fraud, as well as implied terms, such as the duty of good faith and the duty of reasonable efforts in agency contracts”¹⁰³

⁹⁹ Marina Kasatkina, “Consumer Protection in the Light of Smart Contracts”, *ELTE Law Journal*, 2021; Joshua A. T. Fairfield, “Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection”, *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 71, Issue 2, 2014; A. Wright, P. De Filippi, op. cit., 26; Phoebus Athanassiou, “Impact of Digital Innovation on the Processing of Electronic Payments and Contracting: An Overview of Legal Risks”, *Legal Working Paper No. 16*, European Central Bank, 2017, 47; Pierluigi Cuccuru, “Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 25, Issue 3, 2017, 191.

¹⁰⁰ M. Durovic, A. Janssen, op. cit., 78.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, <https://corp.gov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>, 28. 7. 2023. (They also observe that “[c]ourts are wary of enforcing agreements where the consumer did not receive adequate notice of the terms of the agreement, and may be hesitant to enforce a smart contract where the consumer was not also provided with an underlying text agreement that included the complete terms.”).

¹⁰³ C. Poncibò, L. A. DiMatteo, op. cit., 140. (Emphasis my own).

Lokke Moerel has a different perspective. He notes that “there have been only isolated court cases dealing with online cross-border consumer disputes”, because in fact private ordering, the contractual self-regulatory systems, and emergence of private dispute resolution displaced the need to seek judicial redress.¹⁰⁴ Indeed, Borgogno also noticed these positive features of blockchain based technology for consumer policy, arguing that since smart contracts are standardised, verifiable, certain, and do not require human activity, they are a good and cost-efficient tool to enforce consumer rights. Finally, Scholz argued, that the law needs to recognize non-disclaimable privacy rights to protect consumer privacy in the area of algorithmic contracts.¹⁰⁵

Furthermore, smart contracts generate privacy issues, “and, to the extent that their code is not publicly disclosed and explained in a human-readable language, they may facilitate the creation of standardized contractual arrangements that few people understand. Of greater concern is the fact that the autonomous and disintermediated nature of blockchain-based smart contracts can support or facilitate criminal activity”.¹⁰⁶

CONCLUSIONS

Smart contracts are “technological tools for automating the performance of certain obligations rather than a source of obligations”,¹⁰⁷ which may have legal effect, and be considered contracts, broadly. They are both generally accommodated by the law,¹⁰⁸ most clearly in English common-law, and yet they diverge from the theory of contract law, which does not *diminish* their utility as instruments of potentially legally binding character. Despite immutability, language problems, and contractual idealism, “if contract law is about making people keep their promises, then smart contracts look like they can do that job even better than courts”.¹⁰⁹ Yet, while “smart contracts can meet the doctrinal requirements of contract law”, because of the unavailability of remedies, the lack of flexibility, all the many issues with language and formalities, more importantly with anonymity and amenability, they “serve a different purpose” from the “contract law [which] is a remedial institution, [whose] aim is not to ensure performance ex ante, but to adjudicate the grievances that may arise

¹⁰⁴ Lokke Moerel, “Blockchain and Data Protection”, *European Review of Private Law*, Vol. 26, Issue 6, 2018, 221–222.

¹⁰⁵ L. H. Scholz, op. cit., 56.

¹⁰⁶ A. Wright, P. De Filippi, op. cit., 72.

¹⁰⁷ K. Low, E. Mik, op. cit., 167

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 357.

ex post”.¹¹⁰ Smart contracts, contrarily make enforcement unavoidable, replacing ex post judicial interventions, breach is theoretically impossible, and the role of human agency is limited.¹¹¹ It thus seems, that while they are a new phenomenon, *smart legal contracts* fill out the categories already existing in the law, perhaps making legislative interventions unnecessary, in favour of spontaneous development.

Prof. dr MATEJA DUROVIC
Redovni profesor, *King's College* London

PRIVATNO PRAVO I TEHNOLOŠKA POLITIKA: PRIMER PAMETNIH UGOVORA

Rezime

Pametni ugovori ne predstavljaju ugovore u tradicionalnom značenju – saglasnosti izjavljenih volja dveju strana u cilju postizanja određenih pravnih dejstava – već instrumente za automatizaciju izvršavanja određenih ugovornih obaveza. Ukoliko je cilj ugovornog prava da motiviše ljude da data obećanja održe, pametni ugovori bi ga, uprkos izazovima, mogli ostvarivati uspješnije čak i od sudova. Ipak, i pored toga što mogu da ispune sve zahteve koje postavlja ugovorno pravo, zbog nedostupnosti pravnih lekova, nedostatka fleksibilnosti, pitanja upotrebe jezika i formalnosti, a još važnije anonimnosti i pristupačnosti, pametni ugovori služe drugoj svrsi. Njihov cilj nije da obezbede izvršenje *ex ante*, već da reše probleme koji mogu nastati *ex post*. Za razliku od tradicionalnih ugovora, pametni ugovori predstavljaju neizbežan način za ispunjenje ugovornih obaveza, čime se znatno smanjuje potreba za naknadnim sudskim intervencijama i značajno ograničava uloga ljudskog faktora. Stoga, iako su relativno nov koncept, čini se da pametni ugovori dopunjuju već postojeće pravne okvire, potencijalno čineći zakonodavnu intervenciju nepotrebnom.

Ključne reči: pametni ugovori, *blockchain* tehnologija, ugovorno pravo, međunarodno privatno pravo, izvršenje ugovora

Bibliography

- Athanassiou P., “Impact of Digital Innovation on the Processing of Electronic Payments and Contracting: An Overview of Legal Risks”, *Legal Working Paper No. 16*, European Central Bank, 2017.
- Catchlove P., “Smart Contracts: A New Era of Contract Use”, *SSRN Electronic Journal*, 2017.
- Chamber of Digital Commerce, Smart Contracts: Is the Law Ready?, <https://digitalchamber.org/smart-contracts-whitepaper/>.
- Cohney S., Hoffman D. A., “Transactional Scripts in Contract Stacks”, *Minnesota Law Review*, Vol. 105, Issue 1, 2020.

¹¹⁰ K. Werbach, N. Cornell, op. cit., 318.

¹¹¹ *Ibidem*, 346.

- Cuccuru P., “Beyond Bitcoin: An Early Overview on Smart Contracts”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 25, Issue 3, 2017.
- De Caria R., The Legal Meaning of Smart Contracts, *European Review of Private Law*, Vol. 26, Issue 6, 2018.
- 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 Cannarsa, Cristina Poncibò) Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- Durovic M., Lech F., “The Enforceability of Smart Contracts”, *The Italian Law Journal*, Vol. 5, No. 2, 2019.
- Fairfield J. A. T., “Smart Contracts, Bitcoin Bots, and Consumer Protection”, *Washington and Lee Law Review Online*, Vol. 71, Issue 2, 2014.
- Ferreira A., “Regulating Smart Contracts: Legal Revolution or Simply Evolution?”, *Telecommunications Policy*, Vol. 45, Issue 2, 2021.
- Grimmelmann J., “All Smart Contracts Are Ambiguous”, *Journal of Law and Innovation*, Vol. 2, No. 1, 2019.
- Hinkes A. M., “The Limits of Code Deference”, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 46, Issue 4, 2021.
- Janssen A., “Smart Contracting and the New Digital Directives: Some Initial Thoughts”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 12, Issue 2, 2021.
- Kasatkina M., “Consumer Protection in the Light of Smart Contracts”, *ELTE Law Journal*, 2021.
- Klass G., “Efficient Breach”, *The Philosophical Foundations of Contract Law*, (Eds. Gregory Klass, George Letsas, Prince Saprai), Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Lessig L., Code Is Law, <https://www.harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law.html>.
- Lipton A., Levi S., An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/>.
- Lord Sales, Law And The Digital World, <https://www.supremecourt.uk/speeches/cour-de-cassation-seminar.html>.
- Low K. F. K., Mik E., “Pause the Blockchain Legal Revolution”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 69, Issue 1, 2020.
- Meyer O., “Stopping the Unstoppable - Termination and Unwinding of Smart Contracts”, *Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 9, Issue 1, 2020.
- Jünemann M., Milkau U., Can Code Be Law?, <https://www.twobirds.com/en/insights/2021/germany/can-code-be-law>.
- Moerel L., “Blockchain and Data Protection”, *European Review of Private Law*, Vol. 26, Issue 6, 2018.
- Perugini M. L., Dal Checco P., “Smart Contracts: A Preliminary Evaluation”, *SSRN Electronic Journal*, 2015.

- Poncibò C., “Blockchain and Comparative Law”, *Blockchain, Law and Governance*, (Eds. B. Cappiello and G. Carullo), Springer Cham, 2021.
- Poncibò C., “The Digitalisation of Contracts in International Trade and Finance: Comparative Law Perspectives on Smart Contracts”, *Digitalization and Firm Performance. Examining the Strategic Impact*, (Eds. Milena Ratajczak-Mrozek, Paweł Marszałek), Springer Books, 2021.
- Poncibò C., DiMatteo L. A., “Smart Contracts: Contractual and Noncontractual Remedies”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Eds. L. A. DiMatteo, M. Cannarsa, C. Poncibò), Cambridge University Press, 2019.
- Raskin M., “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 1, Issue 2, 2017.
- Savelyev A., “Contract Law 2.0: «Smart» Contracts as the Beginning of the End of Classic Contract Law”, *Higher School of Economics Research Paper No. WP BRP 71/LAW/2016*, 2016.
- Scholz L. H., “Algorithmic Contracts”, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 20, Issue 2, 2017.
- Schuster E., “Cloud Crypto Land”, *The Modern Law Review*, Vol. 84, Issue 5, 2021.
- Sir Geoffrey Vos, “Cryptoassets as Property: How Can English Law Boost the Confidence of Would-Be Parties to Smart Legal Contracts?” Joint Northern Chancery Bar Association and University of Liverpool Lecture, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/Sir-Geoffrey-Vos-Chancellor-of-the-High-Court-speech-on-cryptoassets.pdf>.
- Sklaroff J. M., “Smart Contracts and the Cost of Inflexibility”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 166, Issue 1, 2017.
- The Law Commission, Smart Legal Contracts, Advice to Government, <https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf>.
- Tjong Tjin Tai E., “Challenges of Smart Contracts: Implementing Excuses”, *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, (Eds. Larry DiMatteo, Michael Cannarsa, Cristina Poncibò), Cambridge University Press, 2019.
- UK Government Chief Scientific Adviser, Distributed Ledger Technology: Beyond Blockchain, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf.
- Verstraete M., “The Stakes of Smart Contracts”, *Loyola University Chicago Law Journal*, Vol. 50, 2019.
- Werbach K., Cornell N., “Contracts Ex Machina”, *Duke Law Journal*, Vol. 67, No. 2, 2017.
- Wright A., De Filippi P., “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia”, *SSRN Electronic Journal*, 2015.

GORDANA ILIĆ POPOV

O PREDLOGU UVOĐENJA POREZA NA PSE

U radu se bavimo (neformalnim) predlogom da se u Srbiji uvede porez na pse, koji bi plaćali vlasnici pasa, s aspekta osnovnih elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja takvog poreza. S obzirom na to da su psi živa bića, objekat oporezivanja mogao bi da bude jedino držanje, a ne vlasništvo, psa. Trebalo bi, uz to, praviti razliku između pasa – kućnih ljubimaca i pasa koji su specijalno obučeni za posebne namene. Nastojali smo da objektivno sagledamo kakav bi stvaran uticaj taj porez imao na promenu ponašanja nesavjesnih vlasnika pasa, u smislu njihovog odgovornijeg odnosa prema drugim ljudima i životnoj okolini. Izneli smo predlog da se akcizom oporezuju luksuzni proizvodi za pse, koji nemaju značaj za zadovoljavanje njihovih potreba već je kupovina lični izbor pojedinih vlasnika. S druge strane, zalažemo se da se hrana za pse (i mačke) oporezuje po posebnoj (nižoj) stopi poreza na dodatu vrednost. Ukazali smo na neophodnost da komunalna policija primenjuje svoja zakonska ovlašćenja, upozorava i kažnjava vlasnike pasa, koji ne poštuju obaveze propisane za pravilno držanje pasa.

Ključne reči: držanje pasa, kućni ljubimci, porez na pse, komunalna policija

U V O D

Sve su češći slučajevi da pas – i to ne lualica nego pas kojeg je vlasnik izveo – napadne dete ili odraslu osobu u parku ili na ulici. To je iniciralo predstavnike Kinološkog saveza Srbije da (neformalno) predlože uvođenje poreza na pse, sa ciljem

Prof. dr Gordana Ilić Popov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: gordana@ius.bg.ac.rs.

da podsticajno utiče na promenu ponašanja neodgovornih vlasnika pasa. Takva ideja, potpuno očekivano, izaziva različite reakcije. Svaki porez podrazumeva dodatni trošak, u ovom slučaju za one koji su odlučili da imaju pse za kućne ljubimce.¹ Da li bi sredstva prikupljena od tog poreza bila namenski opredeljena za svrhe vezane, takođe, za pse (npr. izgradnja i održavanje prihvatilišta za privremeni ili trajni smeštaj napuštenih i izgubljenih pasa) ili bi se, poput prihoda od ostalih poreza, „utopila“ u budžetske (javne) prihode za opšte namene? Da li bi neki vlasnici, ne želeći da plate porez, ostavili svog psa nezbrinutog na ulici? Navedeni predlog otvara mnogo različitih dilema. Hipoteza od koje polazimo u radu je (ne)opravdanost uvođenja poreza na pse s obzirom na uticaj koji bi imao na odgovorniji odnos nesavesnih vlasnika pasa prema ljudima, drugim psima i okolini.

NEODRŽIVOST POREZA NA ŽIVO BIĆE

Porez na pse, u izvesnom smislu, podseća na davno prevaziđenu glavarinu (lat. *capitation*), koja je predstavljala porez „po glavi“ stanovnika, odnosno svako fizičko lice, samo zato što je građanin određene države, imalo je obavezu da je plati, i to svako u istom iznosu, nezavisno od toga kolika mu je ekonomska snaga.² Ilustracije radi, glavarina se naplaćivala u obliku džizije u Osmanskom carstvu ili *poll tax*-a u Engleskoj da bi od XVIII veka bila zamenjena savremenom formom poreza na dohodak.³ Sličan porez bila je i vojnica, koju su bili dužni da, u jednakom iznosu, plaćaju samo muškarci stasali za vojnu službu, a koji joj se nisu odazvali.⁴ I glavica i vojnica su se, dakle, plaćale na ličnost, odnosno na živo biće, ne vodeći računa o ekonomskoj snazi. Budući da je takav objekat oporezivanja ne samo nepravičan nego potpuno neprihvatljiv, takvi porezi se ne sreću u savremenim poreskim sistemima. Savremeni subjektivni porezi se vezuju za ličnost, koja ostvaruje određeni prihod ili dohodak, odnosno koja poseduje imovinu. Drugim rečima,

¹ Kućni ljubimac je svaka životinja koja se drži radi druženja. V. Zakon o dobrobiti životinja, *Službeni glasnik RS*, br. 41/09, čl. 5, tač. 26.

² U poreskom pravu se uobičajeno koristi termin „ekonomska snaga“, koja označava prihod, dohodak i imovinu jednog lica, dok Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/06, 115/21) u čl. 91, st. 2 koristi termin „ekonomska moć“, za koji smatramo da je još manje prikladan. Naime, kad se pomene moć prva asocijacija je mogućnost da se utiče na druge, što dalje navodi na misao o tesnoj povezanosti ekonomske i političke moći. Prema našem mišljenju, termin „ekonomska sposobnost“ bi, možda, na najprimereniji način odražavao „ekonomsku stranu“ ličnosti poreskog obveznika.

³ Glavarina. *Hrvatska enciklopedija*, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021, <http://www.enciklopedija.hr/Natuknica.aspx?ID=22217>, 10. 9. 2023.

⁴ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 91, fn. 393.

subjektni (lični) porez se ne plaća na ličnost *per se* nego na manifestacije ekonomske snage poreskog obveznika. Visina poreske obaveze zavisi od njegove ekonomske snage, ali i od nekih činjenica koje su vezane za ličnost poreskog obveznika, a koje bi mogle da budu od značaja za oporezivanje (npr. za priznavanje poreske olakšice – broj članova porodice koje je obveznik dužan da izdržava, starosna dob poreskog obveznika i dr.).⁵

Kod poreza na pse poreska obaveza bila bi određena samo činjenicom koja se vezuje za ličnost poreskog obveznika, koja se ispoljava u spremnosti i mogućnosti čoveka da vodi brigu o psu u svom stanu ili kući. Svesno ne ističemo u prvi plan ljubav prema psima, jer ona često nije isključena kod onih koji ne drže tog kućnog ljubimca zato što nemaju odgovarajuće uslove (odnosno, smatraju da je za dobrobit psa potrebno da ima dovoljno (otvorenog) prostora da može da uživa punu slobodu kretanja) ili nemaju finansijska sredstva za adekvatnu brigu o psu. Porez na pse bi, prema tome, bio subjektan porez, kod kojeg se ne vodi računa o ekonomskoj snazi (bogatstvu) obveznika.⁶ Obveznik bi, zapravo, plaćao porez na životinju kao živo biće. Sem toga, moglo bi se postaviti pitanje saglasnosti zakona (ili odredbe postojećeg zakona) kojim bi bio uveden porez na pse sa Ustavom RS, koji predviđa da se obaveza plaćanja poreza (i drugih dažbina) zasniva na ekonomskoj moći obveznika,⁷ koja se svakako ne pokazuje preko posedovanja psa ili drugog kućnog ljubimca. Imati u psu vernog i odanog prijatelja jeste svojevrsno „bogatstvo“, ali koje se materijalno ne izražava te ne može da bude tretirano kao element ekonomske snage.

Začeci poreza na pse datiraju iz Velike Britanije i Danske još s kraja XVIII i početka XIX veka, kada je taj porez bio uveden kao porez na luksuz. Naime, ljudima su bile potrebne životinje za rad na imanju i njivi te se držanje životinja iz zadovoljstva smatralo čistim luksuzom, za koji onda treba platiti porez.⁸ U novije doba, nekoliko evropskih zemalja (Francuska, Švedska, Španija, Italija, Belgija, Grčka, Mađarska) predviđalo je da na lokalnom nivou može da se uvede porez na pse. Danas, prema nama dostupnim podacima, porez na pse postoji u Nemačkoj, Švajcarskoj, Austriji, Luksemburgu, Holandiji i Slovačkoj⁹. Budući da je lokalni porez,

⁵ Božidar Jelčić, *Nauka o financijama i finansijsko pravo*, Informator, Zagreb, 1983, 97.

⁶ Jovan Lovčević, *Institucije javnih finansija*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1979, 109.

⁷ Ustav RS, čl. 91, st. 2.

⁸ Die Hundesteuer – alle Informationen auf einen Blick, <https://www.fressnapf.de/magazin/hund/hundesteuer/>, 20. 9. 2023.

⁹ Slovački Zakon o lokalnim porezima (*Zákon o miestnych daniach a miestnom poplatku za komunálne odpady a drobné stavebné odpady*) predviđa, između ostalog, i pravo opština da uvedu

on nije uveden u svim gradovima i opštinama. Na primer, u Amsterdamu je porez na pse potpuno ukinut 2016. godine, dok u ostalim delovima Holandije vlasnici ili držaoci pasa moraju i dalje da ga plaćaju.¹⁰ Porez na pse se ne naplaćuje ni u svakoj opštini i gradu u Nemačkoj, niti mu je visina ista u različitim lokalnim zajednicama koje ga uvode (npr. u Berlinu se za prvog psa godišnje plaća 120 evra, a za svakog „dodatnog“ psa 180 evra, u Minhenu godišnji porez na pse iznosi 100 evra, bez obzira na broj pasa koje lice drži, u Kelnu i drugim gradovima u Severnoj Rajni Vestfaliji vlasnik psa plaća 156 evra godišnje po osnovu poreza na pse za svakog psa, u Hamburgu porez na pse je za svakog psa 90 evra godišnje, odnosno 600 evra za borbenog psa kvalifikovanog kao opasan pas itd.).¹¹

VLASNIŠTVO PSA KAO PREDMET OPOREZIVANJA

Sa poreskoppravnog aspekta, postavilo bi se niz pitanja u vezi sa određivanjem bitnih elemenata zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja poreza na pse. Pošto bi poreski obveznik bio vlasnik psa, šta bi činilo poreski objekat, odnosno da li je moguće vlasništvo na živim bićima. Predmet prava svojine kao glavnog stvarnog prava su stvari.¹² Pas nije stvar. Stvari su zamenljive, pas nije; stvari mogu biti za jednokratnu upotrebu, a pas ne. Psi jedu, piju vodu, kreću se, spavaju, razmnožavaju se. Oni nemaju moć govora, ali imaju svoj „jezik“ preko kojeg komuniciraju.¹³ Pas ne može da rasuđuje kao čovek, ali može da oseća. „Psa nije briga da li si bogat ili siromašan, pametan ili glup. Daj mu svoje srce i on će ti dati svoje.“¹⁴

lokalni porez na pse, do najvišeg iznosa propisanog tim centralnim zakonom. V. *IBFD Tax Research Platform*. Country Tax Guides. Corporate Taxation. Slovac Republic. 14. Miscellaneous Indirect Taxes, <https://research.ibfd.org/>, 20. 9. 2023.

¹⁰ Die Hundesteuer – alle Informationen auf einen Blick, 20. 9. 2023.

¹¹ Budući da nismo imali mogućnost neposrednog uvida u odluke nemačkih gradova koji su uveli porez na pse, skrećemo pažnju na to da su iznosi poreza u međuvremenu možda izmenjeni. Podaci su preuzeti sa <https://www.verivox.de/tierhalterhaftpflicht/themen/hundesteuer/>, 22. 9. 2023.

¹² „Stvari su materijalni delovi prirode. Međutim, da bi jedan materijalni deo prirode bio stvar u pravnotehničkom smislu građanskog prava, potrebna su dva uslova, jedan fizički i jedan društveni, odnosno pravni.“ Dakle, stvar treba da bude u fizičkoj vlasti čoveka i treba da bude roba u ekonomskom smislu. V. Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo. Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd, 1982, 136.

¹³ Ana Ajduković, *Sličnosti i razlike ljudi i životinja s obzirom na jezik*, Odsjek za kulturalne studije, Rijeka, <https://cultstud.ffri.hr/?p=392>.

¹⁴ V. „15 istinitih citata o psima“, *Ananas magazine*, <https://ananasmag.com/kultura/citati/15-istinitih-citata-o-psima/>, 15. 9. 2023.

Faktički gledano, pas koji je kućni ljubimac jeste u fizičkoj vlasti čoveka jer on odlučuje kad će mu dati hranu, izvesti ga u šetnju, voditi veterinaru i dr. Iako nije roba u ekonomskom smislu, u situaciji kad lice kupi psa od uzgajivača¹⁵ ili drugog lica, pas jeste bio „u prometu“ jer je lice za njega platilo određenu (često, ne malu) cenu. S druge strane, čovek može da udomi mešanca sa ulice ili iz prihvatilišta napuštenih pasa. Mešanac ne može učestvovati na takmičenju ili na izložbama, ali i bez pedigrea on je biće puno života i ljubavi, spreman da čoveku da celog sebe.¹⁶

Premda ustaljeni nazivi „vlasnik“ ili „gospodar“ mogu, sami po sebi, ukazivati na vlasništvo,¹⁷ čovek nema pravo svojine na psu. Otuda bi porezom na pse bilo pogodeno držanje psa,¹⁸ koje mora isključivati specizam, odnosno bilo koji oblik podređivanja psa¹⁹ svojim interesima i potrebama.²⁰ Pas nije igračka za zabavu već živo biće, kome treba posvetiti vreme, pažnju i brigu. Nije dovoljna samo želja da se drži kućni ljubimac već treba imati adekvatne prostorne uslove i moći uklopiti potrebe psa u svoj način života. Sem toga, držanje psa podrazumeva dugoročne finansijske obaveze (izdaci za hranu, troškovi vakcinacije i druge veterinarske nege, troškovi šišanja, mikročipovanja i dr.). Svaka vrsta pasa ima specifične i jedinstvene karakteristike, bilo da je reč o zlatnom retriveru blage naravi, živahnoj i privrženoj patuljastoj pudli, znatiželjnom biglu, veselom pufnastom bišonu, nervoznoj čivavi, tvrdoglavom čau-čaju, druželjubivom irskom seterom, opreznom patuljastom pinču itd., te lice treba da se opredeli za onu rasu koja mu, prema temperamentu, najviše odgovara.

AD VALOREM ILI SPECIFIČAN POREZ?

U slučaju uvođenja poreza na pse, postavilo bi se, takođe, pitanje iskazivanja poreske osnovice. Ukoliko bi porez na pse bio određen kao *ad valorem* porez, odnosno porez po vrednosti, to bi značilo da se poreska obaveza utvrđuje u određenom procentu od poreske osnovice, koja bi se iskazivala u tržišnoj vrednosti psa.

¹⁵ Poseban problem se javlja u vezi sa odgajivačnicama pasa koje nisu registrovane, a vrše prodaju pasa, čak, i van granica Srbije i izbegavaju plaćanje poreza na dobit.

¹⁶ <https://blog.dnevnik.hr/poema2/2011/06/1629277224/izreke-o-psima.html>, 15. 9. 2023.

¹⁷ Štaviše, postojeći propis određuje vlasnika psa kao „pravno ili fizičko lice u čijem se vlasništvu nalazi pas i koje je odgovorno za njegov život, zdravlje i dobrobit“. V. Pravilnik o načinu obeležavanja i registracije pasa i mačaka, *Službeni glasnik RS*, br. 23/12, čl. 4, tač. 2 i 3.

¹⁸ Upor. Nina Hoffmann, „Was ist die Hundesteuer und was kostet die Hundesteuer?“, <https://www.forbes.com/advisor/de/deine-finanzen/hundesteuer-deutschland/>, 19. 9. 2023.

¹⁹ Isto važi i za druge kućne ljubimce.

²⁰ Petra Dolovčak, „Specizam: odnos ljudi prema životinjama“, diplomski rad, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2019, 5–7.

Međutim, tako bi psi bili tretirani kao dobra, odnosno imovina. Zbog toga bi porez na pse bio specifičan porez, tj. poreska obaveza bi bila utvrđena u apsolutnom iznosu, bilo za svakog psa, nezavisno od pasmine, u istom iznosu, ili bi visina poreza bila određena prema rasi,²¹ uzimajući posebno u obzir rizik koji je povezan sa držanjem pasa koji su klasifikovani kao potencijalno opasni. Na visinu poreza trebalo bi da ima uticaja i činjenica da li je pas kupljen (od uzgajivača ili drugog lica) ili je udomljen napušten pas.

S druge strane, od oporezivanja bi trebalo da budu izuzeti specijalno obučeni psi za posebne namene. Na primer, nije ista situacija da li su nemački ovčar ili rotvajler nečiji kućni ljubimci ili su policijski i vojni psi koji se angažuju za službene potrebe, odnosno za visokorizične operacije, otkrivanje eksploziva, narkotika i dr. Takođe, porezom na pse ne bi trebalo da bude podvrgnuto držanje pasa (npr. bernardinac, malinoa, holandski ovčar i dr.) koji imaju vrlo značajnu ulogu u potrazi za nestalim ili izgubljenim osobama (npr. povređenih i poginulih u snežnim lavinama, zatrpanih pod ruševinama u slučaju razornog zemljotresa i dr.) i prilikom spasavanja ljudi (npr. planinara, davljenika i dr.). Isto važi i za pse vodiče slepih i slabovidnih osoba, odnosno pse pomagače licima sa ograničenom pokretljivošću, koji su od velikog značaja za poboljšanje kvaliteta njihovog života, kao i terapijske pse koji se koriste u medicinskim tretmanima psihičkih ili neuroloških bolesnika i dr.

Porez bi se plaćao na godišnjem nivou te da se u uslovima inflacije (makar i umerene) ne bi gubila vrednost prikupljenog prihoda bilo bi potrebno da se dinarski iznos poreza usklađuje godišnjim indeksom potrošačkih cena. Budući da vlasnici pasa imaju obavezu da prijave svog kućnog ljubimca nadležnom organu jedinice lokalne samouprave na čijoj teritoriji i vlasnik i pas imaju prebivalište, porez na pse bi bio lokalni porez. Promena vlasnika, uginuće psa²² i dr. su činjenice koje se, takođe, prijavljuju i unose u Registar pasa i mačaka.²³ Pristalice uvođenja poreza na pse se zalažu da on bude namenskog karaktera,²⁴ tj. da se prihodi od tog poreza

²¹ Prema našem mišljenju, veličina (visina i težina) psa ne bi trebalo da ima uticaj na određivanje visine poreza, jer ne znači da su manji psi jeftiniji niti da neke pasmine koje su po veličini manje nisu agresivnije i opasnije od nekih velikih pasa, koji su vrlo prijateljski nastrojeni (npr. njufaundlander, avganistanski hrt i dr.).

²² Ukoliko bi pas uginuo u toku godine, vlasnik koji je blagovremeno prijavio činjenicu smrti psa imao bi pravo na povraćaj srazmerno više plaćenog poreza.

²³ Podaci o obeleženim psima, sadržani u Registru pasa, unose se u Centralnu bazu u elektronskoj formi, koju vodi ministarstvo nadležno za poslove veterinarstva. V. Pravilnik o načinu obeležavanja i registracije pasa i mačaka, čl. 5.

²⁴ U sadašnjem sistemu javnih prihoda u Srbiji svi porezi su opšteg karaktera. Izuzetak je predviđen Zakonom o finansiranju lokalne samouprave (*Službeni glasnik RS*, br. 62/06 ... 124/22),

koriste za izgradnju i održavanje prihvatilišta za napuštene pse, kako bi se značajno smanjio broj pasa lotalica na ulicama i na taj način obezbedila veća sigurnost ljudi, s jedne strane, i humaniji uslovi za napuštene pse, s druge strane.

Ideja o plaćanju „cene“ za držanje kućnih ljubimaca nije potpuna novina u Srbiji. Naime, u periodu od 1. januara 2007. godine²⁵ do 1. oktobra 2012. godine,²⁶ Zakonom o finansiranju lokalne samouprave bilo je predviđeno da se lokalne komunalne takse mogu, između ostalog, uvoditi za držanje kućnih i egzotičnih životinja.²⁷ Jedinice lokalne samouprave nisu, dakle, imale obavezu da uvedu navedenu taksu nego im je samo data takva zakonska mogućnost. Izuzetno mali broj opština i gradova je odlukom skupštine opštine, odnosno grada uveo lokalnu komunalnu taksu, i to jedino za držanje pasa, iako je Zakon davao pravo na uvođenje takse na držanje i drugih kućnih ljubimaca (npr. domaće mačke, domaće ptice, mali glodari, akvarijumske životinje i dr.)²⁸ i egzotičnih životinja (npr. iguane, kameleona, ježa, guštera, rakuna i dr.). Tako je lokalna komunalna taksa na držanje pasa bila uvedena na teritoriji opštine Sremska Mitrovica²⁹ i opštine Pećinci,³⁰ dok su vlasnici ili držaoci kućnih i egzotičnih životinja (osim pasa koje koriste slepa lica kao vodiče) na području grada Kraljeva³¹ plaćali lokalnu komunalnu taksu pojedinačno u godišnjem iznosu od 200,00 dinara prilikom vakcinacije životinja protiv besnila od strane odgovarajuće veterinarske ustanove.

kojim je data mogućnost jedinicama lokalne samouprave (gradovima i opštinama) da svojom odlukom uvedu samodoprinos (čl. 20–31), koji ima obeležja namenskog (destiniranog) poreza.

²⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 62/06.

²⁶ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o finansiranju lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 93/12, čl. 2, st. 2.

²⁷ Egzotična životinja je divlja životinja koja nije autohtona na teritoriji Republike Srbije. V. Zakon o dobrobiti životinja, čl. 5, tač. 12.

²⁸ Zakon o veterinarstvu, *Službeni glasnik RS*, br. 91/05, 30/10, 93/12, 17/19, čl. 3, tač. 30.

²⁹ Odluka o lokalnim komunalnim taksama (SO Sremska Mitrovica), *Službeni list opštine Sremska Mitrovica*, br. 9/06, čl. 5, tač. 13; Odluka o lokalnim komunalnim taksama (SO Sremska Mitrovica), *Službeni list opštine Sremska Mitrovica*, br. 8/07, 1/08, čl. 5, tač. 14. Vlasnici pasa su u opštini Sremska Mitrovica plaćali taksu za držanje pasa u godišnjem iznosu od 152,00 dinara (Tarifni broj 14). Naplatu takse vršila je veterinarska stanica, jedanput godišnje prilikom cepljenja psa protiv besnila i drugih zaraznih bolesti.

³⁰ Odluka o lokalnim komunalnim taksama na teritoriji opštine Pećinci, *Službeni list opštine Srema*, br. 11/09, 42/09, čl. 5, tač. 5. Za držanje pasa plaćala se taksa u iznosu od 182,00 dinara po psu godišnje (Tarifni broj 5).

³¹ Odluka o lokalnim komunalnim taksama (na teritoriji grada Kraljeva), *Službeni list grada Kraljeva*, br. 24/09, 7/11, čl. 5, st. 1, tač. 6 i Tarifni broj 6.

NEKI PREDLOZI PRO FUTURO

Jedan kraći vremenski period, preciznije od 1. aprila 2001. godine³² do 26. jula 2003. godine³³ luksuzni proizvodi – pod kojima su se podrazumevali proizvodi od krzna životinja i kože reptilija – bili su u Srbiji podvrgnuti oporezivanju akcizom, a onda je, bez objašnjenja i jasnih razloga, ta akciza ukinuta. Prema našem mišljenju, akcizom treba ubuduće oporezovati određene proizvode za pse, koji ne predstavljaju potrebu psa nego luksuz i hir pojedinih vlasnika. Pod takvim luksuznim proizvodima podrazumevamo odeću i obuću za pse, igračke za pse, razne akcesoare za pse (poput naočara za sunce, leptir mašne, ukrasa za „kosu“, povodnika sa ugrađenim dodatkom kišobrana i dr.). Sve češće se može videti na ulici u jesenje i, naročito, zimske dane kompletno obučeni pas (u jakni i sa čizmicama na sve četiri noge), čemu je doprinelo otvaranje sve većeg broja „pet šopova“, odnosno vrlo opremljenih radnji za kućne ljubimce. Neki vlasnici se prosto „utrkuju“ koje „elitne“ komade garderobe će nabaviti za svog psa ili koje će sve akcesoare kupiti, na primer, za proslavu rođendana kućnog ljubimca (npr. ukrasna kapa za psa, torta sa ukrasnim svećicama od nejestivog materijala i dr.). To postaje stvar prestiža, a ne izraz velike ljubavi i brige prema psu. Redovni veterinarski pregledi i čišćenje zuba, održavanje zdrave telesne težine (ima slučajeva kad se mali pas „izobličiti“ od prekomerne težine i jedva hoda te mu stradaju kosti) i, naravno, ljubav, produžavaju život psu. Činjenica je da je pas živo biće, od kojeg ne treba praviti „pokretnu igračku“. Sem toga, oblačenje psa slabi njegovu prirodnu otpornost, a jasno je da briga o psu podrazumeva da vlasnik ili držalac neće izvoditi osetljivije rase pasa u duže šetnje ako su vrlo loši vremenski uslovi. Takođe, mišljenja smo da takav odnos prema psu ugrožava njegovo dostojanstvo jer izaziva (pod)smeš i druge reakcije.

S druge strane, smatramo da hranu za kućne ljubimce treba uvrstiti u listu dobara čiji se promet ili uvoz oporezuje po nižoj poreskoj stopi poreza na dodatu vrednost od 10%. Sasvim opravdano su lekovi za upotrebu u veterini (jednako kao i lekovi za ljudsku upotrebu) podvrgnuti oporezivanju po toj posebnoj stopi.³⁴ Uz to, podzakonskim aktom bi trebalo bliže precizirati šta se smatra hranom za pse, odnosno mačke, koja bi se oporezovala po stopi od 10%.³⁵

³² Zakon o akcizama, *Službeni glasnik RS*, br. 22/01, čl. 2, tač. 8.

³³ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o akcizama, *Službeni glasnik RS*, br. 72/03, čl. 1, st. 1.

³⁴ Zakon o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04 ... 138/22, čl. 23, st. 2, tač. 3.

³⁵ Slično kako je to učinjeno za osnovne životne namirnice za ljudsku upotrebu (hleb i druge pekarske proizvode, mleko i mlečne proizvode, jestivo ulje, sveže, rashlađeno i smrznuto voće, povrće i meso i dr.). V. Pravilnik o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 37/21, 64/21, 127/21, 49/22, 59/22, 7/23, 15/23, 60/23, čl. 58–60.

Prema važećim propisima u Srbiji, opasan pas jeste „bilo koja jedinka pasa, izuzev službenog psa, koja je: 1) bez očiglednog povoda napala čoveka i nanela mu telesne povrede ili smrt; 2) bez očiglednog povoda napala drugog psa i nanela mu teške telesne povrede ili smrt; 3) uzgajana, odnosno dresirana za borbe pasa ili nađena u organizovanoj borbi sa drugim psom; 4) namenjena za čuvanje imovine ili kao telesni čuvar; 5) rase pit bul terijer ili mešanac te rase, koji ne potiče iz kontrolisanog uzgoja; 6) rase bul terijer, staford terijer, američki staford terijer i mini bul terijer ili mešanac tih rasa“.³⁶ Propisano je, takođe, da se takvi psi mogu izvoditi samo uz brnjicu i na povocu.³⁷ Međutim, izuzetno retko (ili gotovo nikada) na ulici i drugoj javnoj površini možemo videti opasnog psa sa zaštitnom korpom, a vlasnik ili držalac se poziva na to da „njegov pas nikoga ne bi napao“ i da nije humano da pas ima korpu. Činjenice radi, i ljudima je bilo neugodno da u vreme pandemije COVID-19 na javnim mestima nose zaštitne maske, pa su to činili ne samo da bi zaštitili lično zdravlje nego i zbog bezbednosti i zaštite zdravlja drugih ljudi. Postoji, isto tako, i obaveza da vlasnik koji drži opasnog psa, zajedno sa psom, prođe obuku, uz proveru stepena socijalizacije,³⁸ ali mislimo da (uz rezervu da možda nismo u pravu) velika većina vlasnika opasnih pasa ne poštuje tu propisanu obavezu. Sve dok komunalna policija ne počne da se bavi i ovim poslom iz svoje nadležnosti, nama (pre)ostaje da se pitamo koji motiv (osim, na primer, čuvara u dvorištu kuće) opredeljuje pojedince da u stanu stambene zgrade drže, pored toliko drugih prijateljskih i druželjubivih rasa, upravo psa koji ima urođeno izražene zaštitničke instinkte, koji vrlo lako mogu da prerastu u agresiju (npr. pit bul terijera, bulmasti-fa, kane corso, nemačkog ovčara, dobermana, rotvajlera).

ZAKLJUČAK: KULTURA SOCIJALNO ODGOVORNOG PONAŠANJA I DUH TOLERANCIJE U MESTO POREZA

Odnos psa prema čoveku veoma lepo opisuju sledeće reči: „Onaj savršeno nesebičan prijatelj, jedini kojeg čovek može imati na ovome sebičnom svetu, onaj koji ga nikad ne napušta, onaj koji nikad nije nezahvalan ni pretvoran, to je njegov pas. On će stajati verno uz njega u bogatstvu i u siromaštvu, u dobru i u zlu. Spavaće na hladnom tlu, na ledenom vetru i snegu samo da bude uz svoga gospodara. Ljubiće ruku koja mu ne može ponuditi hranu, lizaće rane koje nastaju u dodiru s okrutnošću sveta. Čuva svog siromašnog gospodara kao kraljevića. Ostaće uz njega

³⁶ Pravilnik o načinu držanja pasa koji mogu predstavljati opasnost za okolinu – Pravilnik o držanju opasnih pasa, *Službeni glasnik RS*, br. 65/10, čl. 2.

³⁷ Pravilnik o držanju opasnih pasa, čl. 5.

³⁸ Pravilnik o držanju opasnih pasa, čl. 8, st. 1.

i kad ga svi drugi napuste.³⁹ S druge strane, čovek koji se opredeli da drži kućnog ljubimca ima ne samo moralnu obavezu nego i odgovornost da brine o njegovom životu, zdravlju, odgovarajućem smeštaju i dobrobiti te da snosi troškove njegovog zbrinjavanja ukoliko više ne želi ili nije u mogućnosti da se stara o njemu.⁴⁰ Treba razvijati veću solidarnost među vlasnicima pasa i nevlasnicima (npr. u slučaju bolesti vlasnika, njegovog psa će izvoditi sused koji nema psa i sl.), što bi, takođe, doprinelo podizanju svesti o odgovornoj brizi prema psima. Pas mora da bude obeležen mikročipom,⁴¹ što omogućava identifikaciju i značajno povećava njegovu bezbednost i šansu da bude pronađen ukoliko se izgubi, proveru da li je vakcinisan protiv besnila, identifikaciju vlasnika koji psa ostavi na ulici⁴² i dr.

Međutim, isto tako treba imati u vidu da ima i dece i odraslih koji se plaše pasa. Lavež psa može smetati drugim stanarima u zgradi dok uspravljaju bebu, neguju bolesnog člana porodice, obavljaju posao od kuće, opravdano loše reaguju kad vlasnik ili držalac ne očisti i ne opere, a po potrebi i dezinfikuje lift, stepenište ili hodnik stambene zgrade koje je pas zaprljao i dr. I u ovoj sferi su krajnje legitimne razlike među ljudima (npr. mnogima je mačka draži kućni ljubimac) te treba razvijati duh tolerancije i poštovati integritet drugog živog bića. Vlasnik ili držalac treba da preduzima mere da njegov pas ne uzrokuje povrede ili štetu trećim licima i ne zagađuje okolinu (npr. pas, ali ne i opasan pas, se može puštati sa povodnika da se slobodno kreće samo u parku i na drugoj javnoj zelenoj površini u vremenu koje propiše jedinica lokalne samouprave,⁴³ opasan pas mora da se izvodi na povocu i sa zaštitnom korpom na njušci,⁴⁴ pas koji se drži u stanu u stambenoj zgradi ne sme da ugrožava i uznemirava

³⁹ <https://blog.dnevnik.hr/poema2/2011/06/1629277224/izreke-o-psima.html>.

⁴⁰ Zakon o dobrobiti životinja, čl. 4, tač. 2 i 6, čl. 53, st. 1.

⁴¹ Zakon o veterinarstvu, čl. 84, st. 5; Pravilnik o načinu obeležavanja i registracije pasa i mačaka, čl. 9–13.

⁴² Pas koji nije obeležen mikročipom koji se zatekne na javnoj površini smatra se psom lutilicom, dok se obeležen pas koji se zatekne na javnoj površini bez prisustva vlasnika ili držaoca smatra napuštenim psom. V. Odluka o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Jagodina, *Službeni glasnik grada Jagodina*, br. 4/17, 16/18, 19/18 i 5/22, čl. 10.

⁴³ Na primer, u Beogradu u vremenu od 22.00 sata do 9.00 sati sledećeg dana, u periodu letnjeg računanja vremena, odnosno u vremenu od 20.00 sati do 10.00 sati sledećeg dana, u periodu zimskog računanja vremena. V. Odluka o držanju domaćih životinja i kućnih ljubimaca na teritoriji grada Beograda, *Službeni list grada Beograda*, br. 37/11, 55/11, 34/14, 114/16, 19/17, čl. 20; Upor. Odluka o držanju domaćih životinja na teritoriji grada Pančeva, *Službeni list grada Pančeva*, br. 34/19, *Službeni glasnik RS*, br. 59/23 – US, *Službeni list grada Pančeva*, br. 27/23, čl. 7, st. 3.

⁴⁴ Prilikom izvođenja opasnog psa na javne površine, držalac psa, odnosno lice koje ga izvođi je dužno da sa sobom nosi potvrdu za pse, izdatu u skladu sa posebnim propisom. V. npr. Odluku o držanju domaćih životinja i kućnih ljubimaca na teritoriji grada Beograda, čl. 19a.

ostale vlasnike stanova u mirnom korišćenju stana i dr.). S druge strane, nevlasnici treba da, bez obzira na svoje subjektivne osećaje i preferencije, poštuju dobrobit pasa.

Prema našem mišljenju, porez na pse, iz prethodno iznetih razloga, nije odgovarajuće sredstvo kojim može da se uspostavi kultura socijalno odgovornog ponašanja nesavesnih vlasnika pasa. Štaviše, vrlo je moguće da bi se sa uvođenjem takvog poreza povećao broj napuštenih pasa na ulicama. Ili je, pak, moguće da vlasnik uredno plaća porez na pse, ali je u isto vreme i dalje neodgovoran kad je reč o preduzimanju mera koje se odnose na pravilno držanje psa. Iako rešenje ne vidimo u domenu oporezivanja, ne smatramo da je postojeće stanje dobro. Primera radi, nedopustiv je slučaj vlasnice psa koji je napao dete u školskom dvorištu, a kamere zabeležile kako je pobegla sa psom, ni ne osvrćući se šta se dogodilo sa detetom. Odsustvo elementarne kulture je ne očistiti javnu površinu ili zajedničke delove zgrade koje je pas zaprljao. Neprihvatljivo je izvođenje psa na dugačkom povodniku, čime se otežava nesmetano kretanje ljudi na ulici. U nekim javnim parkovima napravljeni su ograđeni prostori (tzv. park za pse) u kojima psi mogu slobodno da trče, ali mnogi vlasnici, iako je zabranjeno, puštaju pse sa povoca da se slobodno kreću u delu parka u kojem se nalazi dečje igralište ili cvetni zasad. Otuda se potpuno slažemo sa rečima Vilima Svečnjaka da „nema loših pasa, već ima loših gospodara“.⁴⁵

Zbog toga je neophodno da komunalna policija počne konačno da primenjuje svoja zakonska ovlašćenja te upozori i opomene svakog vlasnika ili držaoca psa koji svojim činjenjem ili propuštanjem određene radnje narušava komunalni red,⁴⁶ usmenim naređenjem naloži primenu propisanih mera,⁴⁷ izrekne i naplati novčanu kaznu na licu mesta ako lice ne postupi po naređenju, odnosno podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.⁴⁸ Pojedine jedinice lokalne samouprave su svojim odlukama propisale prekršajne kazne za vlasnike ili držaoce pasa koji ne poštuju propisane obaveze. Na primer, na teritoriji gradova Beograd i Požarevac fizičko lice koje isprljanu javnu površinu ne očisti bez odlaganja, odnosno ne nosi kesu za izmet, izvodi psa na javnu površinu (koja nije određena i obeležena za tu namenu) bez povodnika, izvodi opasnog psa bez zaštitne korpe na njušci i bez povodnika, pušta psa sa povodnika da se slobodno kreće u parku van propisanog vremena kažnjava se za prekršaj novčanom kaznom u fiksnom iznosu od 10.000,00 dinara;⁴⁹ na teritoriji

⁴⁵ <https://blog.dnevnik.hr/poema2/2011/06/1629277224/izreke-o-psima.html>.

⁴⁶ Zakon o komunalnoj miliciji, *Službeni glasnik RS*, br. 49/19, čl. 19, st. 1.

⁴⁷ Zakon o komunalnoj miliciji, *Službeni glasnik RS*, br. 49/19, čl. 20.

⁴⁸ Zakon o komunalnoj miliciji, *Službeni glasnik RS*, br. 49/19, čl. 18, st. 2.

⁴⁹ Odluka o držanju domaćih životinja i kućnih ljubimaca na teritoriji grada Beograda, čl. 36; Odluka o držanju domaćih i egzotičnih životinja na teritoriji grada Požarevca, *Službeni glasnik grada Požarevca*, br. 2/21, čl. 39, st. 2, tač. 1 i 2.

grada Kragujevca kad komunalni policajac utvrdi da držalac psa prilikom svakog njegovog izvođenja iz stana, zgrade ili kuće nema sa sobom pribor za čišćenje fekalija (npr. kesa, lopatica i sl.), odnosno ukoliko zaprljanu površinu u zajedničkom delu zgrade ili na javnoj površini odmah ne očisti kažnjava se za prekršaj novčanom kaznom u fiksnom iznosu od 5.000,00 dinara, za koju se izdaje prekršajni nalog⁵⁰ itd. Budući da komunalna policija, odnosno službe javnog reda revnosno kontrolišu uredno plaćanje parking mesta, ostaje nam nejasno zbog čega izostaje kontrola i kažnjavanje nesavesnih vlasnika i držalaca pasa (posebno onih koji su kvalifikovani kao opasni), koji ne poštuju propisane mere prilikom izvođenja svojih kućnih ljubimaca.

Prof. Dr. GORDANA ILIĆ POPOV
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

ON THE PROPOSAL TO INTRODUCE A TAX ON DOGS

Summary

In the paper, we deal with the (informal) proposal to introduce a tax on dogs in Serbia, which would be paid by dog's owners, from the aspect of the basic elements of the legal description of the tax factual situation of such a tax. Given that dogs are living beings, the object of taxation should be the sole keeping, not the ownership, of the dog. In addition, a distinction should be made between dogs – pets and dogs which are specially trained for special purposes. We have tried to objectively examine real influence of this tax onto changing the behavior of negligent dog owners, in terms of their more responsible attitude towards other people and the environment. In our opinion, certain luxury products for dogs shall be subject to excise duty, because they do not meet dog's needs but some owners purchase them for personal pleasure and even whimsy. On the other hand, we advocate for basic food for dogs (and cats) to be taxed at a special (lower) tax rate of the value added tax. Finally, we pointed out the necessity for the municipal police to finally use its legal authorities, warn and punish dog's owners who do not comply with the prescribed obligations and rules regarding the keeping of dogs as pets.

Key words: keeping dogs, pets, tax on dogs, municipal police

Literatura

Ajduković A., *Sličnosti i razlike ljudi i životinja s obzirom na jezik*, Odsjek za kulturalne studije, Rijeka, <https://cultstud.ffri.hr/?p=392>.

Dolovčak P., „Specizam: odnos ljudi prema životinjama“, diplomski rad, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2019.

⁵⁰ Odluka o držanju i zaštiti domaćih životinja na teritoriji grada Kragujevca, *Službeni list grada Kragujevca*, br. 32/13, 18/14, čl. 64, tač. 6, u vezi sa čl. 24.

- Gams A., *Uvod u građansko pravo. Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd, 1982.
- Hoffmann, N., „Was ist die Hundesteuer und was kostet die Hundesteuer?“, <https://www.forbes.com/advisor/de/deine-finanzen/hundesteuer-deutschland/>.
- Hrvatska enciklopedija, mrežno izdanje, Leksikografski zavod Miroslav Krleža, 2021. <https://blog.dnevnik.hr/poema2/2011/06/1629277224/izreke-o-psima.html>.
- IBFD Tax Research Platform. Country Tax Guides. Corporate Taxation, <https://research.ibfd.org/>.
- „15 istinitih citata o psima“, *Ananas magazine*, <https://ananasmag.com/kultura/citati/15-istinitih-citata-o-psima/>.
- Jelčić B., *Nauka o financijama i finansijsko pravo*, Informator, Zagreb, 1983.
- Lovčević J., *Institucije javnih finansija*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1979.
- Popović D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

MOĆ UNAPREĐENJA SAVREMENOG OPOREZIVANJA

Porezi su osnovni finansijski instrumenti prikupljanja prihoda kojima države podmiruju rashode iz svoje nadležnosti. U ovoj civilizacijskoj tekovini, neizbežnoj „sudbini“ ljudi, odražavaju se socio-političke i ekonomske determinante vremena i prostora na kome se oporezivanje obavlja. Aktuelna poreska „scena“ je isprepletana mnoštvom promena, proisteklih iz savremenog razvoja društva i studiozno promišljene težnje poreske vlasti da poresku funkciju države znatno unapredi. Međusobno umrežene i donekle zagonetne promene su glasnici velikog preobražaja fenomena oporezivanja sa kojima se obveznici poreza svakodnevno susreću. Zainteresovanost i spremnost obveznika da promene adekvatno sagledaju, preispitaju i prihvate, uticaće na krajnji izgled oporezivanja u budućnosti. Nezaobilazno, razumna opreznost poreske vlasti, pri osmišljavanju modaliteta poboljšanja oporezivanja, neophodna je prvenstveno radi blagovremenog predviđanja izazova koji ih prate, ali i prevazilaženja njihovih potencijalnih nesuglasica sa vrednostima i standardima obveznikovog tradicionalnog poreskopavnog položaja.

Ključne reči: oporezivanje, savremeno doba, poreska vlast, poreski obveznici, ispunjavanje poreskih obaveza

U V O D

Javnom sektoru je poverena funkcija zadovoljavanja (finansiranja) javnih potreba, utvrđenih ustavom, zakonima i drugim propisima. Nesmetano obavljanje zadataka javne finansijske privrede podrazumeva kontinuirani priliv finansijskih

Prof. dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, e-mail: marina@prafak.ni.ac.rs. Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, prema ugovoru evidencioni broj 451-03-47/2023-1/200120 od 3. 2. 2023. godine.

sredstava, najvećim delom ubiranjem poreza. U savremenim uslovima, kao i u ranijim vremenskim razdobljima, prilike u kojima se odvija poreska delatnost države odraz pronalaze u ustanovljenim poreskim strukturama i postupcima njihove primene.

Uloga i mesto poreskog sistema u okviru finansijskog, odnosno mnogo šireg socio-političkog i ekonomskog sistema suštinski određuju „sadržinu“ poreskog fenomena, modalitete primene poreza, efekte oporezivanja u različitim segmentima društvenog života. Oni su neretko nejednako percipirani i vrednovani od strane obveznika poreza. To se ne dešava samo u različitom vremenu već i u istom vremenu, ali u različitom prostoru, u istom prostoru onda kada svoje utiske iznose i ocene daju različiti poreski obveznici. Moderna poreska „priča“ postaje, u ovom kontekstu posmatrano, složenija. Oporezivanje se ubrzano menja i dobija specifična obeležja, svojstvena današnjim vremenima. U procesu njegovog čini se nezaustavljivog unapređenja, poreska moć države jača zahvaljujući promenama koje su takve da menjaju paradigmu poreskih odnosa, ostvaruju bitan uticaj na poreske organe, poreske obveznike, prihvatanje i ispunjavanje poreskih obaveza. Budući odraz dubokog reformisanja poreske oblasti, one su predmet razmatranja u ovom radu. Ključno pitanje koje promene sobom donose i čine ga posebno značajnim tiče se sposobnosti poreskih obveznika da uvide međusobnu povezanost promena u koje su „upleteni“, prepoznaju prateće izazove i procene njihovo dejstvo u svetlu očuvanja i zaštite svojih, kroz istoriju oporezivanja, ne lako profilisanih interesa i izvojevanih poreskih prava. U tom cilju, u fokusu analize u radu nalaze se glavne promene savremenog poreskog domena, tj. pojavne forme i karakteristike ovih promena, kao i neka otvorena pitanja. Rezultati analize treba da posluže proveriti tačnosti hipoteze postojanja uglavnom olakog prihvatanja savremenih promena u poreskoj sferi koje je uslovljeno sofisticiranom prirodom i velikom brzinom implementacije promena. Osobene po tome što su prisutne u velikom broju zemalja sveta, promene preduzete u pravcu unapređenja savremenog oporezivanja, pozitivan uticaj ostvaruju i na nivou osposobljenosti poreskih organa da kvalitetnije prate poslovanje poreskih obveznika preko državnih granica, sužavaju prostor za izbegavanje plaćanje poreza, a samim tim čine izvesnijim dostizanje poreske pravde na međunarodnom planu.

U delu rada, odmah nakon uvoda, daje se kraći osvrt na savremeno shvatanje oporezivanja. Problematika njegovog unapređenja obrađuje se u nastavku rada i to preko razmatranja pitanja trasiranja „puta“ digitalizacije oporezivanja i raznih etapa ovog procesa. Posebna pažnja je, u završnom delu rada, posvećena detaljnoj analizi fundamentalnih aktivnosti kojima se moć poreske funkcije savremene države podiže na vrlo visok nivo, kao i formulisanju odgovarajućih zaključaka.

SAVREMENO SHVATANJE OPOREZIVANJA

Porezi su izuzetno značajni za državu. Njihov položaj u sistemu javnih prihoda, ali i uspešnost ubiranja su oduvek bili determinisani ambijentom u kome se oporezivanje obavlja. Izostanak većih tenzija u društvu zahteva što bolje usklađivanje fiskalnog interesa države i interesa poreskih obveznika.

U savremenom dobu je, i pored spoznaje nezaobilazne uloge poreza, često prisutna činjenica da se porezi doživljavaju kao teret i ograničavajući faktor u životu i radu obveznika, zadiranje u njihovu privatnost i ekonomsku aktivnost, neprijatna nametnuta dužnost, prepreka zadovoljavanju nekih ličnih (privatnih) potreba obveznika usled umanjenja ekonomske snage po osnovu plaćanja poreza. Prilagodljivost poreskog fenomena zahtevima za sredstvima, kojima bi se finansirala povećana javna potrošnja, moguće je nesmetano postići samo u relativno postojećim uslovima. Stoga ne iznenađuje u demokratskim državama opšteprihvaćeno stajalište da pravna sigurnost građana, određenost i ravnomerna raspodela poreskog tereta, kao i promene u poreskoj obavezi uslovljenje promenama u ekonomskoj snazi poreskih obveznika, treba da imaju preimućstvo nad nekom apsolutnom stalnošću i stabilnošću poreskih prihoda.¹

Informacije o tome kako se ljudi oporezuju, ko je sve oporezovan i šta se sve oporezuje, u koje svrhe se naplaćeni poreski prihodi troše, govore o društvu više nego bilo šta drugo.² Sloboda društva najbolje se može meriti po prihvaćenom poreskom sistemu,³ kao rezultatu prelamanja raznovrsnih istorijskih, ekonomskih, političkih, pravnih, tehnoloških i drugih uticaja. Svaki put kada porezi postanu razlog većih neslaganja poreske vlasti i poreskih obveznika a uz to je prisutna i naglašena pretnja prinudnom naplatom poreza zbog neizmirenih poreskih dugovanja obveznika prema državi, povećani su izgledi da društveni statusi pojedinaca, u sredinama u kojima dominantno zavise od njihovog materijalnog (ekonomskog) položaja, postanu upitni i podložni neželjenim promenama. Nesporo, izabranim solucijama u oporezivanju prezentuje se opredeljenje stvaranja i održavanja osećaja zajedništva i solidarnosti, odnosno socijalnih napetosti i razlika u društvu.

Dostignuti stepen ekonomskog i tehnološkog razvoja, obrazovni nivo poreskih obveznika, poreske istorijske lekcije, pravna i kulturna tradicija, politička

¹ Božidar Jelčić, Olivera Lončarić-Horvat, Jure Šimović, Hrvoje Arbutina, Nikola Mijatović, *Financijsko pravo i finansijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008, 115.

² Charles W. Adams, *Za dobro i zlo – Utjecaj poreza na kretanje civilizacije*, Institut za javne financije, Zagreb, 2006, 21.

³ C. W. Adams, op. cit., 68.

dešavanja u zemlji, međunarodna ekonomska kretanja utiču na određivanje gornje granice poreskog opterećenja, raspodelu poreskog tereta, koncipiranje i sprovođenje u „život“ poreskog sistema, ali i menjanje ustaljenih obrazaca postupanja poreskih organa i ponašanja obveznika poreza i to preko uvođenja promena koje su često izazovi same po sebi. Tako je i danas. Pozicije obe strane poreske relacije postupno postaju bitno drugačije, potvrđujući realnim očekivanje da će se promene i izazovi u poreskoj stvarnosti nizati i u godinama pred nama.

TRASIRANJE „PUTA“ DIGITALIZACIJE OPOREZIVANJA

Rasprostranjenost digitalizacije, kao posledica uspona digitalnih tehnologija, krucijalno menja atmosferu u kojoj treba primeniti aktuelne poreske strukture. Poreske administracije brojnih zemalja, stoga, dele zajednički interes i opredeljenje primene novih digitalno-tehnoloških rešenja u svom radu kako bi unapredile performanse, smanjile potrebne finansijske izdatke za obavljanje propisanih nadležnosti, obezbedile viši kvalitet poreskih usluga, a time i poboljšale ukupne preduslove za dosledniju realizaciju oporezivanja.⁴ Navedeno ne iznenađuje. Okruženje se brzo menja i ako poreske administracije nisu upoznate sa najnovijim digitalnim dostignućima, rizikuju da neće biti u stanju da blagovremeno prate ekonomske situacije poreskih obveznika, njihovo poslovanje na nacionalnom i međunarodnom planu, komuniciraju sa njima tako da im ispunjavanje poreskih obaveza učine lakšim,⁵ ali i redukuju mogućnosti za evaziju poreza. Digitalne tehnologije, na izvestan način, „traže“ od poreskih organa da preispitaju modalitete svog tradicionalnog delovanja, upravljaju poreskim rizicima i, što je važno, podrže, u uslovima rastuće digitalne „zrelosti“ (napretka) društva, formiranje pogodnog miljea za poštovanje poreskih propisa.

Praksa pokazuje da digitalizacija omogućava unapređenje tehnologije implementacije poreza, a to se pozitivno odražava na smanjenje poreske evazije.⁶ Usled velikog kapaciteta digitalnih tehnologija, kvalitet administriranja porezima podiže se na viši nivo. Digitalizacijom oporezivanja obezbeđuju se jasnija,

⁴ Adriana Porumboiu, Petre Brezeanu, „Is the Digitalisation of Tax Institutions a Solution for Voluntary Tax Compliance?“, *Proceedings of the 4th International Conference on Economics and Social Sciences*, 2021, 323.

⁵ *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, OECD Publishing, Paris, 2016, 3.

⁶ Bas Jacobs, „Digitalization and Taxation“, *Digital Revolutions in Public Finance* (eds. Sanjeev Gupta, Michael Keen, Alpa Shah, and Geneviève Verdier), International Monetary Fund, 2017, 28.

transparentnija i rigoroznija pravila koja podstiču poresku saglasnost obveznika⁷ i generišu pretpostavke za bolje oblikovanje interne efikasnosti i ubrzavanje postupanja poreskih organa.

Digitalizacija oporezivanja pretpostavlja dug tok promena i tehnički je složen proces ukoliko se imaju u vidu obim novih aktivnosti koje će postojeći sistem morati da prihvati, važnost bezbednosti čitavog procesa, kao i potreba odsustva grešaka.⁸ Niz činilaca poput već uspostavljenih poreskih procedura, kvaliteta dostupnih podataka za oporezivanje, tehničkih veština poreskog osoblja, potencijalne upotrebe digitalnih tehnologija, opredeljuju „put“ digitalizacije oporezivanja. Čitava digitalizacija za poreske svrhe kreće se u rasponu od optimiziranja procesa do identifikacije rizika i automatizacije postupanja. Digitalizacija i sve veća „umreženost“ raznih subjekata, olakšavaju eksponencijalni razvoj novih poslovnih modela, kao prilike bez presedana za poslovanje poreskih obveznika, ali i prateće efikasnije funkcionisanje poreskih organa i jačanje njihove funkcije poreske kontrole.

Poreske administracije širom sveta nalaze se u raznim etapama svog „puta“ ka digitalizaciji.⁹ Digitalno-tehnološki obrazac postupanja poreskih organa rezultat je mnogih aktivnosti. Naime, u ranim etapama digitalizacije oporezivanja, akcentat je na smanjivanju troškova i poboljšanju naplate poreza koji izraz pronalaze u digitalizaciji papirnih dokumenata i manuelnih procesa, uključivanju podataka od trećih lica i poreskih administracija iz inostanstva (kroz proces međunarodne poreske saradnje) i upotrebi poboljšanih analitičkih alata (tzv. digitalni alati). Opsežnija digitalizacija oporezivanja znači da će njome biti obuhvaćena celina poreske populacije, digitalne platforme će postati agenti poreske administracije, poreske procedure će se odvijati sve više u realnom vremenu a sistem će biti transparentniji i pouzdaniji.¹⁰ Sve to zahteva obezbeđenje odgovarajućeg zakonodavnog okvira, logičku podršku, velika ulaganja u infrastrukturu (opremu, softver, mreže) i kadrove, promenu postojeće organizacione strukture poreske administracije, kao i izostanak

⁷ Cristina Strango, „Does digitalisation in public services reduce tax evasion?“, *Munich Personal RePEc Archive*, 2021, 2.

⁸ Jingnan (Cecilia) Chen, Shaun Grimshaw, Gareth D. Myles, „Testing and Implementing Digital Tax Administration“, *Digital Revolutions in Public Finance* (ed. Sanjeev Gupta, Michael Keen, Alpa Shah, and Geneviève Verdier), International Monetary Fund, 2017, 114.

⁹ Robert F. van Brederode, „The Impact of Science and Technology on Taxation“, *Intertax*, Issue 12, Volume 41, 2013, 633.

¹⁰ Jeffrey Owens, Ivan Lazarov, Nathalia Oliveira Costa, *Exploring the opportunities and challenges of new technologies for EU tax administration and policy*, European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, September 2021, 27.

potrebe za obavljanjem nekih ranijih poreskih administrativnih poslova. Shodno tome, stvara se prostor za smanjivanje postojećeg broja zaposlenih poreskih službenika, odnosno zapošljavanje i zadržavanje novih službenika sa multidisciplinarnim znanjima i vještinama.¹¹

Odgovarajuće osmišljavanje i trasiranje „mape“ puta digitalizacije oporezivanja traži strateški a ne oportunistički pristup. Pogled iz ugla dugoročnih ciljeva ukazuje na nekoliko poželjnih i konkretnih etapa na ovom putu: razumevanje trenutnog stanja; obezbeđenje kvaliteta podataka; digitalizaciju postojećih procesa; razmatranje drugih odlučujućih faktora; angažovanje poreskih obveznika.¹²

Na početku „puta“ digitalizacije potrebno je razumeti postojeća ograničenja ustanovljenih procedura u poreskom administrativnom radu, uvideti koje su od njih bitne u digitalnom okruženju, prepoznati načine primene digitalnih tehnologija za otklanjanje ograničenja i odrediti oblike uključivanja zainteresovanih subjekata u proces digitalizacije. Naredna etapa u svoj centar postavlja potrebu obezbeđenja određenog nivoa kvaliteta poreskih podataka koji podrazumeva izbegavanje dupliranja podataka, nedoslednih formata podataka, nepotpunih i netačnih podataka. Malo je verovatno da korišćenje digitalnih tehnologija može da pruži upotrebljive rezultate ukoliko su podaci loši i nisu sveobuhvatni. U nastavku pažnju zavređuje digitalizacija poreskih procesa sa naznakom da je neophodno uključiti i privatni sektor u smislu nadograđivanja na sisteme koji postoje u ovom sektoru kako bi tranzicija ka digitalizaciji bila lišena većih teškoća. Neizostavan odlučujući faktor odnosi se na potrebne veštine zaposlenih u poreskoj administraciji, njihovo usaglašavanje, kao i usaglašavanje menadžmenta sa aktivnostima digitalizacije. Ustaljeni (tradicionalni) sistemi i navike u poreskom postupanju obično ne nastaju magično tako da se postepeni i kontinuirani proces digitalizacije oporezivanja i sinhronizovano upravljanje promenama, pokazuju kao najpogodnija opcija. Bez izuzetka, uspeh čitavog procesa digitalizacije oporezivanja suštinski je opredeljen izradom kvalitetne strategije za komunikaciju i angažovanje u odnosima sa poreskim obveznicima. Da bi aktivnosti digitalizacije bile delotvorne nužan je određeni nivo saradnje i poverenja poreskih obveznika. U tranziciji tradicionalnih poreskih organa u poreske organe budućnosti, odnosi obveznika poreza i poreskih organa se revolucionarno menjaju – konfliktni pristup (poreski obveznik je primoran da podnese poresku prijavu i poresku dokumentaciju, kao i da plati poreze, a poreski organi da osiguraju da je to ispravno i istinito učinjeno) menja se kolaborativnim

¹¹ Duncan Bentley, „Digital tax administration: transforming the workforce to deliver“, *eJournal of Tax Research*, No. 2, Vol. 18, 2020, 367.

¹² J. Owens, I. Lazarov, N. Oliveira Costa, op. cit., 35.

pristupom (tok poreskih podataka se odvija u realnom vremenu i pretpostavlja se da su poreski podaci tačni i potpuni na samom početku poreskog postupka).¹³ Prisutno je, naravno, stalno istraživanje boljih načina za integraciju aktivnosti poreskih službenika i poreskih obveznika sa automatizovanim procesima jer je postojanje razlika u „digitalnom stavu“ ovih subjekata, koje potiču od obrazovanja, godina starosti, društvenog (ekonomskog) statusa, tradicionalnih vrednosnih opredeljenja i dr., izvesno. Napor poreske vlasti u domenu digitalizacije oporezivanja, stoga, ne treba posmatrati kao striktno finansijski napor (obezbeđivanje potrebnog iznosa finansijskih sredstava). Glavni izazov pre treba tražiti u izboru načina raspodele sredstava, kao i određivanju ključnih ljudi u instituciji poreske administracije, zaduženih da ostatak poreskog osoblja uvere u neophodnost digitalizacije oporezivanja.¹⁴ Isto se odnosi i na ubeđivanje populacije poreskih obveznika.

U osnovi, raznovrsne se aktivnosti preduzimaju unutar procesa digitalizacije oporezivanja. Uvažavajući kriterijum njihovog dejstva na osnaženje poreske funkcije države najznačajnija se tiče uvođenja tehnologije velikih podataka i napredne analitike podataka.¹⁵ Ona generiše pretpostavke za bolji uvid u ekonomsku situaciju poreskih obveznika i ponašanje obveznika u pogledu poštovanja poreske regulative a, takođe, obezbeđuje i zavidan potencijal uticaja na to ponašanje. Dodatno, primenom digitalnih poreskih usluga pokreću se promene u postupanju subjekata poreskih odnosa i podstiče sticanje njihovih novih iskustava u poreskom postupku. Posebna analiza navedenih aktivnosti data je u predstojećem delu rada.

UVOĐENJE TEHNOLOGIJE VELIKIH PODATAKA I NAPREDNE ANALITIKE PODATAKA

Upotreba digitalnih tehnologija modifikuje postupanje poreskih organa iz konceptualne perspektive olakšavanjem analitičkog rada. Budući da je savremeno oporezivanje sve više usmereno na prikupljanje i korišćenje podataka, potrebnih za oporezivanje obveznika (tzv. oporezivanje vođeno podacima), sofisticirane analitičke tehnike – digitalni alati, koji se pri analizi ovih podataka primenjuju, omogućavaju tačnije identifikovanje i procenu rizika u vezi poštovanja poreskih propisa, kao i pouzdanije predviđanje poreskih ponašanja obveznika.¹⁶ To je moguće

¹³ Launching a Digital Tax Administration Transformation What You Need to Know, Asian Development Bank, May 2022, 8.

¹⁴ A. Porumboiu, P. Brezeanu, op. cit., 322.

¹⁵ *Tax Administration 2019: Comparative Information on OECD and other Advanced and Emerging Economies*, OECD Publishing, Paris, 2019, 50.

¹⁶ *Ibidem*.

zahvaljujući rastućem obimu strukturalnih podataka o transakcijama, kao i drugim formama podataka koji često ostaju neiskorišćeni upotrebom konvencionalne poslovne inteligencije i analitičkih programa. Moderne analitičke tehnologije i tehnike obezbeđuju sredstva za analizu skupova podataka i izvođenje zaključaka,¹⁷ obuhvatajući i one koji se tiču lakše identifikacije poreskih obveznika koji izbegavaju poreze. Informacije do kojih se dolazi posredstvom ovih tehnika pružaju čitavu paletu novih mogućnosti za usmeravanje i dovođenje poreskih obveznika u stanje poreske lojalnosti. Time konvencionalne metode koje sankcionišu poresku nesaglasnost bivaju obogaćene alatima i uslugama, podobnim za podsticanje dobrovoljnog ispunjavanja poreskih obaveza.¹⁸

Analitika podataka je važno sredstvo u pomaganju poreskim organima da budu usmereni na specifične potrebe poreskih obveznika. Osim pomoći u obavljanju funkcije poreske kontrole (revizije) i utvrđivanja poreza, analitika podataka treba da bude u stanju da poreskim organima pomogne da prepoznaju i prate promene u ekonomskim „životnim“ ciklusima poreskih obveznika kako bi im pomogli da se povinuju porezima, odnosno obskrbili ih informacijama o tome kako promene u ekonomskoj snazi utiču na njihove poreskopravne situacije.¹⁹ Izvesno, poreski organi imaju pristup velikoj količini poreskih podataka prikupljenih posredstvom poreskih prijava i poreske dokumentacije obveznika, od trećih lica, tokom poreskih revizija, kontrola i istraga, od drugih državnih organa, razmenom poreskih podataka sa poreskim administracijama stranih država itd.²⁰ Velike podatke karakteriše koncept znatnog obima, raznolikosti, brze dostupnosti, istinitosti i validnosti, dok analitika podataka omogućava autonomno ispitivanje sadržaja podataka korišćenjem sofisticiranih tehnika ili alata (poput npr. mašinskog učenja kao podskupa veštačke inteligencije). Oni omogućavaju blagovremenu i precizniju analizu i odabir relevantnih informacija, podršku automatizovanim poreskim odlukama, kao i otkrivanje dubljeg saznanja, predviđanje ili generisanje preporuka iz podataka.²¹

¹⁷ 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 (IOTA), Budapest, 2018, 42.

¹⁸ Tina Krieger, „A Model-Theoretical Analysis For Digital Tax Administrations“, *International Journal of Innovative Technologies in Economy*, No. 2, Vol. 34, 2021, 4.

¹⁹ *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, op. cit., 40.

²⁰ Camil-Cristian Largeanu, „The data journey: from reporting obligations to advanced analytics!“, *Applying New Technologies and Digital Solutions in Tax Compliance*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2020, 9.

²¹ J. Owens, I. Lazarov, N. Oliveira Costa, op. cit., 27–29.

Radi se zapravo o pronalaženju obrazaca i pravilnosti u poreskim podacima tako da mogu biti primenjeni na nove podatke u svrhu predviđanja potencijalnih poreskih rizika i budućih ponašanja poreskih obveznika (tzv. prediktivna analitika). Dodatno, za potrebe poreskih organa moguće je utvrđivati kategorizaciju obrazaca i trendova, kao i međusobnu povezanost podataka.²² Treba, takođe, naglasiti da proaktivna analiza ponašanja poreskih obveznika može pomoći poreskim organima da uštede vreme, novčana sredstva i napore prilikom profilisanja poreskih rizika.²³ Podsećanja radi, nizak nivo dobrovoljnog poštovanja poreskih obaveza predstavlja veliki poreski rizik u radu poreskih organa i poklapa se sa mogućnošću znatnog izostanka naplate poreskih prihoda.

Prethodno navedenim menja se zapravo bit upravljanja ispunjavanjem poreskih obaveza, koja se odražava u fokusiranju na inoviranu i kontinuiranu analizu tokova poreskih podataka. Razvoj digitalnih tehnologija je podržao promenu fokusa poreske administracije – od oslanjanja na praćenje ponašanja poreskih obveznika prešlo se na operacije zasnovane na podacima, kao osnovi svih funkcija poreskih organa.²⁴

U vremenu digitalizacije poreski podaci i saznanje, koje proističe iz ovih podataka, imaju izuzetnu vrednost. Od poreskih organa se traži postojanje kapaciteta da se nose sa velikim količinama strukturiranih i nestrukturiranih podataka iz mnogih izvora. Tako, usled praćenja brojnih tokova podataka o poreskim obveznicima i prikupljanja tih podataka, poreska administracija postaje državna institucija sa centralizovanim datotekama podataka koji se tiču obveznika (formiraju se tzv. jedinstveni dosijei poreskih obveznika).²⁵ Cilj koji se pred poreske organe postavlja odnosi se na razvijanje sposobnosti efektivnog rukovanja ovim podacima i izvlačenje iz njihove „srži“ što bolje poslovne vrednosti. Podaci stvaraju razgranate mogućnosti za dalje detaljne analize. Krajnja svrha, po svemu sudeći, jeste stvaranje ambijenta u kome je automatizam u sastavljanju poreskih prijava dostižan. Podnošenje poreske dokumentacije obveznika poreskim organima tada više neće biti ni potrebno.

Neke poreske administracije grade namenske centre podataka sa kapacitetom koncentracije svih velikih podataka na jednom mestu i njihovom obradom

²² Øivind Strømme, „Increased compliance and efficiency with Machine Learning“, *Impact of Digitalisation on the Transformation of Tax Administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2018, 50.

²³ Marina Dimitrijević, *Ispunjavanje poreskih obaveza*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2017, 68–69.

²⁴ *Launching a Digital Tax Administration Transformation What You Need to Know*, op. cit., 11.

²⁵ *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, op. cit., 39.

pomoću analitičkih alata, kao i potencijalom pružanja proaktivnih i obveznicima prilagođenih poreskih usluga.²⁶ I zaista, ogromna količina podataka koju imaju poreski organi, njihovo odgovarajuće praćenje i analiza, uz primenu efikasnih alata za otkrivanje poreskih obveznika čije poresko ponašanje predstavlja rizik po naplatu poreskih prihoda, omogućavaju osmišljavanje ciljno orijentisanog pristupa visokog ranga u postupanju sa obveznicima poreza.²⁷ Ovakav pristup je posebno potreban kada su u pitanju poreski obveznici velikog prihodnog potencijala, tj. poreski obveznici sa međunarodnim poslovanjem. Izbegavanje plaćanja poreza od strane ovih poreskih obveznika predstavlja veliki rizik u radu poreskih organa i snažan je „napad“ na oživotvorenje načela pravičnosti u oporezivanju.

U celini sagledano, koristi i pogodnosti fokusiranosti poreskih organa na velike podatke i njihovu dubinsku analizu, primenom naprednih analitičkih tehnika, su višestruke: povećanje efikasnosti u radu; pozitivan uticaj na ispunjavanje poreskih obaveza; pružanje blagovremenih i kvalitetnih usluga poreskim obveznicima jer se bolje poznaju i razumeju njihove potrebe; nepristrasan tretman poreskih obveznika uz neophodan preduslov postojanja tačnih i potpunih poreskih podataka.²⁸ Svakako, niz pretpostavki treba prethodno obezbediti da bi čitav proces usmerenosti na podatke i analitiku podataka rezultirao planiranim i željenim ishodima:²⁹ digitalizacija podataka; dostupnost podataka za analitičke svrhe i konzistentnost podataka (ista definicija u bazama podataka, nepromenljivost strukture podataka i definicija tokom vremena); odgovarajući softver za integraciju u digitalnu infrastrukturu poreskih organa; jačanje kadrovskog potencijala (zapošljavanje analitičara sa potrebnim profesionalnim veštinama); prihvatanje novih načina rada i posvećenost unutar organizacije poreske administracije. Donošenje kulture postupanja, zasnovane na podacima i njihovoj analizi, u poresku administraciju faktički znači da su podaci i analiza podataka pokretači svih aspekata njenog rada.

Uvođenje tehnologije velikih podataka i napredne analitike podataka u funkcionisanje poreskih organa, pored navedenih prednosti, donosi i određena otvorena pitanja. Najpre, pravni aspekt prikupljanja, analize i korišćenja podataka je vrlo značajan. Navedena problematika je naročito izazovna za pravnu regulativu, koja bi trebalo ažurno da „prati“ i adekvatno normira primenu raznih

²⁶ *Ibidem*, 43.

²⁷ M. Pashayan, op. cit., 42.

²⁸ Ø. Strømme, op. cit., 50–51.

²⁹ *Ibidem*, 51.

digitalno-tehnoloških dostignuća u poreskom domenu. Bitan je, takođe, i etički aspekt, koji nikako ne sme biti zapostavljen. Ogromna količina podataka se može analizirati na gotovo beskrajne načine, što daje mogućnost sagledavanja različitih obrazaca poreskih ponašanja obveznika, njihovog predviđanja u budućnosti, kao i pretpostavljanja planiranih ishoda sa priličnim stepenom verovatnoće. Eventualno izostavljanje ili nedovoljno predstavljanje određenih grupa podataka, pak, uzrokuje pogrešne (iskrivljene) ishode i zaključke. Navedeno se, u radu poreskih organa, ne sme dešavati (zloupotrebljavati) a zavidan nivo zaštite (bezbednosti) podataka o poreskim obveznicima, uključujući i pristup ovim podacima, moraju biti garantovani.

U okolnostima kada se digitalizacijom oporezivanja a u cilju što uspešnije primene poreskog sistema obezbeđuje, postupno i sigurno, zahtevana poreska transparentnost, deo vrednosti i standarda obveznikovog tradicionalnog poreskoprog položaja postaje izložen pritisku. Bitan segment podataka o poreskim obveznicima su njihovi lični podaci pa, zato, bespogovornom poštovanju prava obveznika na privatnost i tajnost podataka mora biti posvećena puna pažnja. Neophodno je stvoriti uslove da obveznici poreza imaju nesumnjivo poverenje u poreske organe i uz to budu uvereni da oni dosledno uvažavaju propisana pravila o upotrebi podataka, koje o njima poseduju.

Tehnologija velikih podataka i napredne analitike podataka u oporezivanju aktuelizuju postavljanje posebnog pitanja o kvalitetu poreskih administracija i drugih državnih institucija u svakoj zemlji. Intenziviranje upotrebe ove tehnologije i analitike moglo bi se pokazati kontraproduktivnim u državama sa lošim institucijama, korupcijom, nedemokratskim režimima, malo ili nimalo vladavine prava. Posedovanje podataka može tada omogućiti institucijama da ostvare ne tako dobre ciljeve, odnosno dosegnu nivo kontrole poreskih obveznika koji nije u saglasju sa demokratskim principima. Jasne strukture i odgovornosti u vezi upravljanja i korišćenja podataka su potrebne kako bi se onemogućilo ugrožavanje obveznikovih poreskih prava, odnosno oslobodio prostor za funkcionisanje efikasnih mehanizama njihove pravne zaštite.

PROMENE U POSTUPANJU I NOVA ISKUSTVA SUBJEKATA PORESKIH ODNOSA

Proteklih decenija su uloženi značajni resursi i vreme u kreiranje digitalnih poreskih usluga (aplikacije, funkcionalne veb-usluge i sl.) sa namerom olakšavanja i automatizacije procesa ispunjavanja poreskih obaveza, ostvarivanja kvalitetnije interakcije (komunikacije) poreskih organa sa obveznicima poreza, smanjivanja

administrativnih troškova, kao i troškova poštovanja poreske regulative.³⁰ Sistem oporezivanja se time nastojao učiniti transparentnijim, jednostavnijim i lakšim za primenu i razumevanje što bi, po prirodi stvari, trebalo da doprinese tome da poreski obveznici, nesmetano i kontinuirano, budu usmeravani u pravcu dobrovoljnog prihvatanja poreskih obaveza.³¹ Iskustvo pokazuje da su ovakvi naponi, uglavnom, rezultirali željenim rezultatima a, uporedo sa tim, dostignuta je i veća uspešnost administriranja porezima.³²

Pogled unazad pokazuje da su se najraniji primeri modernizovanih poreskih usluga ispoljili u vidu portala usluga na „mreži“ (npr. za onlajn podnošenje poreskih prijava i onlajn plaćanja poreza) i usluga koje uključuju mobilne aplikacije i komunikacione alate za ispunjavanje poreskih obaveza. Određeni broj poreskih administracija uveo je, u tekstu napred već pomenutu, uslugu unapred popunjenih poreskih prijava, kao i usluge elektronskog fakturisanja („e-fakturisanje“), onlajn pristupa poreskim računima obveznika, onlajn pristupa podacima o imovini, onlajn pomoći na zahtev i sl. Pristup pobrojanim uslugama obveznicima je najčešće omogućen putem posebnog digitalnog poreskog identiteta, uz obavezno postojanje imejl adrese. Svim ovim aktivnostima uvedene su bitne izmene u postupanju subjekata poreskih odnosa i ujedno je promenjeno njihovo prethodno iskustvo, stečeno u poreskom postupku.

U „moru“ digitalizacije savremenog života, ali i raznih usluga u javnom sektoru, i poreski organi i obveznici poreza su se suočili sa pojavom i primenom digitalizovanih poreskih usluga, koje se glasno promovišu i zagovaraju od strane nacionalnih poreskih vlasti. Elektronska komunikacija subjekata poreskih odnosa se nesmetano odvija čime su stvorene prilike za formiranje drugačije (modernizovane) percepcije fenomena oporezivanja, ali i sticanje novih iskustava poreskih organa i obveznika poreza u vezi primene poreske regulative. S jedne strane, pretpostavke za smanjivanje poreskog jaza (gapa), povećanje nivoa naplate poreza i poresku kontrolu bivaju znatno poboljšane,³³ dok je s druge strane, prilično ograničeno područje za neposredne kontakte poreskih organa i obveznika poreza. To se pravda ugodnošću, raznolikošću i brzom dostupnošću digitalnih poreskih usluga koje zahteve za ovakvim

³⁰ Rui Miguel Candeias Canha, „Simplifying and providing taxpayer assistance – The Portuguese experience“, *Impact of Digitalisation on the Transformation of Tax Administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2018, 32.

³¹ B. Jacobs, op. cit., 50.

³² J. (C.) Chen, S. Grimshaw, G. D. Myles, op. cit., 113.

³³ Iveta Grossová, „Mandatory e-communication – an opportunity to transform taxpayers' experience“, *Impact of Digitalisation on the Transformation of Tax Administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2018, 29.

kontaktima čine sve manje učestalim. Ovo je epohalna promena u poreskim odnosima i realnost koju oba subjekta poreske relacije uglavnom prihvataju kao neminovnost. Posebno se, pritom, ne potencira preispitivanje i prezentovanje svih njenih pratećih efekata, koji uvek i u potpunosti ne moraju biti povoljni, posmatrano iz perspektive očuvanja obveznikovih interesa i prava. Tačnost hipoteze postavljene u uvodu rada time se potvrđuje i dodatno pojačava u okolnostima evidentno prisutnih napora za dalje uvođenje digitalnih inovacija, pod okriljem održavanja visokog standarda digitalnih usluga namenjenih obveznicima poreza, odnosno digitalizacije poreske oblasti. Edukacije poreskog osoblja sa ciljem usvajanja specijalizovanih znanja u ovom domenu dobijaju status prioritetnih aktivnosti,³⁴ dok se poreski obveznici podstiču da pokažu nedvosmisleni spremnost za dalje prihvatanje novina, posedovanje potrebnih digitalnih veština, kao i modifikovanje poreskog ponašanja kako bi se, unutar poreskog sistema, dosegla sve potenciranija poreska transparentnost.³⁵ Poreski organi namenski razvijaju i model za što pouzdanije predviđanje vrste digitalnih uslužnih opcija koje će obveznici koristiti s obzirom na to da su, po svojim karakteristikama i obrascima ponašanja, različiti.³⁶

ZAKLJUČAK

Savremena i dinamična vremena postavila su naspram poreske vlasti kompleksan zadatak unapređenja fenomena oporezivanja i jačanja poreske moći države. U okolnostima kada se svet globalizuje i ubrzano digitalizuje, potrebno je kreirati nove koncepte u radu poreskih organa i prema njima osmisliti poreske procedure, pogodne za što sigurnije ostvarivanje fiskalnog cilja i dostizanje planiranog fiskalnog radmana. Rešenja se, za tu svrhu, pronalaze u digitalizaciji oporezivanja, uvođenju tehnologije velikih podataka i napredne analitike podataka, sa kapacitetom stvaranja preduslova za prelazak na oporezivanje u (skoro) realnom vremenu i preduzimanje kvalitetnijih aktivnosti poreske vlasti u segmentima upravljanja poreskim rizicima, suzbijanja poreske evazije i prepoznavanja potencijalno skrivanih ekonomskih aktivnosti obveznika, koje bi trebalo oporezovati. Do određenih promena, posledično, dolazi i u dosadašnjem uobičajenom postupanju i iskustvu subjekata poreskih odnosa, a one se odražavaju preko snaženja poreske kontrole, olakšavanja prihvatanja poreza, postojanja veće poreske transparentnosti i relativizovanja nekih obveznikovih poreskih interesa i prava.

³⁴ R. M. C. Canha, op. cit., 34.

³⁵ A. Porumboiu, P. Brezeanu, op. cit., 322.

³⁶ *Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, op. cit., 30.

Prof. Dr. MARINA DIMITRIJEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Niš

THE POWER OF IMPROVING CONTEMPORARY TAXATION

Summary

Taxes are the basic financial instruments of revenue collection, with which the states meet the expenditures under their jurisdiction. In this civilizational heritage, the inevitable „destiny“ of people, the socio-political and economic determinants of the time and space in which taxation is conducted are reflected. The current tax „scene“ is intertwined with many a change, resulting from the modern development of society and the studiously envisioned aspiration of tax authorities to significantly improve the state's tax function. Interlinked and somewhat enigmatic changes are heralds of a major transformation of the taxation phenomenon that tax payers face every day. The interest and willingness of taxpayers to adequately consider, review and accept the changes will affect the final form of taxation in the future. Inevitably, the reasonable caution of tax authorities, when devising modalities for improving taxation, is necessary primarily for the purpose of timely predicting the challenges that accompany them, but also overcoming their potential disagreements with the values and standards of the taxpayer's traditional tax-law status.

Key words: taxation, contemporary times, tax authority, taxpayers, tax compliance

Literatura

- Adams C. W., *Za dobro i zlo – Utjecaj poreza na kretanje civilizacije*, Institut za javne financije, Zagreb, 2006.
- Bentley D., „Digital tax administration: transforming the workforce to deliver“, *eJournal of Tax Research*, No. 2, Vol. 18, 2020.
- Brederode R. F., „The Impact of Science and Technology on Taxation“, *Intertax*, Issue 12, Volume 41, 2013.
- Canha R. M. C., „Simplifying and providing taxpayer assistance – The Portuguese experience“, *Impact of Digitalisation on the Transformation of Tax Administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2018.
- Chen J. C., Grimshaw S., Myles G. D., „Testing and Implementing Digital Tax Administration“, *Digital Revolutions in Public Finance* (eds. Gupta S., Keen M., Shah A., and Verdier G.), International Monetary Fund, 2017.
- Dimitrijević M., *Ispunjavanje poreskih obaveza*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2017.
- Grossová I., „Mandatory e-communication – an opportunity to transform taxpayers' experience“, *Impact of Digitalisation on the Transformation of Tax Administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2018.

- Jacobs B., „Digitalization and Taxation“, *Digital Revolutions in Public Finance* (eds. Gupta S., Keen M., Shah A., and Verdier G.), International Monetary Fund, 2017.
- Jelčić B., Lončarić-Horvat O., Šimović J., Arbutina H., Mijatović N., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
- Krieger T., „A Model-Theoretical Analysis For Digital Tax Administrations“, *International Journal of Innovative Technologies in Economy*, No. 2, Vol. 34, 2021.
- Largeanu C., „The data journey: from reporting obligations to advanced analytics!“, *Applying New Technologies and Digital Solutions in Tax Compliance*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2020.
- Launching a Digital Tax Administration Transformation What You Need to Know*, Asian Development Bank, May 2022.
- Owens J., Lazarov I., Oliveira Costa N., *Exploring the opportunities and challenges of new technologies for EU tax administration and policy*, European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, September 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 (IOTA), Budapest, 2018.
- Porumboiu A., Brezeanu P., „Is the Digitalisation of Tax Institutions a Solution for Voluntary Tax Compliance?“, *Proceedings of the 4th International Conference on Economics and Social Sciences*, 2021.
- Strango C., „Does digitalisation in public services reduce tax evasion?“, *Munich Personal RePEc Archive*, 2021.
- Strømme Ø., „Increased compliance and efficiency with Machine Learning“, *Impact of Digitalisation on the Transformation of Tax Administrations*, Intra-European Organisation of Tax Administrations (IOTA), Budapest, 2018.
- Tax Administration 2019: Comparative Information on OECD and other Advanced and Emerging Economies*, OECD Publishing, Paris, 2019.
- Technologies for Better Tax Administration: A Practical Guide for Revenue Bodies*, OECD Publishing, Paris, 2016.

OPOREZIVANJE IMOVINE ZASNOVANO NA POVRŠINI

U radu se autor bavi površinom kao osnovicom poreza na imovinu. Cilj rada je da se utvrde prednosti i nedostaci sistema oporezivanja imovine zasnovanog na površini, kao i da se oceni ovaj sistem sa stanovišta pravičnosti, izdašnosti i jednostavnosti. Uprkos tome što ne postoji poreska osnovica koja bi savršeno pristajala svim poreskim jurisdikcijama, u radu se došlo do zaključka da bi tržišna vrednost morala da bude krajnji cilj u svim zemljama koje žele da povećaju izdašnost i pravičnost sistema oporezivanja imovine.

Ključne reči: porez na imovinu, osnovica poreza na imovinu, površina nepokretnosti

UVODNA RAZMATRANJA

U procesu fiskalne decentralizacije, koji je svojstven za savremena društva, veliku ulogu imaju lokalni porezi. Otuda nimalo ne iznenađuje činjenica da se u finansijskoj literaturi velika pažnja poklanja izboru „dobrog“ lokalnog poreza.¹ Kao glavni kandidat za tu ulogu javlja se porez na imovinu. Uprkos tome što može odigrati značajnu ulogu u procesu fiskalne decentralizacije, njegov fiskalni značaj u savremenim poreskim sistemima je prilično skroman.² Jedan od uzroka tome je i neadekvatno postavljena poreska osnovica.

Dr Cvjetana Cvjetković Ivetić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, e-mail: ccvjetkovic@pf.uns.ac.rs.

¹ V. Cvjetana Cvjetković, „Porez na imovinu u statici“, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015, 35–36.

² U čak 15 članica OECD-a, učešće prihoda od poreza na imovinu u BDP-u je ispod 0,5%, dok se u svega tri članice (Kanada, SAD i Velika Britanija) kreće oko 3%. V. „Property Taxes in Central

Izbor poreske osnovice je jedna od najizraženijih dilema u oblasti oporezivanja imovine. Prilikom rešavanja ove dileme kreatori poreske politike prvo moraju da odluče da li će osnovica poreza na imovinu biti izražena u novcu ili, pak, u mer-nim jedinicama, odnosno da li će ovaj porez biti koncipiran kao *ad valorem* ili kao specifični porez. Opredeljenje za *ad valorem* opciju, opet, rađa nekoliko dilema. Najznačajnija je da li za poresku osnovicu izabrati tržišnu ili normativnu vrednost nepokretnosti. S druge strane, koncipiranje poreza na imovinu kao specifičnog po-reza znači da je za poresku osnovicu uzeta površina nepokretnosti.

Pojedini finansijski teoretičari smatraju da se prilikom određivanja poreske osnovice treba rukovoditi kriterijumima političkog kredibiliteta, administrativne izvodljivosti i javne prihvaćenosti.³ Bez obzira na to kakva će poreska osnovica biti, važno je da se obezbedi njeno ujednačeno vrednovanje na teritoriji cele jurisdikci-je, jer se na taj način sprečava diskriminacija poreskih obveznika.

Cilj ovog rada jeste da se ukaže na prednosti i nedostatke površine kao osno-vice poreza na imovinu, odnosno da se kroz uporednopravnu analizu⁴ sagledaju obeležja poreza na imovinu čija je osnovica površina. Takođe, u radu će se sistem oporezivanje imovine zasnovan na površini oceniti sa stanovišta kriterijuma jed-nostavnosti, pravičnosti i izdašnosti, a sve kako bi se utvrdilo da li je površina kao osnovica uopšte alternativa tržišnoj i normativnoj vrednosti.

POREZ NA IMOVINU KAO SPECIFIČNI POREZ

Porezi na imovinu (u statici) mogu da budu i *ad valorem* i specifični. Ako su koncipirani kao *ad valorem*, poreska osnovica može da bude tržišna i netržiš-na. Tržišna osnovica se najčešće određuje primenom metode kapitalne i rentalne vrednosti, dok se netržišni *ad valorem* porez na imovinu, u suštini, svodi na izbor tzv. normativne vrednosti kao poreske osnovice.⁵ Ako je u savremenim poreskim

and Eastern Europe and Baltic Countries: Why and How Increase Them?“, <https://oecdscope.blog/2023/02/16/property-taxes-in-central-and-eastern-europe-and-baltic-countries-why-and-how-to-increase-them/>, 20. 9. 2023.

³ William McCluskey, Frances Plimmer, Owen Connellan, „Ad Valorem Property Tax: Issues of Fairness and Equity“, *Assessment Journal*, br. 3, Kansas City, 1998, 51.

⁴ Uporednopravna analiza je obuhvatila sledeće poreske jurisdikcije koje su usvojile neki vid oporezivanja imovine zasnovan na površini: Češku, Slovačku, Federacija BiH, Albaniju, Poljsku, Ukrajinu, Moldaviju, Rumuniju, Izrael i Mađarsku.

⁵ Kapitalna metoda znači da se tržišna vrednost određuje na osnovu prodajne cene nepo-kretnosti istih ili sličnih karakteristika, a rentalna da se do nje dolazi na osnovu procenjene rente (zakupnine) koja bi se na tržištu mogla ostvariti za nepokretnost u pitanju. Normativna (bodovna)

sistemima⁶ porez na imovinu koncipiran kao specifični porez, to znači da se zakonodavac opredelio za površinu kao poresku osnovicu.

Načelno, o tome da li će poreska osnovica biti izražena u novcu ili u mer-nim jedinicama odlučuje, centralna vlast. Međutim, i od ovog pravila postoje od-stupanja. Primera radi, u Mađarskoj jedinice lokalne samouprave mogu potpuno samostalno da odluče o ovom pitanju. Jedino ograničenje za njih je da se izabrana osnovica mora dosledno primeniti na sve kategorije nepokretnosti u okviru njene jurisdikcije, tj. nije moguće da površina kao osnovica bude ograničena samo na zemljište, odnosno samo na građevinske objekte.⁷ U uporednom pravu, štaviše, sreće se i rešenje da pravo izbora poreske osnovice imaju i sami poreski obveznici. Ilu-stracije radi, u Češkoj, prilikom oporezivanja komercijalnih šuma i ribnjaka pore-skim obveznicima je data mogućnost da kao poresku osnovicu izaberu ili površinu ili, pak, njihovu cenu utvrđenu pravnim aktima.⁸

Ako se ima u vidu krug zemalja koje su implementirale površinu kao osno-vicu poreza na imovinu (npr. zemlje bivšeg sovjetskog bloka, Izrael, neke zemlje u Africi i Aziji i Latinskoj Americi),⁹ jasno je da se među njima mogu uočiti tri grupe zemalja. U prvu grupu spadaju one u kojima tržište nekretnina nije razvijeno, od-nosno zemlje u kojima „ekonomsko, finansijsko i političko okruženje nije dostiglo takav stepen razvoja da bi se uveo porez na imovinu čija bi osnovica bila tržiš-na vrednost“.¹⁰ U drugoj grupi se nalaze zemlje u kojima postoji „zdravo“ tržište

vrednost je sistem koji se nalazi između sistema zasnovanog na površini i tzv. tržišnog sistema. Naj-češće je prosečna cena kvadratnog metra polazna osnova za utvrđivanje normativne vrednosti. Ona se, potom, koriguje putem određenih faktora, kao što su lokacija, starost, kvalitet gradnje, dostu-pnost saobraćajnica i infrastrukture i sl. V. Paul Collier *et al.*, *Land and Property Taxes for Muncipal Finance*, International Growth Centre, London, 2018, 20–24; C. Cvjetković, op. cit., 69.

⁶ Ipak treba spomenuti da su se tokom istorije javljali i slučajevi da poreska osnovica bude i broj prozora, dimnjaka, širina objekta i sl. V. C. Cvjetković, op. cit., 65.

⁷ Gabor Hulko, Julia Feher, „Hungary“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Mari-bor, 2021, 156.

⁸ Michal Radvan, Jana Kranecova, „Is Ad Valorem Property Taxation a Solution for the Czech Republic“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 56.

⁹ Avi Perez, „Lack of Uniformity in the Israeli Property Tax System 1997–2017“, *Journal of Risk and Financial Management*, br. 13, Basel, 2020, 3; Ehtisham Ahmad, Giorgio Brosio, Juan Pablo Himenes, *Options for Retooling Property Taxation in Latin America*, ECLAC, Santiago, 2019, 28.

¹⁰ Lay Chang Lim, William McCluskey, Davis Peadar, „Area Based Banding for Property Tax Assessment in Transitional Countries: An Empirical Investigation“, *Journal of Real Estate Literature*, br. 2, Oxfordshire, 2008, 213.

nekretnina, ali u kojima je data prednost jednostavnosti implementacije, a u trećoj grupi zemlje u kojima ne postoji duga istorija privatne svojine.¹¹

Kao i zemlje koje su usvojile *ad valorem* oporezivanje imovine, i zemlje u kojima je osnovica površina precizno moraju da odrede šta se sve smatra korisnom površinom za potrebe poreza na imovinu.¹² Veoma je bitno da u okvirima jedne zemlje ovo pitanje bude rešeno na jedinstven način, kako bi se izbegao nejednak tretman poreskih obveznika. Međutim, neke zemlje ne slede navedeni pristup. Primer za to je Izrael u kojem jedinice lokalne samouprave primenjuju čak četiri različite metode za merenje površine, koje prouzrokuju nejednakosti u poreskom opterećenju.¹³

Važno je istaći da se u uporednom pravu prilikom oporezivanja imovine neretko sreće tzv. mešovita poreska osnovica, odnosno kombinovanje *ad valorem* oporezivanja i oporezivanja zasnovanog na površini. Tako, u Poljskoj se oporezivanje zasnovano na vrednosti nepokretnosti primenjuje na građevinske objekte koji se koriste za obavljanje poslovne aktivnosti, dok je za zemljište i ostale građevinske objekte poreska osnovica površina.¹⁴ U Ukrajini i Slovačkoj¹⁵ površina je poreska osnovica za građevinske (rezidencijalne i nerezidencijalne) objekte,¹⁶ a u Moldaviji

¹¹ Michael Bell, John Bowman, Lindsay Clark, *Strengths and Weaknesses of an Area-Based Property Tax*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts, 2005, 58.

¹² Primera radi, u Mađarskoj je propisano da u korisnu površinu ulaze natkriveni spoljni prostori ograđeni sa tri strane (npr. lože, natkriveni i zatvoreni balkoni), 50% tremova koje pripadaju kućama i sl. V. G. Hulko, J. Feher, op. cit., 156.

¹³ Tako, u nekim jedinicama lokalne samouprave predmet oporezivanja neće biti balkoni, stepeništa, podrumi, parkinzi, tavani i sl., dok će u drugima biti. U cilju prevazilaženja navedenih teškoća, pojedini teoretičari predlažu merenje površine korišćenjem dronova opremljenih kamerom sa GPS sistemom, zahvaljujući čemu bi sistem oporezivanja imovine postao objektivniji i „ugodniji“ za poreske obveznike. Na taj način bi se mogle otkriti i neprijavljene nepokretnosti. V. A. Perez, op. cit., 1, 8–9.

¹⁴ Ipak treba naglasiti da je za poljoprivredno i šumsko zemljište osnovica tzv. konvertibilni hektar koji ukazuje na kapacitet stvaranja prihoda. V. Wieslawa Miemiec, Patrycja Zawadzka, „Poland“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 123–125.

¹⁵ U Slovačkoj poreska osnovica za zemljište se određuje tako što se pomnoži površina sa vrednošću po kvadratnom metru, što znači da je za ovu kategoriju nepokretnosti osnovica normativna vrednost. V. Anna Romanova, „Adequacy of Current System of Property Taxation in the Slovak Republic“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 89.

¹⁶ Ruslana Havrylyuk, „Implementation of the Pan-European Approaches to Property Taxation in Ukraine“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 721–722; A. Romanova, op. cit., 91–92.

i Rumuniji samo za zemljište.¹⁷ Štaviše, sreće se i rešenje da se površina kao poreska osnovica ograničava samo na pojedine kategorije zemljišta.¹⁸

OBELEŽJA POREZA NA IMOVINU KAO SPECIFIČNOG POREZA

Jednostavnost

Pošto u svom izvornom obliku sistem oporezivanja imovine zasnovan na površini podrazumeva plaćanje određenog novčanog iznosa po kvadratnom metru nepokretnosti, njegovo najvažnije obeležje je jednostavnost. Zahvaljujući tome i prosečan poreski obveznik može veoma lako razumeti i utvrditi svoju poresku obavezu. Upravo zbog oslanjanja na samooporezivanje, troškovi administriranja ovim porezom su niži.

Za uspešno funkcionisanje poreza na imovinu čija je osnovica površina neophodno je obezbediti maksimalni obuhvat predmeta oporezivanja i adekvatno sprovesti kategorizaciju nepokretnosti, ukoliko su propisane različite stope za različite kategorije nepokretnosti. Dakle, podaci o tržišnim transakcijama, čije pronalaženje je najizazovnije, nisu neophodni, već samo ograničeni podaci o karakteristikama nepokretnosti,¹⁹ koji se, po pravilu, ne menjaju tokom vremena, zbog čega je ovaj porez „ugodan“ i za obveznike i za poresku administraciju. Zbog transparentnosti prilikom utvrđivanja poreske obaveze, razlozi za izjavljivanje žalbi na rešenja o utvrđivanju poreza skoro i da ne postoje.²⁰

(Ne)pravičnost

Kao što je prethodno rečeno, sistem oporezivanja imovine zasnovan na površini, barem u svom izvornom obliku, podrazumeva da je površina jedini faktor koji se uzima u obzir prilikom oporezivanja nepokretnosti, s tim da se, u zavisnosti od ciljeva za koje se opredelio zakonodavac, mogu propisati različiti iznosi

¹⁷ Olga Buzu, „Property Tax Appraisal in the Republic of Moldova“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor 2021, 765; Cosmin Flavius Costaş, „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.

¹⁸ U Češkoj je tako *ad valorem* oporezivanju podvrgnuto jedino poljoprivredno zemljište, a za ostale kategorije nepokretnosti osnovica je površina. V. M. Radvan, J. Kranecova, *op. cit.*, 54.

¹⁹ U izvornom obliku neophodni su jedino podaci o površini nepokretnosti.

²⁰ V. C. Cvjetković, *op. cit.*, 67; P. Collier *et al.*, *op. cit.*, 24–28.

za zemljište i građevinske objekte, odnosno za pojedine njihove vrste. Najveći broj zemalja usvojio je takav pristup, pa predviđa različite stope za različite kategorije građevinskih objekata i zemljišta. Primera radi, u Moldaviji je uvedeno različito poresko opterećenje za poljoprivredno zemljište, zemljište unutar naselja i van njih,²¹ u Federaciji BiH za različite kategorije građevinskih objekata, tj. za objekte za odmor i rekreaciju, garaže, poslovne prostorije, stanove i stambene zgrade koji se izdaju u zakup,²² u Albaniji za rezidencijalne objekte koji predstavljaju i koji ne predstavljaju mesto glavnog stanovanja poreskih obveznika,²³ itd.²⁴

Pre nego što se utvrdi da li je sistem oporezivanja imovine zasnovan na površini pravičan, neophodno je razjasniti sam pojam pravičnosti. U finansijskoj literaturi ona se interpretira kroz princip sposobnosti plaćanja i kroz princip korisnosti. Pošto iz principa sposobnosti plaćanja proizlaze dva zahteva: zahtev za horizontalnom i zahtev za vertikalnom pravičnošću,²⁵ na terenu poreza na imovinu ostvarivanje ovog principa znači da nepokretnosti iste ili slične vrednosti treba da budu tretirane jednako, odnosno da one nepokretnosti koje su pokazatelji veće sposobnosti plaćanja treba da budu podvrgnute većem poreskom opterećenju. Imajući u vidu navedeno, porez na imovinu čija je osnovica površina ne udovoljava ni horizontalnoj, ni vertikalnoj pravičnosti. Ilustracije radi, stan od 80 m² u strogom centru grada i stan iste kvadrature, ali na gradskoj periferiji, nemaju istu vrednost, odnosno oni nisu pokazatelji iste ekonomske snage poreskih obveznika, pa, samim tim, ne smeju biti jednako poreski tretirani. Kod poreza na imovinu čija je osnovica površina, otežano je i ostvarivanje principa vertikalne pravičnosti, jer, po prirodi stvari, nije moguće predvideti progresivne poreske stope.²⁶ Ipak, treba spomenuti da su neke zemlje, u cilju ublažavanja vertikalnih nepravičnosti, propisale da predmet oporezivanja neće biti nepokretnosti

²¹ O. Buzu, op. cit., 765.

²² U Federaciji BiH zemljište se ne oporezuje. V. Ana Dujmović, „Federation of Bosnia and Herzegovina“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 437, 440.

²³ 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, 594.

²⁴ Primera radi, u Češkoj se kod poreza na građevinske objekte vodi računa i vrstama rezidencijalnih i nerezidencijalnih objekata, tj. različite stope su predviđene za stanove i kuće za odmor i rekreaciju, za objekte namenjene za obavljanje primarne poljoprivredne proizvodnje i one koji se koriste za obavljanje ostalih privrednih aktivnosti. V. M. Radvan, J. Kranecova, op. cit., 56–57.

²⁵ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2009, 34–36.

²⁶ C. Cvjetković, op. cit., 68.

do određene površine. Primera radi, to je slučaj u Ukrajini, u kojoj je predviđeno da se iz poreske osnovice rezidencijalnih objekata isključuje određena kvadratura, odnosno da se ona umanjuje za određenu površinu (npr. 60 m² za stanove, 120 m² za kuće).²⁷ Međutim, kako se takvim rešenjem mogu izuzeti od oporezivanja nepokretnosti malih površina koje se nalaze na „dobrim“ lokacijama, pravičnost je ponovo dovedena u pitanje.²⁸ Treba istaći i to da su istraživanja sprovedena u pojedinim zemljama potvrdila postojanje horizontalnih i vertikalnih nepravilnosti kod poreza na imovinu zasnovanog na površini.²⁹

Čak i ako se pravičnost interpretira kroz načelo koristi, koje u ovom kontekstu znači da troškovi plaćanja poreza na imovinu od strane poreskih obveznika treba da budu određeni srazmerno koristima koji oni ostvaruju, površina kao osnovica, neće udovoljiti ovom načelu, jer je slabije izražena veza između lokalnih usluga i površine, u poređenju sa vezom koja postoji između tržišne vrednosti i usluga koje obezbeđuje lokalna vlast.³⁰

Kako bi se korigovala nepravilnost, odnosno kako bi se barem donekle uspostavila veza sa stanjem na tržištu nekretnina, prilikom određivanja visine poreskih stopa, počelo se voditi računa i o drugim faktorima. Najvažniji među njima je, svakako, lokacija, jer ona predstavlja dominantan faktor koji utiče na tržišnu vrednost nepokretnosti. Najveći broj zemalja (npr. Ukrajina, Izrael, Slovačka,³¹ Rumunija) vodio je računa o lokaciji, odnosno zoni unutar jedinica lokalne samouprave prilikom određivanja visine poreskih stopa. Jedna od retkih poreskih jurisdikcija u kojoj se to ne čini je Federacija BiH, s tim da se za ovo rešenje ipak može naći opravdanje, s obzirom na to da je u njoj obuhvat poreza na imovinu ograničen samo na određene kategorije građevinskih objekata koji se iznajmljuju.³² U Albaniji je prisutno donekle specifično rešenje, jer je zoniranje sprovedeno od strane centralne vlasti, u smislu da su sve jedinice lokalne samouprave grupisane u odgovarajuće zone.³³

²⁷ R. Havrylyuk, op. cit., 722.

²⁸ C. Cvjetković, op. cit., 68.

²⁹ Istraživanje je bilo sprovedeno u Litvaniji. V. Katrina Connolly, Michael Bell, *Area Based Property Tax Systems: Current Practice and Equity Concerns*, Working Paper WP09KC1, MA: Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Massachusetts, 2009, 23–25, 33.

³⁰ William McCluskey, Igor Bevc, „Fiscal Decentralization in the Republic of Slovenia: An Opportunity for the Property Tax“, *Property Management*, br. 4, Leeds, 2007, 402.

³¹ Zone moraju da obuhvataju barem 5% poreskih obveznika te lokalne vlasti. V. A. Romanova, op. cit., 90.

³² A. Dujmović, op. cit., 440.

³³ Ilustracije radi, za potrebe oporezivanja građevinskih objekata u prvoj zoni nalaze se dve lokalne samouprave: Tirana i Drač. V. E. Canaj, I. Lavdari, op. cit., 597.

Treba istaći da u pojedinim zemljama, poput Poljske, jedinice lokalne samouprave, uprkos zakonskoj mogućnosti, ne sprovode diferencijaciju poreskih stopa u zavisnosti od lokacije, čime porez na imovinu postaje regresivan.³⁴

Pored lokacije, prilikom određivanja visine poreskih stopa može se voditi računa i o drugim faktorima kao što su spratnost i starost objekta, broj stanovnika u jedinici lokalne samouprave i sl. Tako, Češka i Slovačka su primeri zemalja koje prilikom propisivanja stopa imaju u vidu i spratnost objekta, pa se u Češkoj standardna stopa za rezidencijalne objekte uvećava za 0,75 čeških kruna za svaki dodatni sprat iznad prizemlja,³⁵ dok se u Slovačkoj tzv. prirez na spratnost, u maksimalnom iznosu 0,33 evra po spratu, plaća tek na drugi sprat.³⁶ Zemlja koja vodi računa o starosti građevinskog objekta prilikom oporezivanja imovine je Albanija. Naime, u ovoj zemlji su propisane različite stope za građevinske objekte izgrađene pre i posle 1993. godine.³⁷ U Češkoj se propisane stope koriguju i koeficijentom (tzv. lokaciona renta), čija visina je zasnovana na broju stanovnika jedinice lokalne samouprave.³⁸

Iako se putem navedenih faktora pokušava, barem donekle, uvažiti stanje na tržištu nekretnina, time se oporezivanje imovine zasnovano na površini komplikuje.

(Ne)izdašnost

Što se tiče prihodne strane poreza na imovinu čija je osnovica površina, treba istaći dve stavke. Prva je da su prihodi od ovako koncipiranog poreza na imovinu stabilniji i predvidljiviji, jer osnovica ne prati promene na tržištu nekretnina. Druga je da je za porez na imovinu, čija je osnovica površina, svojstvena i manja izdašnost.³⁹

³⁴ Takođe, istraživanje je pokazalo da one ne uslovljavaju visinu stope ni drugim obeležjima nepokretnosti, kao što su starost i tehnički uslovi. V. Michal Gluszak, „On the Equity of Area-Based Property Tax System in Poland“, *World of Real Estate Journal*, br. 94, Krakow, 2015, 42.

³⁵ M. Radvan, J. Kranecova, op. cit., 55.

³⁶ Dakle, ovaj prirez se ne uvodi na prvi sprat (sprat iznad prizemlja). V. A. Romanova, op. cit., 91.

³⁷ E. Canaj, I. Lavdari, op. cit., 595; C. F. Costaş, op. cit., 271.

³⁸ M. Radvan, J. Kranecova, op. cit., 55.

³⁹ Međutim, ni zemlje koje su usvojile *ad valorem* porez na imovinu ne mogu se pohvaliti njegovom izdašnošću. Kao potvrda navedenom može poslužiti činjenica da je u 2017. godini, u članicama EU, učešće prihoda od poreza na imovinu u BDP-u iznosilo svega 1,6%. Među njima, najbolje se kotira Francuska, a najgore Češka. V. Doris Prammer, „Immovable property: Where, Why and How Should be Taxed? Review of the Literature and Its Implementation in Europe“, *Public Sector Economics*, br. 4, Zagreb, 220, 487; „Property Taxes in Central and Eastern Europe and Baltic Countries: Why and How Increase Them?“, <https://oecdscope.blog/2023/02/16/property-taxes-in-central-and-eastern-europe-and-baltic-countries-why-and-how-to-increase-them/>, 20. 9. 2023.

Jedina zemlja koja je usvojila neki vid oporezivanja imovine zasnovan na površini, a u kojoj prihodi od ovog poreza nisu marginalni jeste Poljska.⁴⁰

U kontekstu prihodne strane poreza na imovinu čija je osnovica površina treba istaći i to da je neophodno periodično prilagođavati propisane stope inflacionim kretanjima, kako iznosi koji se prikupljaju na ime poreza na imovinu, ne bi postali potpuno obezvređeni.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na osnovu svega iznetog jasno je da površina kao osnovica poreza na imovinu ima više nedostataka nego prednosti. Njena najvažnija prednost je jednostavnost, kako za poreske obveznike, tako i za poreske administracije. Međutim, ona se loše kotira u pogledu pravičnosti i izdašnosti, tj. svi socijalni i fiskalni argumenti koji idu u prilog oporezivanja imovine formulisani su imajući u vidu porez na imovinu čija je osnovica tržišna vrednost. Naime, najveći problem sa površinom kao osnovicom jeste da je ona izvor nepravičnosti, pošto ne postoji direktna veza između vrednosti nepokretnosti i visine poreske obaveze, odnosno površina kao osnovica poreza na imovinu nije u sprezi sa principom horizontalne i vertikalne pravičnosti. Ovaj nedostatak u savremenim poreskim sistemima nastoji se, barem donekle, otkloniti tako što se prilikom određivanja visine poreskih stopa vodi računa i o drugim faktorima, pre svega o lokaciji, a sve kako bi se, barem posredno, uspostavila veza sa tržišnom vrednošću nepokretnosti.

Imajući u vidu navedeno, površina kao osnovica može da posluži kao dobro prelazno rešenje samo u onim zemljama u kojima je nerazvijeno tržište nekretnina i u kojima ne postoje odgovarajući administrativni kapaciteti za implementaciju *ad valorem* poreza na imovinu. U stvari, moglo bi se reći da u zemljama koje su implementirale površinu kao osnovicu poreza na imovinu ne postoji politička spremnost za reforme. Naime, ako su nosioci političke moći ozbiljni u nameri da, što je moguće više, iskoriste fiskalni potencijal ovog poreza, administrativne teškoće ne mogu dugoročno da budu prihvatljive kao razlog za (ne)izbor određene poreske osnovice. Dakle, okretanje ka *ad valorem* osnovici neophodno je u svim zemljama koje su istinski zainteresovane za veće oslanjanje na izvorne prihode i ostvarivanje fiskalne decentralizacije u punom i pravom smislu te reči.

⁴⁰ U njoj prihodi od poreza na imovinu čine 1,2% BDP-a. V. William McCluskey, Frances Plimmer, Riel Franzsen, „Introduction and Observations“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021, 5.

Dr. CVJETANA CVJETKOVIĆ IVETIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Novi Sad

AREA-BASED PROPERTY TAX

Summary

In the paper the author deals with the area as the base of the property tax. The goal of paper is to present the advantages and disadvantages of the area-based property tax system, as well as to evaluate this system from the point of view of fairness, abundance and simplicity. Despite the fact that there is no tax base that would be perfectly suited to all tax jurisdictions, the author believes that market value should be the ultimate goal in all countries that want to increase equity and abundance of the property tax system.

Key words: property tax, tax base of property tax, area of immovable property

Literatura

- Ahmad E., Brosio G., Himenes J. P., *Options for Retooling Property Taxation in Latin America*, ECLAC, Santiago, 2019.
- Bell M., Bowman J., „Extending Property Taxation into Previously Untaxed Areas: South African Townships and Tribal Areas, *Making the Property Tax Work: Experiences in Developing and Transitional Countries* (eds. Roy Bahl, Jorge Martinez-Vazquez, Joan Youngman), Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Massachusetts, 2008.
- Bell M., Bowman J., Clark L., *Strengths and Weaknesses of an Area-Based Property Tax*, Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge Massachusetts, 2005.
- Buzu O., „Property Tax Appraisal in the Republic of Moldova“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- 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.
- Collier R. et al., *Land and Property Taxes for Muncipal Finance*, International Growth Centre, London, 2018.
- Connolly K., Bell M., *Area Based Property Tax Systems: Current Practice and Equity Concerns*, Working Paper WP09KC1, MA: Lincoln Institute of Land Policy, Cambridge, Massachusetts 2009.
- Cvjetković C., „Porez na imovinu u statici“, doktorska disertacija, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2015.
- Dujmović A., „Federation of Bosnia and Herzegovina“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan et al.), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.

- Gluszak M., „On the Equity of Area-Based Property Tax System in Poland“, *World of Real Estate Journal*, br. 94, Krakow, 2015.
- Havrylyuk R., „Implementation of the Pan-European Approaches to Property Taxation in Ukraine“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- Hulko G., Feher J., „Hungary“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- Lim L.C., McCluskey W., Peadar D., „Area Based Banding for Property Tax Assessment in Transitional Countries: An Empirical Investigation“, *Journal of Real Estate Literature*, br. 2, Oxfordshire, 2008.
- McCluskey W., Bevc I., „Fiscal Decentralization in the Republic of Slovenia: An Opportunity for the Property Tax“, *Property Management*, br. 4, Leeds, 2007.
- McCluskey W., Plimmer F., Connellan O., „Ad Valorem Property Tax: Issues of Fairness and Equity“, *Assessment Journal*, br. 3, Kansas City, 1998.
- Miemiec W., Zawadzka P., „Poland“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- Perez A., „Lack of Uniformity in the Israeli Property Tax System 1997–2017“, *Journal of Risk and Financial Management*, br. 13, Basel, 2020.
- Popović D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2009.
- Prammer D., „Immovable property: Where, Why and How Should be Taxed? Review of the Literature and Its Implementation in Europe“, *Public Sector Economics*, br. 4, Zagreb, 220.
- Radvan M., Kranecova J., „Is Ad Valorem Property Taxation a Solution for the Czech Republic“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.
- Romanova A., „Adequacy of Current System of Property Taxation in the Slovak Republic“, *Real Property Taxes and Property Markets in CEE Countries and Central Asia* (eds. Michal Radvan *et al.*), Institute for Local Self-Government, Maribor, 2021.

MIRKO VASILJEVIĆ

NIŠTAVOST I POBOJNOST ODLUKA SKUPŠTINE DRUŠTAVA KAPITALA

Institut ništavosti (apsolutne i relativne) uređen je redovno zakonima koji regulišu ugovorne odnose i primenljiv je za ugovore kao pravne poslove. Mogućnost primene ovog instituta na osnivački akt privrednih društava, koji ima mešovitu prirodu (ugovornu i institucionalnu) kompanijski zakoni uređuju tako što omogućuju njegovu primenu, s tim što u izvesnoj meri, zbog ovakve pravne prirode, modifikuju primenu nekih pravila ovog instituta. Otvoreno je pitanje primene instituta ništavosti (apsolutne) na odluke skupštine društava kapitala (akcionarsko društvo i društvo sa ograničenom odgovornošću) i eventualno odluke drugih organa ovih društava. S druge strane, kompanijski zakoni poznaju institut „pobijanja“ odluka skupštine društava kapitala (po svojoj prirodi to je u osnovi institut rušljivosti ugovornog prava, s tim što su njegovi osnovi širi – obuhvataju u principu i osnove rušljivosti i delom osnove apsolutne ništavosti, kojima daju prirodu pobjojnih osnova). Najzad, posebno je otvoreno i pitanje mogućnosti pobijanja odluka drugih organa privrednih društava, što kompanijski zakoni uglavnom ne uređuju.

Zakon o privrednim društvima Srbije nema posebnih pravila za apsolutnu ništavost odluka skupštine društava kapitala (kao i odluka drugih organa ovih društava), te je primena opštih pravila ugovornog prava u osnovi moguća, bez obzira na njihovu neugovornu prirodu, s tim da je to praktično izuzetno, posebno zbog izuzimanja brojnih osnova apsolutne ništavosti iz tog režima i svrstavanja u osnove režima „pobjojnosti“ zakonom koji uređuje privredna društva, kao i zbog mogućnosti delimične ništavosti, mogućnosti konvalidacije, kao i mogućnosti naknadne regularizacije (dovođenje u sklad sa zakonom i opštim aktima društva).

Akademik prof. dr Mirko Vasiljević, profesor emeritus Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: vaske@ius.bg.ac.rs. Članak je prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu „Savremeni problemi pravnog sistema Srbije“ sa podtemom „Prethodna i naknadna analiza pravnih propisa“.

Takođe, osnove rušljivosti (relativna ništavost) ugovornog prava, koji se uglavnom vezuju za mane volje, ne treba isključiti kao moguće osnove poboynosti odluka organa društava kapitala. Najzad, iako zakon koji uređuje privredna društva govori samo o pobijanju odluka skupštine akcionarskog društva (sa shodnom primenom i na odluke skupštine društva sa ograničenom odgovornošću) ne bi trebalo isključiti per analogiam primenu ovih pravila i na pobijanje odluka drugih organa društava kapitala.

Ključne reči: ništavost odluka skupštine društava kapitala, poboynost-rušljivost odluka skupštine društava kapitala, aktivna legitimacija, nemogućnost pobijanja, ništavost i poboynost pravnih poslova nastalih u vezi ništavih i poboynih odluka, ništavost i poboynost odluka drugih organa društava kapitala

POBIJANJE I NIŠTAVOST ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Skupština akcionarskog društva je telo odlučivanja akcionara. Skupština donosi odluke i druge akte, čija pravna valjanost podleže posebnim pravilima kompanijskog prava i, nekad, opštim pravilima ugovornog prava. U skladu s tim Zakon o privrednim društvima, pored instituta ništavosti (apsolutne) iz ugovornog prava,¹ uvodi i institut pobijanja (u osnovi priroda rušljivosti – relativna ništavost) odluka skupštine (izuzetno i ništavosti sa pravnim dejstvom koje se u nekim slučajevima razlikuje od dejstva ništavosti ugovora).²

Za razliku od ništavosti osnivačkog akta akcionarskog društva, koji ima mešovitu prirodu pravnog posla (ugovornu i institucionalnu),³ te je primena pravila ugovornog prava o ništavosti pravnih poslova, sa izvesnim modifikacijama zbog drugog pola njihove prirode, pravno opravdana, odluke skupštine akcionarskog društva imaju čistu institucionalnu prirodu, to je primena pravila ugovornog prava o ništavosti pravno u domenu upitnosti, ali je ipak zakon koji uređuje privredna društva ne isključuje u potpunosti dajući joj prirodu izuzetka.⁴ Dakle, institut ništavosti

¹ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni glasnik SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 57/89; *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 44/99 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20, čl. 103–110 (apsolutna ništavost) i čl. 11–117 (relativna ništavost – rušljivi ugovori).

² Mirko Vasiljević, Tatjana Jevremović Petrović, Jelena Lepetić, *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*, Beograd, 2020, 302–305.

³ V.: Zoran Arsić, „Odluke skupštine akcionarskog društva“, *Pravni život (PŽ)*, br. 11, 2005, 5–7; Zoran Arsić, „Pravo na pobijanje odluke skupštine akcionarskog društva“, *Pravo i privreda (PiP)*, br. 5–8, 2006, 46–49.

⁴ Ništavost: Zakon o privrednim društvima (ZOPD), *Službeni glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 i 109/21, čl. 294. st. 3; čl. 301. st. 3; čl. 308. st. 4; čl. 314. st. 4; čl. 318. st. 4; čl. 324. st. 2; čl. 472; poboynost: čl. 376 i čl. 500. st. 1. i shodna primena na odluke skupštine društva sa ograničenom odgovornošću: čl. 217.

(apsolutne) odluka skupštine akcionarskog društva može se izuzetno aktivirati kad postoje osnovi utvrđeni ugovornim pravom, ali i kad za to postoje zakonom koji uređuje privredna društva izričito propisani osnovi (u koje spadaju i osnovi apsolutne ništavosti ugovornog prava kad im je taj režim dat zakonom koji uređuje privredna društva).⁵ S druge strane, ovaj zakon reguliše institut „pobijanja odluka skupštine akcionarskog društva“, propisujući poseban kompanijskopravni režim, dajući mu rang pravila u slučaju ispunjenosti zakonom koji uređuje privredna društva propisanih uslova (pretpostavki),⁶ što opet ne znači da se, pod pretpostavkom ispunjenosti propisanih uslova, i u kompanijskom pravu ne mogu primeniti, makar i kao izuzetak u realnosti, osnovi pobožnosti (rušljivosti) odluka skupštine akcionarskog društva (bez obzira na izostanak ugovorne prirode) utvrđeni ugovornim pravom, a koji se uglavnom svode na mane volje (ako se ti osnovi već u sudskoj praksi ne izjednačavaju sa osnovima apsolutne ništavosti, poput bitne zablude, prevare i slično).

Postupak pripreme sednica skupštine akcionarskog društva, posebno društava kotiranih na regulisanim tržištima, kao i postupak odlučivanja, naime, veoma je složen i zahtevan i detaljno je uređen i zakonom i statutom i njenim poslovnikom. S obzirom na to da je ovaj postupak i donošenje odluka uglavnom pod kontrolom kontrolnih i većinskih akcionara, nadglasani manjinski akcionari imaju poseban interes obezbeđenja validnosti tih odluka i sprečavanje zloupotrebe akcionarske većine. Otuda, Zakon o privrednim društvima ima naglašenu potrebu da uredi pravne posledice nepostupanja u skladu sa zakonom i opštim aktima društva u vezi sa sednicama svih organa društva, a posebno skupštine, iako to čini na dosta nesistematizovanoj osnovi razlikujući nekoliko kategorija odluka čija se pravna valjanost može osporavati od strane aktivno legitimisanih lica.

NIŠTAVE ODLUKE SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Opšti osnovi ništavosti utvrđeni ugovornim pravom, koji ispunjavaju zakonom koji uređuje obligacione odnose propisane uslove, trebalo bi da budu i osnovi ništavosti odluka skupštine akcionarskog društva, bez obzira na njihovu drugačiju

⁵ Tako i francusko pravo: Code de commerce, art. 235-1; Code civil, art. 1844-10, al. 3. V.: Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2006, 185–190; za srpsko pravo v.: Dijana Marković Bajalović, „Ništavost i/ili pobožnost odluka skupštine akcionarskog društva“, *PiP*, br. 4–6, 2012, 132–148.

⁶ ZOPD, čl. 376–381, „Odluke akcionarskog društva pobijaju se po odredbama o pobijanju iz Zakona o privrednim društvima, a ne po odredbama o ništavosti iz Zakona o obligacionim odnosima“ – Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 107/10, u: *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 2-3, 2015.

pravnu prirodu, ako zakonom koji uređuje privredna društva nije izričito propisano da za te odluke važi specijalizovani pravni režim „pobojnih odluka“ propisan ovim zakonom. Ovo posebno obuhvata odluke skupštine akcionarskog društva koje su u smislu ugovornog prava prema opštoj definiciji ništavih poslova apsolutno ništave („protivne prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima, ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje nešto drugo“). Upravo je priroda odluka skupštine akcionarskog društva (statusna a ne ugovorna) i uslovila da zakon koji uređuje privredna društva propiše poseban pravni režim „pobojnosti“ (ne apsolutne ništavosti već u osnovi režima relativne ništavosti-rušljivosti) za određene (imenovane) odluke, koje iako suprotne imperativnim propisima ili javnom poretku (dobri običaji zbog svoje prirode nisu značajni u kompanijskom pravu) nisu apsolutno ništave u smislu ugovornog prava, već „pobojne“ u smislu kompanijskog prava (dakle, ovaj zakon u ovom slučaju za tako imenovane odluke i postupak njihovog donošenja „propisuje nešto drugo“, a ne apsolutnu ništavost, što je pravni režim pobojnosti).

Opšti osnovi ugovornog prava za apsolutnu ništavost pravnih poslova, primenljivi u izloženom smislu i na odluke skupštine akcionarskog društva pored protivnosti imperativnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima, mogu biti u smislu pravnog režima utvrđenog ugovornim pravom i: zloupotreba prava⁷ (u smislu kompanijskog prava to je zloupotreba akcionarske većine, ali ne i zloupotreba akcionarske manjine ili tzv. zloupotreba jednakosti jer po logici stvari tada nema odluke skupštine – izostanak predmeta), prevara sa dejstvom bitne zablude (*fraus omnia corumpit* – prevara sve kviri), predmet (nemoguć, nedopusšten, neodređen ili neodrediv), nedopusšten osnov (protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima), bitna zabluda (po stavu sudske prakse), izostanak bitne forme, donošenje odluke od nenadležnog organa („nepostojeći akt“).⁸

Opšti osnovi ništavosti pravnih poslova, kao relativno prisutni osnovi u ugovornom pravu, načelno primenljivi i u kompanijskom pravu kod odluka skupštine akcionarskog društva, u kompanijskopravnoj praksi su po pravilu retki iz višestrukih razloga: prvo, potreba pravne sigurnosti kompanije, akcionara, članova organa, potencijalnih budućih investitora (akcionara), poverilaca, regulisanih tržišta finansijskih instrumenata; drugo, mogućnost delimične ništavosti nekog dela akta a ne akta u celini; treće, mogućnost naknadnog otklanjanja uzroka (osnova) ništavosti – „izlečenje“ (regularizacija – dovođenje u sklad sa zakonom i opštim aktima kompanije

⁷ V.: Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris, 2003, 163–172; Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, 456–482.

⁸ ZOO, čl. 13, 47, 51, 61, 65, 70, 103.

uz otklanjanje osnova ništavosti), mogućnost konvalidacije (ništavost manjeg značaja, izvršenje predmetne odluke), izvršenje odluke nepropisne forme, suženje potencijalnih osnova ništavosti (posebno suprotnost imperativnim propisima i javnom poretku) kroz kompanijskopравни institut pobožnosti odluka skupštine (i pored suprotnosti s imperativnim propisima ili javnom poretku ne primenjuje se režim apsolutne ništavosti, već režim pobožnosti odluka) i slično.

Ništave odluke skupštine akcionarskog društva, u smislu kompanijskopravne prirode i razgraničenja s osnovima pobožnosti tih odluka utvrđenih Zakonom o privrednim društvima, čine sledeće odluke:

1) odluka o povećanju osnovnog kapitala (bilo da je donosi skupština, bilo odbor direktora, odnosno nadzorni odbor u slučaju tzv. odobrenog – ovlašćenog kapitala u delu svojih ovlašćenja), po bilo kom osnovu, koja se ne upiše u propisanom roku u propisani registar (šest meseci od dana donošenja) – kompanijskopravno dejstvo jeste da upis akcija radi povećanja ovog kapitala ne može početi pre registracije ove odluke;

2) odluka o smanjenju osnovnog kapitala (bilo da je donosi skupština ili odbor direktora, odnosno nadzorni odbor u slučaju poništenja sopstvenih akcija društva po ovlašćenju skupštine ili po zakonskom ovlašćenju) koja se po zakonu ne upiše u propisani registar u propisanom roku (tri meseca od dana donošenja) – posebno korporativno dejstvo ništavosti je izostanak smanjenja (odluka je pravni osnov a upis u registar je nastanak smanjenja) – nema povlačenja i poništaja akcija po tom osnovu i slično;

3) odluka o smanjenju osnovnog kapitala ispod minimalnog ako istovremeno nije doneta odluka o njegovom povećanju do iznosa koji je najmanje jednak minimalnom iznosu propisanim zakonom – posebno korporativno dejstvo ništavosti je nemogućnost upisa u registar;

4) odluka o smanjenju osnovnog kapitala koja je doneta suprotno načelu jednakog tretmana akcionara ništava je – posebno korporativno dejstvo ništavosti nije utvrđeno zakonom.⁹

Zakon o privrednim društvima se ne izjašnjava izričito o eventualnom posebnom pravnom režimu ništavosti odluka skupštine akcionarskog društva, koje kao takve izričito propisuje (osim propisivanja posebnog korporativnog dejstva kod tri osnova). Postavlja se pitanje postojanja ili nepostojanja takvih specifičnosti u odnosu na ugovorni režim ništavosti (apsolutne). Određene specifičnosti ovaj zakon, kao i zakon koji uređuje postupak upisa u registar privrednih subjekata, propisuju, pak, u kontekstu ništavosti osnivačkog akta privrednog društva, koji ima dvojnu pravnu prirodu – ugovornu i institucionalnu: prva, ništavost utvrđuje uvek

⁹ ZOPD, čl. 294. st. 2 i 3; čl. 314, st. 3–4; čl. 318. st. 4; čl. 324. st. 2.

sud sa konstitutivnim dejstvom a ne deklarativnim dejstvom; druga, mogućnost naknadne regularizacije – otklanjanje nezakonitosti i njenog dejstva; treća, dejstvo prinudne likvidacije – *ex nunc* – samo za ubuduće – nema retroaktivnosti – *ne ex tunc* od dana nastanka; četvrta, nedejstvo na pravne poslove društva sa savesnim trećim licima; peta, imovinska solidarna odgovornost članova društva za obaveze društva prema savesnim trećim licima zavisno od vrste privrednog društva;¹⁰ šesta, prekluzivni objektivni rok za „ništavost registracije osnivanja privrednog društva“ – godina dana od dana upisa u registar, čime se skraćuje raniji rok od tri godine.¹¹

POBOJNE ODLUKE SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Kako zakon koji uređuje privredna društva ne propisuje posebne specifičnosti izričito propisanih ništavih odluka skupštine akcionarskog društva (osim navedenog posebnog korporativnog dejstva), to se čini da nema osnova za primenu ovih specifičnosti kompanijskopravnog režima ništavosti odluka skupštine akcionarskog društva u odnosu na opšti ugovornopravni režim ništavosti pravnih poslova, time i ovih ništavih odluka skupštine, bez obzira na njihovu statusnu (ne ugovornu) prirodu¹² (pod pretpostavkom da ti osnovi nisu „preseljeni“ u osnove pobjonosti sa drugom prirodom).

Druga je situacija, dakle, kad se radi o odlukama koje iako ništave u smislu ugovornog prava (kad je reč o pravnim poslovima), koje zakonom koji uređuje privredna društva dobijaju režim pobjonih odluka (iako eventualno suprotne imperativnim zakonskim normama ili takvim normama opštih akata društva ili eventualno javnom poretku ili dobrim običajima), kada se uglavnom primenjuje poseban kompanijskopravni režim ovih odluka shodan režimu rušljivih pravnih poslova ugovornog prava

¹⁰ ZOPD, čl. 14.

¹¹ V. Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre, *Službeni glasnik RS*, br. 99/11, 83/14, 31/19 i 105/21 (ZOPRuAPR), čl. 33. U francuskom kompanijskom pravu i dalje je rok tri godine: Code civil, art. 1844-14; Code de commerce, art. 235-9. V.: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op. cit., 189; Čini se da nemačko kompanijsko pravo, uz opšta pravila za pobjonost, izlečenje pobjonosti i ništavosti, kao i posebna pravila za pobjonost i ništavost nekih odluka skupštine akcionarskog društva, ne isključuje sasvim ni primenu opštih pravila ugovornog prava o nepostojanju prekluzivnih rokova kod nekih „bitnih“ slučajeva ništavosti. V.: Nemački Zakon o deoničkim društvima (GJSCA), *Federal Law Gazette*, 1965, Vol. I, 1089; 2003/3422; 2004/974, 2198, 3166, 3214, 3408; 2005/2802; 2006/1426, 2407, 2553, 3332; 2007/10, 542, 1330; 2008/1666, 2026, 2369, 2586; 2009/1102, 2479, 2509, Sec. 241–249; Gerhard Wirth *et al.*, *Corporate Law in Germany*, München, 2010, 35–36; Burkhardt Meister, Martin Heidenhain, Joachim Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010, 76–77.

¹² V.: Jakša Barbić, *Pravo društava – društva kapitala*, Zagreb, 2000, 659–663.

(sa ipak širim osnovima – nekim iz sfere osnova apsolutne ništavosti, a nekim iz sfere mana volje i ponekad delom i sa opštim režimom apsolutno ništavih poslova): prvo, „utvrđenje ništavosti – pobožnosti“ u sudskom postupku sa konstitutivnim dejstvom; drugo, vremenska ograničenost pokretanja postupka pobožnosti predmetnih odluka, a ne vremenska neograničenost; treće, mogućnost konvalidacije (postoji u osnovi i kod apsolutno ništavih poslova); četvrto, mogućnost pokretanja postupka pobožnosti odluka samo od lica koja imaju pravni interes, a ne od svakog zainteresovanog lica i čak i po službenoj dužnosti;¹³ peto, postojanje mogućnosti otklanjanja razloga „ništavosti“ (pobožnosti) korporativnih odluka organa društva, što u principu ne postoji kod ništavih (apsolutna ništavost) pravnih poslova (osim izuzetno kad se, na primer, izvrši ugovor kome nedostaje bitna forma, ako iz cilja zbog koga je forma propisana očigledno ne proizilazi nešto drugo ili ako je zabrana koja je osnov ništavosti manjeg značaja, a ugovor je izvršen, kada se ne može isticati ništavost);¹⁴ šesto, nedejstvo pobožnosti na pravne poslove sa savesnim trećim licima zaključene u povodu izvršenja pobijene (poništene u pobožnom postupku) odluke organa društva; sedmo, mogućnost naturalne ili novčane restitucije i retroaktivnog dejstva *ex tunc* – mogućnost vraćanja u pređašnje stanje – *restitutio in integrum* (u principu postoji i kod apsolutno ništavih poslova); dejstvo ne samo prema učesnicima postupka pobijanja već i *erga omnes* (odlika i apsolutno ništavih poslova).¹⁵

Odluke skupštine akcionarskog društva koje mogu biti predmet pobijanja, u smislu zakona koji uređuje privredna društva, su posebno (ovo ne bi trebalo da znači da osnovi pobožnosti-rušljivosti utvrđeni zakonom koji uređuje obligacione odnose, a koji se u osnovi svode na mane volje,¹⁶ kad im sudska praksa ne daje pravni režim apsolutne ništavosti, pod utvrđenim pretpostavkama, ne mogu biti u izuzetnim slučajevima osnovi pobijanja, iako nije reč o pravnim poslovima već o odlukama sa statusnim dejstvom):

1) odluke koje su donete od strane skupštine koja nije sazvana propisno (u skladu sa zakonom i statutom) – neovlašćeni sazivač, nepropisni rok sazivanja i održavanja, nepoštovanje pravila vezanih za upućivanje poziva ili objavljivanje poziva na internet stranicama, nepoštovanje propisanih pravila vezanih za dnevni red i materijale za sednicu itd.;

2) odluke koje nisu donete iz drugih razloga u skladu sa ovim zakonom, statutom ili poslovníkom skupštine – bilo kakvo nepoštovanje imperativnih normi

¹³ ZOO, čl. 107, 112, 117.

¹⁴ ZOO, čl. 70, 107; ZOPD, čl. 381.

¹⁵ ZOO, čl. 113.

¹⁶ ZOO, čl. 60–65, 111.

zakona ili dispozitivnih normi zakona od kojih nije odstupljeno u autonomnim aktima društva, kao i nepoštovanje pravila utvrđenih statutom društva ili poslovnikom skupštine (osim kod „manje značajnih povreda statuta ili poslovnika i time nepovređivanja ili povređivanja u manjoj meri prava tužioca ili drugog lica s pravom na pobjonu tužbu“),¹⁷ čak i ako to nije predviđeno kao poseban osnov pobijanja;

3) odluke koje su suprotne zakonu i statutu (u osnovi situacija je identična sa prethodnim osnovom pobijanja);

4) odluke koje su donete kada je neki akcionar bio onemogućen da učestvuje u radu sednice i to od strane „društva“ ili uz znanje bilo kog direktora ili člana nadzornog odbora (propuštanje urednog pozivanja slanjem preporučenom poštom poziva za sednicu skupštine ili obaveštavanje o sednici skupštine elektronskom poštom bez saglasnosti akcionara za takvo obaveštavanje, ako je ovakvo obaveštavanje određeno kao isključiva forma obaveštavanja akcionara o sednici skupštine; neosnovano udaljenje sa sednice skupštine društva; nepriznavanje važnosti punomoćja punomoćniku bez osnovanog razloga i dr.);

5) odluke koje su donete a da je bilo koji akcionar vršenjem svog prava glasa imao nameru da za sebe ili treće lice (ne samo povezano lice) pribavi korist na štetu društva ili drugih akcionara putem donošenja ili izvršenja odluke (potreban je dokaz namere pribavljanja koristi za sebe ili treće lice a na štetu društva ili drugih akcionara koji će u praksi biti teško obezbediti i time će ovaj osnov pobijanja odluke skupštine društva pokazati svoju nesvrishodnost – moglo bi se eventualno raditi o zloupotrebi prava većine i donošenje na toj osnovi odluke koja oštećuje interese manjinskih akcionara ili/i društva, s tim što bi i to bilo uslovljeno dokazom od strane tužioca – ovlašćenog lica za pobijanje odluke skupštine i eventualno naknadu štete u tom kontekstu – postojanja namere tuženog);

6) druge odluke u skladu s ovim zakonom (odluke koje su suprotne pravilima rešavanja sukoba interesa – donete u ličnom interesu i/ili, interesu povezanih lica), odluke koje nanose štetu društvu i slično.

NEPOBOJNOST INAČE POBOJNIH ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA („KADA ODLUKA NEĆE BITI PONIŠTENA“)

Odluke skupštine akcionarskog društva mogu se pobijati (shodna primena i na društvo s ograničenom odgovornošću) samo iz razloga (ne)zakonitosti (odnosno po osnovu nezakonitosti), utvrđenih ovim zakonom i opštim aktima društva (kao i posebnim zakonima za društva koja obavljaju delatnosti regulisane tim zakonima

¹⁷ ZOPD, čl. 381. st. 1. tač. 1, u vezi čl. 376. st. 1. tač. 3. i 4.

– specijalizovana akcionarska društva), a ni u kom slučaju iz razloga celishodnosti (sud nije organ koji vodi poslove društva da procenjuje oportunističke odluke organa društva, ali jeste organ kontrole zakonitosti donošenja tih odluka, što i utvrđuje u pokrenutom postupku za pobijanje tih odluka po tužbi aktivno legitimisanih lica za te tužbe ali ne po službenoj dužnosti).

Odluke skupštine društva koje se, s druge strane, i mogu pobijati, ali čiji je osnov pobožnosti manjeg značaja ili ako se radi o osnovu koji se može otkloniti („izlečive manjkave odluke“) „neće biti poništene“ (po terminologiji zakona koji uređuje privredna društva):¹⁸

1) ako se odlukom *vrši manje značajna povreda* statuta ili poslovnika skupštine, a kao *rezultat odluke ili njenog izvršenja* pravo aktivno legitimisanog lica na podnošenje tužbe za pobijanje predmetne odluke *nije povređeno ili je povređeno u manjoj meri* („manje značajna povreda“ statuta društva ili poslovnika – povreda zakona ne može biti „manjeg značaja“ u smislu postojanja osnova za „neponištenje“ odluke skupštine društva – ako je suprotna zakonu uvek može biti predmet pobijanja; povreda prava akcionara „u manjoj meri“ – pravni standard formulisan u ovom osnovu otklona od pobožnosti odluka skupštine u svakom konkretnom slučaju „vaga“ sud;¹⁹

2) ako su u radu skupštine društva učestvovali akcionari koji nisu imali pravo na učešće u skladu sa zakonom koji uređuje privredna društva (raniji akcionari, akcionari čije je pravo glasa isključeno i slično), osim ako je to učešće bilo od *odlučujućeg značaja* za postojanje kvoruma za rad skupštine društva ili potrebne većine za donošenje odluke – prisustvo lica koja nisu ovlašćena da prisustvuju skupštini nije pravno relevantno za poništenje odluke skupštine, čak i ako su njihovi glasovi uključeni *i u kvorum glasova i u većinu za donošenje odluke*, osim ako je to bilo od odlučujućeg uticaja za obezbeđenje „postojanja kvoruma ili za potrebnu većinu za donošenje odluke“ (ne traži se kumulativnost, dovoljna je alternativnost) koja je predmet pobijanja;

3) u slučaju *nevažućih pojedinačnih glasova ili pogrešnog brojanja glasova*, osim ako su *bili odlučujući u smislu postojanja kvoruma ili potrebne većine za*

¹⁸ ZOPD, čl. 381. st. 1. tač. 1, u vezi čl. 376. st. 1. tač. 3. i 4.

¹⁹ „Iako kod odluka skupštine donetih kvalifikovanom većinom glasova većinskih akcionara, mali akcionar ne bi mogao da utiče na drugačije odlučivanje, to samo po sebi ne dovodi do odbijanja tužbenog zahteva zbog neznatne povrede prava iz čl. 381. Zakona o privrednim društvima, bez prethodno datih razloga o tome da li su odluke koje su predmet zahteva, zakonite ili ne.“ – Odgovori na pitanja privrednih sudova Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda, na sednici od 3. 11. 2015, 4. 11. 2015. i 26. 11. 2015. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove od 30. 11. 2015. godine, *Pravno informacioni sistem Republike Srbije / SlGlasnikPortal/*.

donošenje odluke – pogrešno izbrojani glasovi ili nevažeći glasovi nisu od uticaja na poništenje odluke skupštine društva, osim ako su takođe ti glasovi bili odlučujući za „dostizanje kvoruma za rad skupštine ili donošenje odluke“ (ne traži se kumulativnost, dovoljna je alternativnost) koja je predmet pobijanja;

4) u slučaju *nepotpunosti ili netačnosti zapisnika, osim* ako je time onemogućeno utvrđivanje sadržine donete odluke odnosno utvrđivanje osnova za njeno pobijanje – netačnost i nepotpunost zapisnika ne utiče na dejstvo donetih odluka na skupštini društva o čijem zapisniku se radi, ako se i na osnovu tih propusta može utvrditi sadržina donetih odluka ili postojanje osnova za njihovo pobijanje i na drugi način,²⁰ ali ako je to zbog tih propusta onemogućeno ili inače ako sud to ne može na drugi način utvrditi onda je „netačnost ili nepotpunost“ zapisnika skupštine osnov za pobijanje njenih odluka;

5) ako je odluka povodom koje se vodi postupak pobijanja *zamenjena drugom odlukom skupštine* – „*izlečive regularizovane odluke*“ (uz ukidanje prethodne odluke o istoj stvari – iako zakonodavac insistira da bude doneta i nova odluka koja „zamenjuje“ prethodnu o kojoj se vodi postupak poništenja čini se da nema razloga da se ne obustavi postupak poništenja ranije odluke ako je ona samo ukinuta i nije više u pravnom životu pa i ako nije „zamenjena“ novom odlukom, jer je predmet tužbe prestao da postoji) koja je doneta u skladu sa zakonom koji uređuje privredna društva, statutom društva i poslovníkom, onda pobijanje prethodne odluke gubi pravni značaj (pri čemu *treća savesna lica zadržavaju prava koja su stekla na osnovu zamenjene odluke, odnosno njenog izvršenja*) – ovo pravilo važi i za „ništavost osnivačkog akta društva“ – razlozi ništavosti mogu se otkloniti do zaključenja glavne rasprave u pokrenutom postupku „utvrđenja ništavosti“, u protivnom sud presudom utvrđuje ništavost osnivačkog akta;²¹

6) u slučaju odluka o novoj emisiji hartija od vrednosti javnom ponudom, *ako je emisija uspela* u smislu zakona koji uređuje tržište kapitala (uspelost emisije hartija od vrednosti utvrđuje se odlukom o emisiji i zakon koji reguliše tržište kapitala nema više propisanog minimalnog praga uspešnosti, te nema razloga da se uspela emisija u skladu s voljom emitenta u sledstvu poništenja odluke o takvoj emisiji stavlja van dejstva, te je to izuzetak od postojanja osnova za pobijanje predmetne odluke skupštine društva – ovo čak i ako je bilo nekih nepravilnosti kod donošenja ove odluke koje bi inače mogle predstavljati osnov za pobijanje odluke, što je malo verovatno imajući u vidu ulogu Komisije za hartije od vrednosti u postupku emisije, Centralnog registra, investicionog društva – čak i ako su postojale neke

²⁰ ZOPD, čl. 353. st. 9.

²¹ ZOPD, čl.14. st. 2.

neprikladnosti u postupku emisije hartija od vrednosti po osnovu takve odluke skupštine one se praktično konvalidiraju uspelom emisijom hartija od vrednosti koje su predmet emisije i, posebno, razlozi pravne sigurnosti investitora u takve hartije od vrednosti imaju prevagu, kao i razlozi poverenja u funkcije kontrole i nadzora nad emisijom hartija od vrednosti institucija finansijskog tržišta koje u ovom domenu imaju striktnu nadležnost);

7) kada je društvo vršilo *statusne promene koje uključuju zamenu akcija* (ili udela) prestalog društva za akcije društava pravnih sledbenika, prema utvrđenoj srazmeri dveju vrednosti (paritet vrednosti), koja se vrši u strogo određenoj zakonskoj proceduri (donošenje odluka skupština društava koja učestvuju u postupku statusne promene sa voljom njihovih akcionara, izveštaj revizora o paritetu vrednosti, izveštaj organa društava koja učestvuju u ovim promenama, javnost postupka) – odluke o ovim statusnim promenama ne mogu se pobijati „zbog utvrđene srazmere akcija, odnosno udela“,²² s obzirom na to da bi formalnost ovih postupaka i učešće svih organa društva i trećih ovlašćenih lica (revizori) trebalo da bude garancija valjanosti i pravične zamene akcija društava koja prestaju da postoje u ovim promenama za akcije društava koja su njihovi pravni sledbenici, te pobijanje odluka skupština ovih društava po ovom osnovu nema opravdanog razloga; ovo naravno ne znači da se ove odluke ne mogu pobijati po drugim opštim osnovima pobijanja koji važe i za druge odluke skupštine društva, odnosno da se ne mogu pobijati zbog postojanja takođe opštih osnova isključenja pobijanja drugih odluka skupštine društva;

8) kad se u skladu s ovim zakonom vrši prinudni otkup akcija preostalih manjinskih akcionara (10% akcija), „zbog neprimerenosti cene za akcije koje su predmet prinudnog otkupa“.²³

AKTIVNA I PASIVNA LEGITIMACIJA ZA POBIJANJE ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA I PRIRODA POSTUPKA

U smislu srpskog zakona koji uređuje privredna društva aktivno legitimisana lica za podnošenje *tužbe za „pobijanje odluka“ skupštine društva*, kada postoje zakonom propisani osnovi pobožnosti, kao i eventualno *i tužbe za naknadu štete prouzrokovane odlukom* koja se pobija, su: „jedan ili više akcionara koji su imali pravo na učešće u radu sednice skupštine“,²⁴ na kojoj je doneta predmetna odluka

²² ZOPD, čl. 500. st. 5.

²³ ZOPD, čl. 520. st. 2.

²⁴ „Odluke akcionarskog društva mogu pobijati samo oni akcionari koji su taj status imali u vreme donošenja odluke.“ – Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 7251/11, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 2-3, 2015.

(akcionar koji ima propisani kapital cenzus, za ovo učešće, određen zakonom ili niži kapital cenzus određen statutom društva).²⁵

Zakon o privrednim društvima isključuje pravo na podnošenje tužbe za pobijanje odluka skupštine društva (isključenje aktivne legitimisanosti), akcionara koji je: 1) prestao da bude akcionar društva nakon dana akcionara (to pravo ne bi imao ni akcionar sticalac akcija od ovog akcionara jer pravo učešća na zakazanoj skupštini ima akcionar koji je imao to svojstvu na dan akcionara – iako inače akcionar koji je prestao biti akcionar nakon dana akcionara ima pravo učešća na prvoj zakazanoj skupštini te bi po tom osnovu imao pravo pobijanja odluka te skupštine);²⁶ 2) glasao za predloženu odluku (samo glasanje protiv odluke skupštine daje pravo na aktivnu legitimaciju za ovu tužbu, a kako je „uzdržano glasanje“ po pravnom dejstvu glasanje protiv jer nije glasanje „za predloženu odluku“, to bi akcionar sa takvim glasanjem bio aktivno legitimisan za pobijanje odluke skupštine),²⁷ ako je tu činjenicu moguće dokazati uvidom u zapisnik sa sednice ili izveštaja komisije za glasanje (što nekada nije moguće, tako da ostaje pitanje šta bi tada trebalo da bude zakonska pretpostavka – da je akcionar glasao za odluku čime se delegitimisao za podnošenje ove tužbe ili da je glasao protiv čime ima pravo na aktivnu legitimaciju za ovu tužbu) – najbolje bi bilo da se otkloni sumnja da akcionar koji želi da pobija odluku skupštine društva zahteva da se zapisnički konstatuje da je glasao protiv (ili da je bio uzdržan, odnosno da nije glasao „za“),²⁸ što je i bilo rešenje ranijeg zakona upravo zato da bi se otklonila ova praznina i neizvesnost stava suda; kod tajnog glasanja je svakako teško dokazati ko je kako glasao pri donošenju

²⁵ ZOPD, čl. 328. st. 3. „Konzorcijum kao kupac kapitala, upisan u Centralni registar kao vlasnik akcija ovlašćen je za podnošenje tužbe za pobijanje odluka skupštine društva, a ne njegov član.“ – Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž 337/13, *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 2-3, 2015.

²⁶ ZOPD, čl. 331. st. 3.

²⁷ Čini se da je stav sudske prakse u pogledu pravnog dejstva „uzdržanog glasanja“, sa kojim se ne slažemo, suprotan. „Tužba za pobijanje odluke skupštine akcionara podiže se pred nadležnim sudom, s tim da tužbu može da podnese svaki akcionar koji je na sednici skupštine glasao protiv predmetne odluke, kao i akcionar koji nije bio propisno pozvan na sednicu skupštine ili je onemogućen na drugi način da bude na njoj. Kako je predstavnik tužioca *bio prisutan* na spornoj sednici Skupštine, i *nije glasao protiv odluka čije pobijanje traži* u ovom postupku, to je pravilna ocena prvostepenog suda da tužilac *nije aktivno legitimisan u postupku za pobijanje odluka* Skupštine društva. Zato su bez uticaja i svi ostali žalbeni navodi tužioca u pogledu načina sazivanja Skupštine, imajući u vidu da je tužilac mogao taj prigovor da iznese pre početka sednice Skupštine, jer je bio prisutan na istoj.“ – Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 12148/2010, u: *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 2-3, 2015.

²⁸ Ovako pravno dejstvo uzdržanog glasanja ovaj zakon izričito reguliše na ovaj način (izjednačenje sa glasanjem „protiv“) kod davanja prava nesaglasnim akcionarima koji su glasali „protiv“ ili bili „uzdržani“ u vezi odluke skupštine društva koja je osnov za „pravo na nesaglasnost“: ZOPD, čl. 474. st. 1.

neke odluke skupštine i time bi praktično svaki akcionar s pravom učešća u radu skupštine imao pravo pobijanja odluke skupštine, tim pre što je zakon nejasan oko tereta dokaza kako je glasao akcionar koji podnosi ovu tužbu, ako se to ne može utvrditi iz zapisnika ili izveštaja komisije za glasanje, što kod tajnog glasanja po pravilu ne može; 3) *ako pobija odluku iz razloga „onemogućavanja da učestvuje u radu sednice“* (praktično sprečavanje prisustva sednici skupštine koja je donela predmetnu odluku - nezavisno od toga da li bi odluka bila doneta i sa njegovim prisustvom sednici jer ima, na primer, mali broj glasova koji ne bi sprečili donošenje odluke skupštine i slično – što je prilično širok osnov i čini se opterećujući za sudove jer je reč o akcionaru koji materijalnoppravno ne bi mogao uticati na donošenje predmetne odluke za koju mu zakon daje ovlašćenje da je tada pobija),²⁹ *ali ako je tada ipak i pored tog „onemogućavanja“ prisustvovao sednici – prisustvovanje ovoj sednici skupštine (uz glasanje „za“) i „pored onemogućavanja učestvovanja u radu“,* bilo od strane društva ili „uz znanje“ bilo kog direktora društva ili člana nadzornog odbora, *oduzima pravo takvom akcionaru na aktivnu legitimaciju za podizanje ove tužbe.*

Ako akcionar koji je podneo tužbu za pobijanje odluke skupštine društva (koji je imao aktivnu legitimaciju za tužbu u vreme podnošenja tužbe) tokom postupka *prestane da bude akcionar društva, sud odbacuje zahtev za pobijanje odluke* (gubitak aktivne legitimacije za tužbu tokom postupka i to u bilo kom momentu do pravnosnažnosti odluke suda), *a ako je podnet zahtev za naknadu štete, odlučuje o tom zahtevu i u tom slučaju.*

Aktivno legitimisana lica za podnošenje tužbe za pobijanje odluka skupštine društva i naknadu štete (društvu) su *i svaki direktor* (i član odbora direktora kad postoji odbor), odnosno *član nadzornog odbora* ako je upravljanje društvom dvodomno. Aktivna legitimacija ovih lica logična je posledica činjenice da ova lica

²⁹ „Tužba za pobijanje odluka skupštine dopuštena je i u situaciji kada su na sednici skupštine odluke donete 2/3 većinom glasova većinskih akcionara, s obzirom da kvalifikovana većina ne predstavlja razlog koji isključuje pravo jednog ili više akcionara na pobijanje odluka, niti to znači da su odluke donete na tako održanoj sednici zakonite. Obaveza suda je da u takvoj situaciji postupa po tužbi jednog ili više akcionara i utvrđuje ispunjenost uslova iz čl. 376. st. 1. Zakona o privrednim društvima. Iako kod odluka skupštine donetih kvalifikovano većinom glasova većinskih akcionara mali akcionar ne bi mogao da utiče na drugačije odlučivanje, to samo po sebi ne dovodi do odbijanja tužbenog zahteva zbog neznatne povrede prava iz čl. 381. Zakona o privrednim društvima, bez prethodno datih razloga o tome da li su odluke koje su predmet zahteva zakonite ili ne.“ – Odgovori privrednih sudova na pitanja, utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda održanoj dana 3. 11. 2015. godine, 4. 11. 2015. godine i 26. 11. 2015. godine i na sednici Odeljenja za privredne prestupe i privredno-računske sporove, utvrđeni dana 30. 11. 2015. godine, u: *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4, 2015.

imaju *dužnost izvršavanja odluke skupštine društva*, a ne bi smeli izvršavanjem ovih odluka da povrede zakon ili da nanesu štetu društvu ili trećem licu. Otuda, ova lica imaju *aktivnu legitimaciju* za tužbu za pobijanje odluka skupštine društva *ako bi izvršenjem te odluke*: 1) učinili krivično delo ili drugo delo kažnjivo po zakonu ili 2) bili odgovorni za štetu prema društvu ili trećem licu. Kako je u ovom postupku *pasivno legitimisano lice uvek društvo*, to bi ovi članovi organa društva mogli podneti ovu tužbu za pobijanje odluka skupštine društva *samo derivativno* (u svoje ime a za račun društva u svojstvu člana organa društva iako nisu akcionari društva), s obzirom na to da nije pravno moguće da društvo bude i tužilac (kad bi oni podnosili tužbu u ime i za račun društva) i tuženi.

Tužba za pobijanje odluke skupštine društva podnosi se *u subjektivnom roku od 30 dana* od dana saznanja za donetu odluku,³⁰ odnosno 30 dana od dana registracije ako je odluka bila registrovana u skladu sa zakonom koji uređuje registraciju privrednih subjekata (ako nije propisana obaveza registracije odluke skupštine onda se i ne primenjuje ovaj poseban rok već ostaje primena ostala dva roka – subjektivni i objektivni), ali ne kasnije od *tri meseca (objektivni rok)* od dana donošenja. Propisani rok za tužbe za pobijanje odluke skupštine društva koje se po zakonu registruju je po svojoj prirodi samostalan rok i ima prirodu objektivnog roka (za pobijanje ovih odluka nije bitan objektivni rok koji važi za odluke koje se ne registruju). Istek subjektivnog ili objektivnog roka ima za posledicu gubitak prava na tužbu za pobijanje ovih odluka skupštine društva (takođe i istek subjektivnog roka znači gubitak mogućnosti korišćenja objektivnog roka). Reč je, dakle, o prekluzivnim rokovima.

Po tužbi za pobijanje odluka skupštine akcionarskog društva *tuženi je uvek akcionarsko društvo* (pasivna legitimacija). Postupak po ovoj tužbi je hitan, a ako je podneto više tužbi za pobijanje iste odluke, *postupci se spajaju (uz donošenje jedne odluke – zajednička presuda)*,³¹ ako je to po pravilima parničnog postupka moguće, imajući u vidu vreme kad je više tužbi podneto (ako je glavna rasprava

³⁰ „Ako je tužilac bio prisutan na sednici Skupštine akcionara na kojoj je doneta odluka, rok iz stava 2. ovog člana počinje teći prvog narednog dana od dana kada je zaključena sednica Skupštine akcionara na kojoj je doneta odluka, a ako tužilac nije prisustvovao sednici na kojoj je doneta odluka, rok počinje prvog narednog dana od dana kada je za odluku mogao saznati... ako je akcionar bio prisutan na sednici Skupštine akcionara na kojoj je doneta odluka, sud nema ovlašćenja da ceni momenat saznanja od kada počinje da teče propisani rok od 30 dana za podnošenje tužbe, jer je početak i način računanja tog roka Zakon direktno propisao.“ – Presuda Višeg trgovinskog suda, PŽ. 9714/2008, u: *Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten*, br. 1, 2009.

³¹ Zakon o parničnom postupku (ZPP), *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 49/13, 74/13, 55/14, 87/18 i 18/20, čl. 327–328.

po prvoj tužbi zaključena onda nema mogućnosti spajanja postupaka). S druge strane, istovremeno sa ovim postupkom može protiv društva (kao i eventualno protiv lica koja imaju propisane dužnosti prema društvu po osnovu potencijalne odgovornosti za donošenje odluke skupštine društva kojom se nanosi šteta društvu i/ili akcionarima) – tuženi (pasivna legitimacija), biti pokrenut i *postupak za naknadu štete* (kao drugi tužbeni zahtev *pored tužbenog zahteva za pobijanje odluke* skupštine društva), kada se primenjuju pravila korporativnih tužbi (individualna, kolektivna, derivativna) i kada postupak nije hitan (primena pravila ugovornog prava o naknadi štete).

NESUSPENZIVNO DEJSTVO TUŽBE ZA POBIJANJE
ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA
I MOGUĆNOST PRIVREMENE MERE

Tužba za pobijanje odluka skupštine društva je vanredno pravno sredstvo i kao takva nema suspenzivno dejstvo. Odluke skupštine društva koje nisu ništave po samom zakonu (ili je to odlukom u sudskom postupku za „utvrđenje ništavosti“ utvrđeno), mogu se pobijati tužbom „radi poništenja“ (konstitutivno dejstvo), a ne radi utvrđenja ništavosti. *Podnošenje tužbe za pobijanje odluke* skupštine društva *ne sprečava njeno izvršenje, niti registraciju* te odluke i registraciju promena na osnovu te odluke (kad je reč u ovom zakonu utvrđenim apsolutno ništavim odlukama prekoračenje prekluzivnih rokova za upis u registar sprečava pak izvršenje tih odluka i njihovu registraciju i time i pravno dejstvo),³² u skladu sa zakonom koji uređuje registraciju privrednih subjekata, s tim što nadležni sud može na zahtev aktivno legitimisanih lica odrediti *privremenu meru zabrane izvršenja, odnosno registracije* (ovo i pored činjenice da tužba pobijanja odluke skupštine društva nema suspenzivno dejstvo). Privremena mera se određuje u skladu sa zakonom koji uređuje parnični postupak, po opštim pravilima izdavanja privremene mere i ima dejstvo do okončanja postupka po tužbi za poništaj odluke skupštine.

Privremena mera odnosi se na odluku skupštine društva kao organa društva i samim tim je mera prema akcionarskom društvu. Na zahtev podnosioca tužbe za pobijanje odluke skupštine društva, vrši se i registracija *zabeležbe spora* po ovoj tužbi (zabeležba podizanja tužbe) u skladu sa zakonom koji uređuje registraciju. Zabeležba se briše po okončanju postupka po tužbi za poništaj odluke skupštine društva, a prijavu za upis brisanja može podneti samo društvo, kao i tužilac

³² Tako i nemačko pravo: GJSCA, *para* 6. Više: G. Wirth *et. al.*, *op. cit.*, 160–161.

(uz podnošenje pravnosnažne presude). *Ako se radi o odluci koja se registruje* zakon nalaže dostavljanje pravnosnažne presude po službenoj dužnosti registru radi registracije odluke ako je odluka skupštine poništena tako da brisanje zabeležbe spora može izvršiti sam registar, ali sud to ne nalaže ako odluka nije poništena (odbijen zahtev za poništaj), kada je svakako potrebno dostaviti registru pravnosnažnu odluku suda o odbijanju zahteva za poništaj radi brisanja zabeležbe spora po ovoj tužbi. I kada registar vrši registraciju odluke suda on ne vrši i promene upisa koji su izvršeni kao dejstvo odluke skupštine koja je kasnije poništena (na primer, registracija odluke suda da je odluka o izboru direktora poništena kao odluka skupštine, ne znači i dužnost registra da izvrši brisanje upisa direktora kao zastupnika društva po predmetnoj odluci, već će registar to učiniti na osnovu posebne prijave društva ili tužioca – tužilaca, a takvu prijavu u smislu registracionih propisa mogu podneti i druga lica koja imaju pravni interes).

PRAVNO DEJSTVO ODLUKE SUDA KOJOM SE PONIŠTAVA (POBIJA) ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Ako su postupci po više tužbi za poništaj odluke skupštine spojeni, sud donosi jednu odluku o tužbenim zahtevima. S druge strane, ako postupci nisu spojeni zbog pravila parničnog postupka, može se desiti da se donese i više sudskih odluka, ponekad i različitih ishoda (neke s prihvaćenim tužbenim zahtevom kojim se poništava odluka skupštine, a neke s odbijenim zahtevom za poništaj odluke skupštine). Ovo posebno u situaciji ako tužioci nisu isti, jer aktivnu legitimaciju imaju ne samo akcionari već i članovi organa društva.

Odluka suda (presuda) u delu kojim se odluka skupštine društva „poništava“, odnosno kojom se usvaja tužbeni zahtev, ima *pravno dejstvo ne samo prema učesnicima postupka* (tužilac i tuženi), već *i prema svim trećim licima* (dejstvo *erga omnes*), ako je takvo pravno dejstvo moguće, pa i kad ta lica nisu bila učesnici postupka (dejstvo prema akcionarima koji nisu tužioci, na primer). Zakon pominje dejstvo samo prema društvu (učesnik je postupka – tuženi), akcionarima, direktorima (i članovima odbora direktora ako postoji odbor), kod jednodomnog upravljanja, odnosno izvršnim direktorima i članovima nadzornog odbora kod dvodomnog upravljanja društvom (učesnici postupka – tužioci). Zakon čak kad pominje dejstvo prema akcionarima ne razgraničava da li se radi o akcionarima tužiocima ili i njima i drugim akcionarima kao trećim licima sa stanovišta postupka, što praktično znači da obuhvata sve akcionare (isto i kod članova organa društva dejstvo se ne vezuje za činjenicu da li su učesnici postupka kao tužioci ili ne). *Ako je „poništena“ odluka bila registrovana* u skladu sa zakonom o registraciji, nadležni sud je

dostavlja registru privrednih subjekata radi *upisa u registar*, a parnične stranke imaju pravo da podnesu prijavu za registraciju promene podataka koji su bili registrovani na osnovu poništene odluke.

„Poništaj“ predmetne odluke skupštine društva u sudskom postupku ima, dakle, *korporativno interno dejstvo* (i to retroaktivno – razlika od ništavosti osnivačkog akta društva koja deluje samo *pro futuro*), u odnosu na društvo i članove društva – od dana donošenja, od čega se razlikuje *obligaciono (spoljnje) dejstvo prema savesnim trećim licima* (interna „ništavost“ odluke o izboru zastupnika ne znači nepunovažnost pravnog posla tog zastupnika sa savesnim trećim licima, koja zadržavaju stečena prava na osnovu te odluke i njenog izvršenja – *princip nesuprotstavljenosti odluke savesnim trećim licima* – neretroaktivno dejstvo u spoljnim odnosima sa savesnim licima – dejstvo samo *pro futuro*).³³ Dakle, u odnosu na treća savesna lica poništena odluka skupštine društva ne poništava pravne posledice koje su u međuvremenu nastale na osnovu takve odluke, tako da se neće smatrati da ako je *poništena odluka o izboru direktora* da on nije bio u međuvremenu zakoniti zakonski zastupnik i da nije ovlašćeno sklapao pravne poslove. Trećim licima treba smatrati sva lica izvan društva (nisu ni članovi organa društva, ni zaposleni), koja su na osnovu poništene odluke skupštine društva stekla neka prava (i obaveze), koja ostaju, pod uslovom da su savesna (nisu znali niti prema okolnostima slučaja mogli znati da odluka skupštine po osnovu koje stiču prava i obaveze ima pravne nedostatke na osnovu kojih može biti poništena).³⁴ U *unutrašnjim odnosima prema društvu* poništenje odluke skupštine zbog retroaktivnog dejstva poništava i pravne posledice nastale izvršenjem takve odluke (na primer, primljene naknade od društva direktor društva bi morao da vrati društvu).

SANKCIJA NAKNADE ŠTETE PO OSNOVU POBIJANJA ODLUKE SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Uz pobojnu tužbu može se podneti i zahtev za *naknadu štete*, koji je po po konceptu zakona koji uređuje privredna društva deo tužbenog zahteva za pobijanje odluke skupštine društva a ne samostalna tužba. Ovo bi trebalo da ima za pravnu

³³ U francuskom pravu, za razliku od ništavosti društva koja nema retroaktivno dejstvo, ništavost odluka organa društva ima u unutrašnjim odnosima retroaktivno dejstvo („*ex tunc*“ – od dana donošenja), ali u spoljnim odnosima ni društvo ni članovi društva ne mogu isticati ništavost takve odluke u odnosu na savesna treća lica. V.: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op. cit. 188–190.

³⁴ „Bez obzira na pravnosnažnost odluke o poništaju odluke Skupštine akcionara, nije moguća restitucija prava na akcijama koje su nakon donošenja te odluke, a pre poništaja, bile u prometu i na njima su treća savesna lica stekla prava.“ – Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 406/18.

posledicu i iste rokove za ovaj tužbeni zahtev kao i tužbeni zahtev tužbe za pobijanje odluke skupštine. Zakon ne govori o tome o kojoj šteti je reč, odnosno kome je prouzrokovana predmetna šteta – društvu i/ili akcionaru. Ako je reč o šteti društvu prouzrokovanoj pobojsnom odlukom tužbu bi moglo podneti i društvo (po odluci nadležnog organa društva), ali samo ako su tuženi lica sa dužnostima prema društvu (gde u određenim slučajevima spada i značajni i kontrolni akcionar – s obzirom na to da je tuženi po tužbi za poništaj odluke skupštine društva uvek društvo), kao i akcionar koji ima propisani ovim zakonom kapital cenzus za derivativnu tužbu za društvo (ako su tužena lica sa dužnostima prema društvu gde spadaju i značajni i kontrolni akcionari u određenim slučajevima a koji bi eventualno bili odgovorni za donošenje odluke koja se pobija a kojom se nanosi šteta društvu). Akcionari bi mogli sa tužbenim zahtevom za pobijanje odluke skupštine društva podneti i individualnu tužbu za naknadu štete protiv društva i lica sa dužnostima prema društvu (gde u nekim slučajevima spadaju i značajni i kontrolni akcionari koji bi eventualno bili odgovorni za donošenje odluke koja se pobija a kojom se nanosi šteta društvu i/ili akcionarima).

Iako je, s druge strane, tužbeni zahtev za naknadu štete društvu prouzrokovane odlukom skupštine društva kojom se nanosi šteta društvu i/ili akcionarima društva deo tužbe za pobijanje određene odluke skupštine, a u slučaju da se pobojsna tužba odbije (ili u smislu procesnih pravila odbaci) zbog postojanja osnova koji isključuju pobijanje, to ne sprečava sud da odluči o *zahtevu za naknadu štete* (usvajajući ga ili odbijajući ga) ako je takav zahtev postavljen.³⁵ Ovo pravilo važi i obrnuto – moguće je usvojiti zahtev za pobijanje odluke skupštine društva, a da se ne usvoji zahtev za naknadu štete u sledstvu te odluke (ako nije dokazana šteta, ako nije dokazana visina, ako nije utvrđena uzročna veza nastale štete i odluke skupštine koja se poništava kao „navodnog“ uzročnika štete). Dakle, posebnost tužbenog zahteva za naknadu štete u tužbi za pobijanje odluka skupštine, a ne samostalnost takve tužbe, ne znači da se u smislu pravne sudbine ova dva zahteva ne mogu tokom postupka i razdvojiti i o njima samostalno odlučivati (gubitak svojstva akcionara koji je tužilac u postupku za poništenje – pobijanje odluke skupštine društva vodi odbacivanju ovog tužbenog zahteva, ali *ne i odbacivanju tužbenog zahteva za*

³⁵ Interesantno je da britansko pravo izričito reguliše ustanovu „odricanja od neregularnosti skupštine kompanije“, kada se svi akcionari koji imaju pravo da prisustvuju opštoj skupštini društva ili skupštini klase akcionara, saglase da se donese odluka bez održavanja skupštine i da je validna, kao i da je skupština propisno sazvana i održana, pod uslovom da je takva odluka poštena i u interesu kompanije. V.: Robert Pennington, *Company Law*, London, 1995, 859–861. Uporedi institut srpskog kompanijskog prava o mogućem odricanju zahteva za naknadu štete odlukom skupštine u vezi odgovornosti direktora: ZOPD, čl. 415. st. 7.

naknadu štete vezane za tu odluku prema kom se postupak nastavlja, ako je takav zahtev naravno postavljen, bilo da je reč o šteti prouzrokovanoj društvu – derivativna tužba akcionara ili šteti nanetoj akcionaru tužiocu (individualna tužba); takođe i „zamena“ odluke skupštine povodom koje je pokrenut postupak pobijanja drugom odlukom skupštine ne vodi odbacivanju tužbenog zahteva za naknadu štete, ako je podnet, već se postupak po ovom zahtevu nastavlja).

POSEBNA PRAVILA POBIJANJA ODLUKE SKUPŠTINE
AKCIONARSKOG DRUŠTVA O USVAJANJU GODIŠNJIH
FINANSIJSKIH IZVEŠTAJA DRUŠTVA

Ako se povodom tužbe za pobijanje odluke skupštine društva o usvajanju godišnjih finansijskih izveštaja društva ova odluka „poništi“,³⁶ to *ima dejstvo i na odluku o raspodeli dobiti zasnovane na tim izveštajima* (nezavisno od toga da li je dobit raspodeljena akcionarima i/ili za druge svrhe), tako da se i ta odluka za tu poslovnu godinu „poništava“ istom presudom i povodom istog tužbenog zahteva, što ima za posledicu obavezu akcionara (ako je dobit raspodeljena akcionarima) *da sve primljene dividende po osnovu te odluke o raspodeli dobiti vrate društvu* u roku od 30 dana od dana pravnosnažnosti presude (nebitan je subjektivni momenat savesnosti).³⁷ Ako je dobit raspoređena za druge svrhe unutar društva, poništaj odluke o raspodeli dobiti imao bi dejstvo i na takvu raspodelu. S druge strane, ako bi dobit bila odlukom o raspodeli dodeljena za neke svrhe *trećim licima izvan društva*, poništaj odluke o raspodeli dobiti imao bi dejstva samo prema trećim nesavesnim licima (treća savesna lica prema opštim pravilima imala bi stečena prava).

NIŠTAVOST PRAVNIH POSLOVA U SLEDSTVU NIŠTAVOSTI
ILI POBOJNOSTI ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

Postavlja se pitanje pravnih posledica za pravne poslove koji se zaključe u sledstvu ništavih ili pobožnih odluka skupštine akcionarskog društva. U vezi s ovim pitanjem zakon koji uređuje privredna društva se izjašnjava po pitanju pravnih

³⁶ U nemačkom pravu samo neke povrede zakona i statuta društva izričito utvrđene u zakonu mogu voditi pobijanju finansijskih izveštaja: GJSCA, sec. 256–257.

³⁷ ZOPD, čl. 380. Upor. Usvajanje finansijskih izveštaja za koje se kasnije pokaže da su netačni: „ne utiče na prava akcionara“ – ZOPD, čl. 370. Takođe, akcionari kojima su izvršene isplate suprotno pravilima ovog zakona o ograničenjima plaćanja obavezni su da vrate primljeno društvu ako su bili nesavesni („znali ili morali znati da se plaćanje vrši suprotno“ pravilima ograničenja plaćanja): ZOPD, čl. 275. st. 4.

poslova u sledstvu poboynih (rušljivih) odluka skupštine akcionarskog društva, s obzirom na to da institut poboynosti (rušljivosti) ovih odluka spada u domen njegove regulative, dok pitanje pravne sudbine pravnih poslova u sledstvu ništavih akata uređuje zakon koji uređuje obligacione (ugovorne) odnose kao opšte pravilo – ništavost takvih poslova sa dejstvom *ex tunc* (od dana nastanka – dejstvo retroaktivnosti). Ovo bi važno i za pravne poslove (ništavost) u sledstvu ništavih odluka skupštine društava kapitala (eventualno i drugih organa ovih društava) koje izričito određuje zakon koji uređuje privredna društva. U vezi s ovim, otvoreno je pitanje pravne valjanosti sudskih odluka da se, zavisno od konkretnih okolnosti, u ovim slučajevima i ne mora raditi o apsolutno ništavim ugovorima (ništavim *per se*), već da je reč o ugovorima čije je zaključenje zabranjeno samo jednoj strani koja i treba da snosi pravne posledice³⁸ (konkretno društvo koje propusti registraciju predmetne odluke u propisanom prekluzivnom roku).³⁹ Ovo posebno imajući u vidu činjenicu da zakon koji uređuje privredna društva izričito propisuje, kod osnova ništavosti ovih odluka organa društva i posledičnih pravnih poslova, da propuštanje registracije ove odluke u ovom roku ostavlja odluku bez pravnog dejstva (pre registracije nema pravno dejstvo – na primer, *upis akcija po ovoj odluci i time ni pravni posao sticanja ne može početi pre njenog upisa u registar*).⁴⁰

Kad je reč o poboynim odlukama skupštine društava kapitala (eventualno i drugih organa ovih društava), zakon koji uređuje privredna društva se po pitanju pravnih posledica za pravne poslove koje društvo zaključi sa trećim licima u sledstvu ovih odluka izjašnjava na nekoliko mesta. Najpre, kod pravnih poslova u sledstvu odluka skupštine akcionarskog društva (sa shodnom primenom i na društvo s ograničenom odgovornošću) o sticanju ili raspolaganju imovinom velike vrednosti – sankcije povrede odredaba ovog zakona koje se tiču odobrenja skupštine društva sticanja, odnosno raspolaganja ovom imovinom su: 1) *pravo aktivno legitimisanih lica na pokretanje postupka poništaja datog pravnog posla, odnosno pravne radnje, zaključenog ili preduzetog bez propisnog odobrenja*

³⁸ Primena odredbe čl. 103. st. 2 ZOO.

³⁹ „Iako je odluka o povećanju osnovnog kapitala unošenjem nenovčanog uloga – nepokretnosti ništava, zato što nije registrovana u zakonskom roku od 6 meseci, posledice mogu trpeti samo lica koja su propustila njenu registraciju (tuženi), ali ne i savestan kupac te nepokretnosti (tužilac) kome je pravo svojine preneto na osnovu pravnog posla o prometu iste, zaključenog u propisanoj formi, po kome je isplatio cenu i koju je primio u posed.“ – Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 316/20, *Pravno informacioni sistem Republike Srbije /SlGlasnikPortal/*.

⁴⁰ Pravilnik o sadržini Registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju, *Službeni glasnik RS*, br. 42/16 (Pravilnik o registraciji), čl. 44.

– *pobojna tužba* (rušljivost posla ili radnje), kad je treće lice nesavesno i 2) *naknada štete društvu*.⁴¹ Zatim, na identičan način i sa u principu istovetnim pravnim režimom (izostalo je izričito predviđanje u ovom slučaju derivativne tužbe manjinskih članova) i istovetnim pravnim dejstvom (uz proširenje i sankcijom moguće privremene tzv. diskvalifikacije odgovornih članova organa društva, zastupnika i prokurista) i kod instituta povrede odredaba ovog zakona kod odobravanja pravnih poslova i pravnih radnji u kojima postoji lični interes.⁴²

Naime, u prvom slučaju, ako skupština akcionarskog društva (shodno i društva s ograničenom odgovornošću) ne da prethodno ili naknadno odobrenje pravnog posla sticanja, odnosno raspolaganja imovinom velike vrednosti, samo društvo (u svoje ime i za svoj račun) ili akcionar društva čija je skupština trebalo da odobri dati posao ili radnju (ne i akcionar ili član društva sa kojim je zaključen taj pravni posao ili preduzeta pravna radnja) koji poseduje ili zastupa „najmanje 5% osnovnog kapitala“ društva (na dan zaključenja tog pravnog posla ili radnje) može podneti tužbu (derivativna tužba akcionara u svoje ime a za račun društva) za: 1) poništaj pravnog posla, odnosno radnje sticanja ili raspolaganja imovinom velike vrednosti i 2) tužbu za naknadu štete društvu.⁴³ Dakle, pravni posao ili pravna radnja mogu biti poništeni samo ako postoji odgovarajući tužbeni zahtev ovlašćenih lica jer je posao preduzet a da nije dato odobrenje skupštine (odbijeno davanje odobrenja po zahtevu ili odobrenje nije dato i zahtev nije postojao ali je postojala po zakonu dužnost odlučivanja o davanju odobrenja).⁴⁴

⁴¹ ZOPD, čl. 472-473.

⁴² ZOPD, čl. 67.

⁴³ „Pogrešna procena o opravdanosti zaključenja određenog ugovora, koji odstupa od redovne poslovne delatnosti privrednog društva, nije dovoljna za zaključak da je statutarni zastupnik tog istog privrednog društva imao lični interes za njegovo zaključenje u slučaju da je postupak dobijanja saglasnosti za raspolaganje imovinom velike vrednosti valjano sproveden.“ – Presuda Vrhovnog kassacionog suda, Prevl 75/20, *Pravno informacioni sistem Republike Srbije /SlGlasnikPortal/*.

⁴⁴ „Zaloga na pokretnim stvarima i hipoteka na nepokretnostima mogle bi se smatrati kao raspolaganje imovinom velike vrednosti, uz ispunjenje uslova u pogledu vrednosti u odnosu na knjigovodstvenu vrednost ukupne imovine društva, u smislu citiranog člana 470 Zakona o privrednim društvima... Akcionar koji ima ili predstavlja najmanje 5% osnovnog kapitala društva može podneti tužbu za poništaj pravnog posla, odnosno radnje sticanja odnosno raspolaganja imovinom velike vrednosti, u propisanom roku od tri godine od dana sticanja, odnosno raspolaganja imovinom velike vrednosti.“ – Odgovori privrednih sudova na pitanja utvrđeni na sednici Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda od 3. 11. 2015. godine, 4. 11. 2015. godine i 26. 11. 2015. godine i na sednici Odeljenja za privredne presteupe i upravno-računske sporove od 30. 11. 2015. godine, u: *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4, 2015.

Tužbu za poništaj pravnog posla zaključenog bez odobrenja skupštine društva treba razlikovati od poništaja odluke skupštine društva kojom se odobrava dati pravni posao (drugačije je pravno dejstvo, drugačiji su rokovi zastarelosti, drugačija su aktivno legitimisana lica i drugo).

Ograničenje zaključenja pravnog posla odobrenjem skupštine društva nema pravno dejstvo prema savesnim trećim licima, ali ima interno dejstvo unutar društva i može voditi odgovornosti (imovinskoj i statusnoj) članova organa društva koji su zaključili dati posao bez odobrenja skupštine a kojim se nanese šteta društvu. Sudbina ovog pravnog posla zavisi od savesnosti trećeg lica. I pored izostanka odobrenja skupštine društva ili odbijanje davanja odobrenja za zaključivanje datog pravnog posla, ovaj pravni posao, odnosno pravna radnja, neće biti poništen ako je druga ugovorna strana, odnosno lice prema kome je radnja izvršena savesno (nije znalo niti je moralo znati za nedostatak odobrenja ili odbijanje odobrenja od strane skupštine društva u vreme zaključenja pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje ili nije znalo ili moralo znati da je pravni posao ili pravna radnja posao ili radnja sticanja ili raspolaganja imovinom velike vrednosti).⁴⁵

I kad nema osnova za poništaj datog pravnog posla ili pravne radnje ostaje mogućnost tužbe za naknadu prouzrokovane štete društvu (primena pravila ugovornog prava, osim rokova za podizanje tužbe koji su propisani ovim zakonom). *Ako je izostalo odobrenje pravnog posla, odnosno pravne radnje sticanja ili raspolaganja imovinom velike vrednosti od strane skupštine društva, za štetu (imovinsku) prouzrokovanu društvu tim sticanjem, odnosno raspolaganjem solidarno su odgovorni članovi odbora direktora kod jednodomnog upravljanja, odnosno nadzornog odbora kod dvodomnog upravljanja društvom.*

Tužbe za poništaj pravnog posla, odnosno pravne radnje sticanja ili raspolaganja imovinom velike vrednosti, kao i tužbe za naknadu štete po ovom osnovu mogu se podneti *u roku od šest meseci od dana održavanja sednice skupštine* na kojoj je razmatran izveštaj o poslovanju za poslovnu godinu u kojoj je izvršeno sticanje, odnosno raspolaganje imovinom velike vrednosti, *odnosno tri godine* od dana predmetnog sticanja, odnosno raspolaganja. *I jedan i drugi rok su po svojoj prirodi objektivni* jer se ni jedan ni drugi ne računaju od dana saznanja za odluku skupštine, što je neuobičajeno (pravilo je određenje dva roka – jedan, kraći,

⁴⁵ Zakonsko pravilo poništaja ovakvog pravnog posla, sa izuzetkom u slučaju savesnosti trećeg lica, naš najviši sud izvitoperuje odlukom kojom konstituiše pravilo neponištaja: „Izostanak odluke skupštine društva o odobrenju izvršenog raspolaganja imovinom velike vrednosti nema za pravnu posledicu ništavost zaključenog ugovora već konstituisanje prava nesaglasnih akcionara da istupe iz društva uz otkup njihovih akcija od strane društva.“ – Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 84/18, www.vk.sud.rs

koji teče od dana saznanja za neku činjenicu ili okolnost i drugi, duži, koji se određuje objektivno nezavisno od nekog subjektivnog momenta).

Umesto ovih tužbenih zahteva, *nesaglasni akcionari* sa odlukom skupštine društva o sticanju ili raspolaganju imovinom velike vrednosti mogu aktivirati svoja prava nesaglasnih akcionara (obaveza društva na otkup akcija ili udela u skladu sa zakonom koji uređuje privredna društva). Aktiviranje prava nesaglasnog akcionara po osnovu ove odluke skupštine društva *pretpostavlja ispunjenost uslova za ovo pravo*, u skladu sa pravilima postupka za korišćenje ovih prava i u slučaju postojanja i drugih osnova za prava nesaglasnih akcionara da im društvo otkupi akcije (ili udele), uz obavezu društva, kada su ispunjene propisane pretpostavke za ovaj zahtev.⁴⁶ U svakom slučaju aktiviranje ovih prava znači i *nemogućnost ovih akcionara na pobijanje predmetne odluke skupštine* društva i na podnošenje derivativne tužbe za naknadu štete društvu po osnovu ove odluke. Ostaje, ipak, *otvoreno pitanje individualne tužbe*, pod opštim uslovima za podnošenje ove tužbe i pored korišćenja prava nesaglasnih akcionara.⁴⁷ Kako se o tome u jednom slučaju osnova za pravo nesaglasnih akcionara zakon koji uređuje privredna društva izjašnjava pozitivno (u prilog mogućnosti takve individualne tužbe i akcionara koji u prisustvu takvog osnova imaju pravo nesaglasnih akcionara), to ostaje da se *primenom analogije ovo pravo može ostvarivati i kod drugih osnova* za konstituisanje prava nesaglasnih akcionara.⁴⁸

SHODNA PRIMENA PRAVILA NIŠTAVOSTI I POBIJANJA
ODLUKA SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA NA ODLUKE
SKUPŠTINE DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Odluke organa privrednog društva (posebno skupštine društava kapitala) nisu pravni poslovi te se na njih u principu ne primenjuju opšta pravila propisana za ništavost ili rušljivost pravnih poslova iz ugovornog prava, već se primenjuju *posebna pravila iz ovog zakona o „pobijanju odluka“*. Ipak, zakon koji uređuje privredna društva utvrđuje imenično neke odluke skupštine akcionarskog društva, kao što je to napred rečeno, kojima utvrđuje pravni režim ništavosti u principu u skladu s opštim pravilima ugovornog prava o ništavosti, s obzirom na to da ne propisuje neke modifikacije tih pravila za potrebe kompanijskog prava (kao što to čini kod osnivačkog akta privrednih društava). Zakon koji uređuje privredna društva proširuje isti pravni režim ništavosti ovih (istih) odluka skupštine akcionarskog društva i na

⁴⁶ V. čl. 474–477.

⁴⁷ ZOPD, čl. 78.

⁴⁸ ZOPD, čl. 462. st. 5.

odluke skupštine društva s ograničenom odgovornošću,⁴⁹ uz dva izuzetka: prvi, s obzirom na to da nema pravila jednakog tretmana članova društva s ograničenom odgovornošću, kao što je to slučaj sa akcionarima akcionarskog društva, to ni odluke skupštine ovog društva o eventualnom nejednakom tretmanu članova ovog društva nisu *per se* ništave (osim eventualno ako bi mogle biti tretirane kao nedozvoljene – *clausula leonina*); drugi, pravni posao kojim bi društvo steklo sopstvene udele na osnovu odluke skupštine suprotno odredbama zakona koji uređuje privredna društva ništav je jer je i takva odluka skupštine ništava⁵⁰ (kod akcionarskog društva nije izričito propisana ova sankcija, već sankcija gubitka prava glasa po osnovu tako stečenih akcija). U svakom slučaju, sve ostale odluke skupštine i ovog društva, kao i kod akcionarskog društva, za koje to u ovom smislu nije propisano da su ništave, *proizvode pravno dejstvo i pravno su valjane ako se ne „pobijaju“ od strane aktivno legitimisanih lica* propisanih zakonom u ovom zakonom uređenom postupku ili ako to „pobijanje“ ne uspe.

Na pitanja aktivno legitimisanih lica za pravo podnošenja tužbe za pobijanje odluke skupštine društva (*svaki član društva* – osim članova koji su izričito zakonom isključeni od korišćenja ovog prava, *svaki direktor i član nadzornog odbora* u slučajevima propisanim zakonom), na rokove podizanja tužbe, na mogućnost kumulacije tužbenog zahteva za pobijanje odluka skupštine i zahteva za naknadu štete društvu ili individualne štete članovima društva, na *posledice tužbe za pobijanje odluka* (*ne sprečava izvršenje, niti upis u registar* same odluke ili promena koje ona nalaže u registru, kao i *mogućnost nalaganja privremenih mera sprečavanja izvršenja i upisa u registar*, uz upis zabeležbe spora), na osnove poboynosti i izuzetke od mogućnosti poboynosti, na postupak po tužbi i *mogućnost i donošenja odluke o tužbenom zahtevu za naknadu štete* ako je taj zahtev postavljen i u slučaju kad je zahtev za pobijanje odluke skupštine odbijen, na *posledice odluke suda kojom se poništava odluka* (dejstvo prema društvu, članovima društva, direktorima i članovima nadzornog odbora, brisanje iz registra ako je bila registrovana i brisanje promena u registru po osnovu te odluke ako su registrovane, *zadržavanje prava trećih savesnih lica na osnovu izvršenja poništene odluke skupštine*), na posebno pravilo pobijanja odluke o usvajanju godišnjih finansijskih izveštaja društva (poništenje odluke o usvajanju ovog izveštaja deluje i na poništenje odluke o raspodeli dobiti, povratak dividende koju su članovi društva primili na osnovu te odluke), pobijanja odluka skupštine članova društva sa ograničenom odgovornošću shodno se primenjuju pravila propisana za akcionarsko društvo.

⁴⁹ ZOPD, čl. 146. st. 5, čl. 147. st. 4.

⁵⁰ ZOPD, čl. 157. st. 8.

(NE)MOGUĆNOST POBIJANJA ODLUKA
DRUGIH ORGANA DRUŠTVA KAPITALA

Pitanje eventualnog *pobijanja odluka odbora direktora* jednodomnog modela uprave predstavlja pravnu prazninu u srpskom pravu (a takođe i odluka izvršnog odbora i nadzornog odbora kod dvodomnog upravljanja društvom).⁵¹ Jedino ostaje da analogna primena pravila koja važe za odluke skupštine akcionarskog društva može predstavljati izlaz koji u svojoj striktnoj primeni ne bi bio *contra laegem*.⁵² Za ovakav stav govore najmanje četiri argumenta: prvi, ako odbor direktora kod jednodomnog modela upravljanja društvom, odnosno nadzorni odbor kod dvodomnog modela ima ovlašćenje donošenja određenih odluka kod instituta ovlašćenog kapitala, kao što u zakonu koji uređuje privredna društva ima, a takođe i ako ovi organi imaju i ovlašćenje za poništenje sopstvenih akcija ili udela društva, u skladu sa zakonom koji uređuje privredna društva, onda nema logike da takve eventualne odluke skupštine društva mogu biti predmet pobijanja, a da iste odluke kad ih donose ovi organi društva to ne mogu biti; drugi, u dvodomnom modelu uprave nadzorni odbor ima neke nadležnosti skupštine jednodomnog modela uprave, kada takođe nema logike da iste odluke skupštine mogu biti predmet pobijanja a da odluke nadzornog odbora to ne mogu biti; treći, kada je moguća u skladu s ovim zakonom i konstitutivnim aktima društva određena (istina ograničena) delegacija nadležnosti na relaciji skupština – odbor direktora ili nadzorni odbor i obrnuto, onda je nebranljiv stav da takve iste odluke mogu biti predmet pobijanja ako ih donese skupština, a da ne mogu to biti ako ih donese odbor direktora ili nadzorni odbor; četvrti, nema pravne logike da odluka skupštine koja „nije u skladu sa zakonom i statutom“ može biti predmet pobijanja, a da takva odluka odbora direktora ili nadzornog odbora to ne može biti. Stav sudske prakse nije jedinstven.⁵³

⁵¹ Francuska pravna teorija stoji na stanovištu mogućnosti takve primene opštih pravila pobožnosti/ništavosti i posebnih pravila pobijanja odluka skupštine (odsustvo kvoruma, nepropisno sazivanje i odlučivanje, prevara, zloupotreba prava i slično): Phillippe Merle, Anne Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris 2001, 419; De Michel de Juglart, Benjamin Ippolito, Jacques Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 472–473; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, op. cit. 185–190.

⁵² Više: Mirko Vasiljević, *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Beograd, 2007, 205–216.

⁵³ „Pobijanje odluke upravnog odbora akcionarskog društva o izboru ili razrešenju generalnog direktora AD se vrši u postupku propisanom za pobijanje odluke Skupštine AD.“ – Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 9145/2006 od 6. 7. 2006. godine, u: *Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten*, br. 4, 2006. Suprotan stav: „Kontrolu rada upravnog odbora vrši skupština društva, te predmet pobijanja u sudskom postupku mogu biti odluke skupštine, a ne i odluke tela koje bira skupština.“ – Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 3496/20, u: *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 4, 2021). Takođe: „Sud nije nadležan za poništaj odluka upravnog odbora zadruge, već samo za poništaj odluka skupštine zadruge.“ – Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 3637/17, u: *Sudska praksa privrednih sudova – Bilten*, br. 1-2, 2022.

ZAVRŠNI KRITIČKI OSVRT

Pristup uređenju pitanja „ništavosti“, odnosno „pobojnosti“ određenih odluka skupštine akcionarskog društva, je potpuno nesistematičan i konfuzan (uz to postoji i shodna primena i na društvo s ograničenom odgovornošću). Naime, uređujući aktivno legitimisana lica za podnošenje ovih tužbi i rokove podnošenja tužbi, čini se da zakon ima u vidu samo osnove „pobijanja odluka“, ali ne i osnove „utvrđenja ništavosti odluka“, s obzirom na to da se ova dva instituta i njihovi osnovi razlikuju. S druge strane, kad govori o osnivačkom aktu, srpski zakon govori o „ništavosti“ ali dozvoljava „otklanjanje ništavosti“ do završetka glavne rasprave u pokrenutom sudskom postupku (što je u smislu razgraničenja pravnih instituta dozvoljeno samo kod osnova „pobojnosti odluka“). Uz to, ostaje krajnje nejasno da li se kod zakonom koji uređuje privredna društva utvrđenih osnova „ništavosti“, kao i opštih osnova ništavosti ugovornog prava koji u kompanijskopravnom smislu nemaju prirodu „pobojnih osnova“ (bez obzira na neugovornu prirodu odluka skupštine društva kapitala) mogu primeniti pravila ugovornog prava, makar i kao izuzetak zbog neugovorne prirode korporativnih odluka organa društava kapitala i zbog postojanja brojnih korektivnih instituta ništavosti i u samom ugovornom pravu a posebno u kompanijskom pravu (aktivna legitimisanost bilo kog lica, nepostojanje rokova, deklarativno dejstvo presude). Najzad, posebno otvoreno jeste i pitanje mogućnosti pobijanja ili ništavosti odluka drugih organa društava kapitala, primenom analognih pravila koja važe u kompanijskom pravu za ništavost i pobijanje odluka skupštine tih društava. Otklanjanje ovih pravnih praznina, koje se pravilima tumačenja prava teško mogu otkloniti, izuzetno je značajno posebno sa stanovišta potrebnog nivoa pravne sigurnosti svih konstituenata društava kapitala.

Academician Prof. Dr. MIRKO VASILJEVIĆ
Professor Emeritus, Faculty of Law
University of Belgrade

NULLITY AND ANNULMENT OF DECISIONS OF THE GENERAL MEETING OF COMPANIES

Summary

The institute of nullity (absolute and relative – voidability) is usually laid down by laws regulating contractual relations and it is applicable to contracts as legal transactions. The possibility of applying this institute to the memorandum of association of companies, which is of mixed nature (contractual and institutional), is regulated by company laws enabling its application, while to some

extent, due to the said legal nature, they modify the application of some rules of this institute. A question of applying the institute of nullity (absolute) to decisions of the general meeting of companies (joint stock company and limited liability company) and possibly decisions of other bodies of these companies remains open. On the other hand, company laws recognize the institute of „annulment“ of decisions of the general meeting of companies (by its nature, it is basically the institute of voidability of contract law, whereas it has broader grounds – it includes, in principle, both the grounds of voidability and partly the grounds of absolute nullity, to which they give the nature of grounds for annulment). Finally, the issue of the possibility of annulling decisions of other bodies of companies is particularly considered, which company laws generally do not regulate.

The Companies Law of Serbia has no special rules related to the absolute nullity of decisions of the general meeting of companies (as well as decisions of other bodies of these companies), so the application of the general rules of contract law is in fact possible, regardless of their non-contractual nature, this being basically exceptional, especially due to the exclusion of numerous grounds of absolute nullity from that regime and inclusion in the grounds of the „annulment“ regime by the law governing companies, as well as due to the possibility of partial nullity, the possibility of convalidation, as well as the possibility of subsequent regularization (bringing it into line with the law and general acts of the company). Moreover, the grounds of voidability (relative nullity) of contract law, which are mostly related to deficiencies of will, should not be excluded as possible grounds for annulment of decisions of bodies of companies. Finally, although the law governing companies only refers to annulling decisions of the general meeting of a joint-stock company (with the corresponding application to decisions of the general meeting of a limited liability company), the application of these rules should not be excluded per analogiam to annulling decisions of other bodies of companies.

Key words: nullity of decisions of the general meeting of companies, annulment-voidability of decisions of the general meeting of companies, active legitimation, impossibility to annul, nullity and annulment of legal transactions arising in connection with null and void decisions as well as those subject to annulment, nullity and annulment of decisions of other bodies of companies.

Literatura

- Arsić Z., „Odluke skupštine akcionarskog društva“, *Pravni život (PŽ)*, br. 11, Beograd, 2005.
- Arsić Z., „Pravo na pobijanje odluke skupštine akcionarskog društva“, *Pravo i privreda (PiP)*, br. 5–8, Beograd, 2006.
- Barbić J., *Pravo društava – društva kapitala*, Zagreb, 2000.
- Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, Paris, 2006.
- Guyon Y., *Droit des affaires*, Paris, 2003.
- Hamel J., Lagarde G., Jauffret A., *Droit commercial*, Paris, 1980.
- Juglart M. D., Ippolito B., Dupichot J., *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999.
- Marković Bajalović D., „Ništavost i/ili pobožnost odluka skupštine akcionarskog društva“, *PiP*, br. 4–6, 2012.
- Meister B., Heidenhain M., Rosengarten J., *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010.
- Merle Ph., Fauchon A., *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001.

Pennington R., *Company Law*, London, 1995.

Vasiljević M., Jevremović Petrović T., Lepetić J., *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*, Beograd, 2020.

Vasiljević M., *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Beograd, 2007.

Wirth G. *et al.*, *Corporate Law in Germany*, München, 2010.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DAVORIN PICHLER
PETRA ŠTIVIĆ

POLOŽAJ JAMCA U INSOLVENCIJSKIM POSTUPCIMA U HRVATSKOM PRAVU I PRAKSI EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

U suvremenom pravnom prometu i praksi ugovor o jamstvu jedan je od najčešćih i naj-prikladnijih sredstava osiguranja obveznih odnosa. Favoriziranje jamstva u odnosu na druge vrste osiguranja posljedica je praktičnosti ovog instituta jer se njime lako ostvaruje sigurnost da će potraživanje vjerovnika biti ostvareno, bez obzira na likvidnost glavnog dužnika. To je najvidljivije u situacijama kada se nad glavnim dužnikom otvori neki od insolventijskih postupaka koji za cilj ima namirenje svih dužnikovih vjerovnika unovčenjem dužnikove imovine. U situacijama kada se nad glavnim dužnikom otvori neki od insolventijskih postupaka otvaraju se brojna pravna pitanja o kojima poslovna praksa nema jedinstven stav. Polazna točka za analizu predmetne materije je rješenje iz hrvatskog prava prema kojem jamac, nakon ispunjenja dužnikove obveze, ima pravo regresno se namiriti od glavnog dužnika. Navedeno rješenje sustavno se analizira u kontekstu insolventijskih postupaka u hrvatskom pravu i propitkuje njegova opravdanost. Posebna pažnja posvećuje se i analizi prakse Europskog suda za ljudska prava u odnosu na predmetnu materiju. Nakon provedene analize u zaključku se daje ocjena stanja de lege lata i prijedlozi za uređenje ovog instituta de lege ferenda.

Ključne riječi: jamac, insolventijski postupci, insolventnost, zaštita jamca, pravo regresa

Dr Davorin Pichler, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku, e-mail: dpichler@pravos.hr.

Petra Štivić, student Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku, e-mail: stivicpetra@gmail.com. Ovaj rad je financirao Pravni fakultet Osijek Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku internim projektom br. IP-PRAVOS-7 „Građansko materijalno i procesno pravo u 21. stoljeću – postojeće stanje i tendencije u budućnosti“.

U V O D

Institut jamstva postoji u svim pravima još od najranijih civilizacija i uz manja odstupanja zadržao se u većini suvremenih pravnih sustava. Jamstvo je vrsta osobnog pojačanja dužnikove obveze.¹ Konkretna obveza u pravilu je novčana, međutim, preuzimanje obveze može se pojaviti i u neimovinskom obliku. Imajući u vidu rizik koji se preuzima sklapanjem ugovora, formalnost pravnog posla, odnosno pisani oblik ugovora jedna je od njegovih glavnih karakteristika. Prilikom dospjeća vjerovnikove tražbine, ovisno o vrsti sklopljenog ugovora, vjerovnik ima pravo zahtijevati ispunjenje prvenstveno od glavnog dužnika, a tek ukoliko se ne uspije namiriti od njega, obraća se jamcu. Ukoliko jamac bude taj koji je ispunio obvezu, učinak ispunjenja jest subrogacija, odnosno stupanje jamca na mjesto vjerovnika. Međutim u situacijama ako je nad dužnikom otvoren i/ili proveden insolventijski postupak to nije uvijek lako ostvarivo i hrvatsko pravo i sudska praksa ne daju odgovore na sve situacije koje se mogu pojaviti u praksi.

Slijedom navedenog, ovaj rad sustavno analizira položaj jamca u insolventijskim postupcima u hrvatskom pravu i praksi. U radu će se istaknuti i relevantna praksa Europskog suda za ljudska prava o predmetnoj materiji. Ovako provedena analiza ima za cilj dati ocjenu postojećeg stanja i nakon detektiranja aktualnih problema u zaključku se daju smjernice za buduće uređenje i rješenja u poslovnoj praksi.

KARAKTERISTIKE UGOVORA O JAMSTVU

Zakon o obveznim odnosima definira ugovor o jamstvu kao ugovor putem kojeg se jamac obvezuje prema vjerovniku da će ispuniti valjanju i dospjelu obvezu dužnika, ako dužnik to ne učini.² Jamstvo predstavlja akcesoran pravni odnos i ovisi o postojanju i valjanosti pravnog odnosa između vjerovnika i dužnika.³ Stranke ugovora su jamac i vjerovnik. Sklapanju ugovora o jamstvu mora prethoditi nastanak valjane obveze glavnog dužnika kao pretpostavka za nastanak

¹ Petar Klarić, Martin Vedriš, *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014, 435.

² Čl. 104 Zakona o obveznim odnosima, *Narodne novine RH*, br. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, u daljnjem tekstu ZOO.

³ Akcesornost proizlazi iz povijesnog razvoja jamstva u Hrvatskoj. Tzv. poruk, odnosno jamac, se nije mogao obvezati za iznos koji je veći od iznosa glavnog dužnika, ali i njegova obveza nije karakterno mogla biti teža od dužnikove. Ante Vuković, Dejan Bodul, „(Nezavidan) položaj jamca u insolventijskom pravu: dvojbe, rješenja i osvrt na konvencijsko pravo“, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, Vol. No. 1–2, Šibenik, 2015, 165.

obveze jamca, pa time institut jamstva, ne čini od neistinitih obveza istinite nego osigurava naplativost same tražbine.⁴ Uz akcesornost, karakteristika određenih vrsta jamstva je i supsidijarnost, pravo vjerovnika da zahtjeva ispunjenje obveze od jamca odmah pošto se ne uspije namiriti od glavnog dužnika.⁵ Za postojanje supsidijarne mogućnosti namirenja potrebno je jasno odrediti kada se to vjerovnik nije uspio namiriti.⁶

ZOO određuje da predmet ugovora može biti svaka pravovaljana obveza, bez obzira na njen sadržaj, a uvjetne i buduće obveze također su obuhvaćene.⁷ Činidba može glasiti na davanje, činjenje, propuštanje ili trpljenje. Generalno, uvijek će se govoriti o ispunjenju novčane činidbe, ali institut jamstva omogućuje preuzimanje i nenovčanih, odnosno neimovinskih činidbi.⁸ Nadalje, obveze jamca mogu biti i sporednog karaktera. Takve će se ponajprije odrediti ugovorom o jamstvu, a općenito ih možemo razdijeliti na obvezu obavještanja o okolnostima koje su važne za ispunjenje osigurane obveze, obvezu odmjerenog postupanja prema vjerovniku i njegovim pravima koja proizlaze iz ugovora, te naravno obveza povezanosti i komunikacije s dužnikom radi ispunjenja navedene obveze. Ukoliko pojedine sporedne obveze ne budu ispunjenje, za jamca mogu nastupiti nepovoljni učinci poput gubitka regresnog prava i sl.⁹

Obveza jamca nastaje ukoliko je svoju izjavu o jamčenju dao u pisanom obliku.¹⁰ Na ovaj način jamca se štiti od olakog i nepromišljenog obvezivanja i upuštanja u ugovorni odnos. Izjava će proizvoditi učinke ukoliko je u njoj, na izričit i nedvosmislen način, izražena volja o jamčenju.

Sposobnost jamčenja vezana je uz postojanje poslovne sposobnosti jamca, međutim poslovno sposobni jamac može ugovoriti jamstvo za obvezu poslovno nesposobne osobe.¹¹

⁴ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 1860/12-2 od 4. 6. 2014.

⁵ Njemački građanski zakonik u § 771 određuje da je vjerovnik dužan (mora) prvo pokušati prisilno namiriti svoju tražbinu od glavnog dužnika te tek podredno se može obratiti jamcu. *Bürgerlich Gesetzbuch*, 1896, Bundesgesetzblatt, u daljnjem tekstu BGB.

⁶ P. Klarić, M. Vedriš, op. cit., 437.

⁷ ZOO, čl. 108.

⁸ Tomislav Jakšić, „Ugovor o jamstvu“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015, 74.

⁹ *Ibidem*, 173.

¹⁰ Tako Vrhovni sud Republike Hrvatske utvrđuje da usmeno obvezivanje na ispunjenje obveze, neovisno o tome da li postoji pismena izjava o jamstvu, nije valjano. Vrhovni sud Republike Hrvatske, Revt 12/10-2 od 8. 9. 2010.

¹¹ P. Klarić, M. Vedriš, op. cit., 436.

Jamčeva obveza određenog je opsega s obzirom na obvezu glavnog dužnika te ima kvantitativan i kvalitativan karakter. U kvantitativnom smislu ne može biti opsežnija od dužnikove, a ako je i ugovoreno da bude opsežnija, svodit će se na razinu dužnikove obveze. Međutim, za suprotan način ugovaranja ne postoje ograničenja. Jamčeva obveza može biti kvantitativno manja, limitirana na neki dio dužnikove obveze ili čak biti ugovorena i pod lakšim uvjetima. Iako sve navedeno vrijedi prilikom ugovaranja jamstva, jamac će ipak biti odgovoran za povećanje obveza koje nastane krivnjom ili zakašnjenjem dužnika i za troškove koje je imao vjerovnik radi naplate. Takvo povećanje obveze ne utječe na kvantitetu jamstva, ali strane mogu svoje ugovorne odnose urediti i drugačije. Kvalitativni karakter odnosi se na sam objekt činidbe jamčeve obveze i zahtjeva da bude jednaka obvezi glavnog dužnika.¹²

Uz već predstavljeno redovito jamstvo razlikujemo još i solidarno jamstvo i podjamstvo (podporučanstvo). Kada ZOO prepušta jamcu mogućnost da se obveže kao jamac platac, govorit ćemo o solidarnosti, odnosno jamstvu bez supsidijarnosti. To znači da jamac vjerovniku odgovara kao glavni dužnik te vjerovnik može potraživati ispunjenje svoje tražbine bilo od glavnog dužnika bilo od jamca, a pod određenim okolnostima istovremeno od oba subjekta.¹³

Kada se treća osoba obvezala vjerovniku za samog jamca govorimo o podjamstvu. Njega će vjerovnik pozvati na ispunjenje obveze onda kada se ne uspije namiriti od glavnoga dužnika ali niti od jamca.¹⁴

Budući da se može postaviti pitanje kada se vjerovnik nije uspio namiriti, ZOO je odredio da je dovoljno da vjerovnik, izvansudskom radnjom, opomene glavnog dužnika na ispunjenje obveze, a ako opomena bude bez rezultata, odmah se može pisanim putem obratiti jamcu sa zahtjevom za ispunjenje.¹⁵

Odnos između jamca i dužnika uređen je pravom regresa. Jamac koji ispuni vjerovnikovu tražbinu može potraživati od dužnika da mu naknadi sve ono što je isplatio za njegov račun (računajući i kamate od dana isplate).¹⁶ Ukoliko tražbina dospije, te jamac pozove vjerovnika da zahtjeva ispunjenje, a vjerovnik to ne učini u roku mjesec dana od poziva, jamac se oslobađa odgovornosti.¹⁷

¹² *Ibidem.*

¹³ ZOO, čl. 111.

¹⁴ P. Klarić, M. Vedriš, op. cit., 438.

¹⁵ Zvonimir Slakoper, Vilim Gorenc, *Obvezno pravo, opći dio, sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Novi informator, Zagreb, 2009, 494.

¹⁶ ZOO, čl. 120.

¹⁷ ZOO, čl. 118.

STEČAJ I JAMSTVO

Predstečajni postupak

Republika Hrvatska je institute predstečajnog i stečajnog postupka, pretpostavke za otvaranje ovih postupaka te posljedice istih uredila Stečajnim zakonom.¹⁸ Nastupanje pretpostavki za otvaranje predstečajnog postupka više pogoduju poslovanju određenog subjekta u odnosu na stečajni postupak, s obzirom da je cilj predstečajnog postupka održati poslovanje i pokušati izbjeći likvidacijski stečaj. S druge strane, vjerovnicima treba osigurati ispunjenje njihovih tražbina pod pristupačnijim uvjetima od onih kojima bi bili podložni da je pokrenut stečajni postupak.¹⁹

U pogledu jamca platca, otvaranje predstečajnog postupka nema učinak na pravo vjerovnika da svoje potraživanje, koje ima prema glavnom dužniku, namiri od jamca. Sklopljena predstečajna nagodba neće utjecati na provedbu ovrhe prema jamcu platcu. U ovakvim situacijama zapravo nastupa primjena članka 114 ZOO-a kojim je propisano da smanjenje obveze glavnog dužnika u stečajnom postupku ne povlači za sobom i odgovarajuće smanjenje jamčeve obveze, odnosno jamac odgovara vjerovniku za cijeli iznos svoje obveze. Ovo se opravdava dobrovoljnim preuzimanjem rizika od strane jamca, odnosno okolnošću da jamstvo štiti vjerovnika od rizika nesposobnosti i insolventnosti glavnog dužnika.

Za predstečajni postupak vrijedi i odredba čl. 110 ZOO-a, da na jamca, koji je ispunio vjerovnikovo potraživanje, ono prelazi sa svim sporednim pravima i osiguranjima vezanim za ispunjenje. Stjecanjem položaja stečajnih vjerovnika jamci mogu inzistirati na vraćanju onoga što su za dužnika platili prije ili nakon otvaranja postupka.²⁰

Stečajni postupak

Cilj instituta stečajnog postupka je prestanak poslovnog subjekta i namirenje njegovih vjerovnika zbog prezaduženosti ili zbog nesposobnosti za plaćanje. Zbog toga se stečajni dužnik ne nagađa sa stečajnim vjerovnicima već je dužan prodati cjelokupnu imovinu koju društvo sadržava u trenutku otvaranja postupka,

¹⁸ Stečajni zakon, *Narodne novine RH*, br. 71/15, 104/17, 36/22, u daljnjem tekstu SZ.

¹⁹ Željko Šimić, „Jamstvo i pravni položaj jamca u insolventnim postupcima“, *Pravo u gospodarstvu*, br. 2, Vol. 58, Zagreb, 2019, 270.

²⁰ Regresno pravo stječe se tek ispunjenjem tražbine i stječe se imovinsko pravna tražbina prema predstečajnom dužniku te svojstvo predstečajnog vjerovnika. Trgovački sud u Bjelovaru, P 20/2018-68 od 25. 3. 2021.

uključujući i svu imovinu koju pribavi i stekne tijekom vođenja postupka.²¹ Član 114. st. 2 ZOO-a određuje da smanjenje obveze glavnog dužnika u stečajnom postupku ne povlači za sobom i odgovarajuće smanjenje jamčeve obveze, te jamac odgovara vjerovniku za cijeli iznos svoje obveze. Takvi slučajevi predstavljaju iznimno odstupanje od načela akcesornosti jamstva jer obveza jamca nije popratila pravnu sudbinu obveze glavnoga dužnika.²²

Položaj jamca

SZ određuje da sve nedospjele tražbine dospijevaju otvaranjem stečajnog postupka.²³ Osim što takvo pravilo predstavlja odstupanje od načela akcesornosti, ono je ujedno i izražaj samostalnosti jamstva u odnosu na osnovni pravni posao.²⁴ Dospjelošću tražbine vjerovnik ima pravo usmjeriti svoju tražbinu prema glavnome dužniku, sada već stečajnom dužniku i zahtijevati ispunjenje. Jamac ostaje odgovoran vjerovniku a posljedica toga je da bi namirenjem obveze glavnoga dužnika, koji postaje stečajni dužnik, stekao mogućnost potraživanja od istog da mu naknadi sve što je isplatio za njegov račun.²⁵ Stoga, vjerovnik je u obvezi prijaviti svoje potraživanje u stečajnom postupku i uputiti jamca, u protivnom bi jamčeva šteta mogla odgovarati onoj svoti vjerovnikove tražbine koju bi vjerovnik naplatio od glavnog dužnika u stečaju da je prijavio svoje potraživanje.

Takva prijava usmjerena je na očuvanje jamčeva regresnog potraživanja prema dužniku jer prema SZ-u, ako vjerovnik pravovremeno ne prijavi osigurano potraživanje u stečaj, gubi mogućnost sudjelovanja u tom postupku. Vjerovnikovo nesudjelovanje u postupku, a isticanje tražbine prema jamcu, podložno je isticanju prijeboja na zahtjev za ispunjenjem osigurane obveze. Prijeboj će imati učinak umanjenja obveze jamca za vrijednost namirenja koju bi vjerovnik mogao postići namirenjem iz stečajne mase da je uredno prijavio osigurano potraživanje u stečaj.²⁶

Pored navedenog, kada vjerovnik prijavi tražbinu u stečaj, on će se namiriti iz stečajne mase kao i ostali stečajni vjerovnici. Ako stečajna masa nije dovoljna za namirenje, vjerovnik se neće moći namiriti. Sukladno iznosu za koji se smanjila

²¹ SZ, čl. 2.

²² Z. Slakoper, V. Gorenc, op. cit., 500.

²³ SZ, čl. 73.

²⁴ T. Jakšić, op. cit., 265.

²⁵ ZOO, čl. 120. st. 1.

²⁶ T. Jakšić, op. cit., 264.

njegova tražbina namirenjem iz stečajne mase, smanjuje se i dug jamca.²⁷ Iz navedenog slijedi da dospijećem jamčeve obveze, jamac je obvezan ispuniti osiguranu obvezu umanjenu za vrijednost koja je vjerovniku isplaćena iz stečajne mase glavnog dužnika.²⁸ Prilikom otvaranja stečajnog postupka i prijave tražbina stečajni vjerovnik se može obratiti jamcu u vidu namirenja potraživanja i to s obzirom na dio koji prilikom otvaranja postupka neće prijaviti (npr. kamate koje teku danom pokretanja postupka, trošak participacije u stečajnom postupku, itd.).

Ukoliko dođe do situacije da se u trajanju stečajnog postupka jamac odluči ispuniti dugovanje vjerovniku, ali u to uključi i kamate koje su nastupile, on gubi mogućnost da povрати ono što je isplatio za račun dužnika. Naime, kako je prethodno navedeno, jamac se namiruje kao stečajni vjerovnik i to vjerovnik višeg reda, stoga sav „višak“ podmiren uz glavno potraživanje ne može potraživati nazad. Uvidom u sudsku praksu, mišljenje je Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske²⁹ da se takav zahtjev treba osporiti.³⁰ Smatra se da jamac nema nikakav pravni temelj putem kojeg bi opravdao svoj zahtjev za kamate. Ipak, ukoliko istakne i svoj status vjerovnika nižeg isplatnog reda, onda kada se takvi vjerovnici budu naplaćivali, moći će potraživati i kamate.

Tako i SZ u čl. 143. određuje da solidarni dužnici i jamci dužnika mogu, kao stečajni vjerovnici, tražiti da im se vrati ono što su za dužnika platili prije ili nakon dana otvaranja stečajnog postupka, ako im pripada pravo na vraćanje isplaćenog prema dužniku.³¹ U slučaju da dužnik ima zakonsku osnovu da jamcu ospori tražbinu, jamac nema pravo na povrat isplaćenog (ako je npr. platio zastarjelu tražbinu). Iz iznesenog proizlazi kako jamcu zapravo nije od značaja kada će ispuniti vjerovniku osiguranu obvezu jer mu zakon omogućuje namirenje iz stečajne mase glavnog dužnika neovisno je li ispunjenje učinjeno prije ili nakon otvaranja stečajnog postupka. Važno je samo da se navedeno potraživanje pravovremeno i valjano prijavi kako bi jamac stekao potreban položaj.³² Nadalje, ako bi jamac isplatio dug,

²⁷ Z. Slakoper, V. Gorenec, op. cit., 499.

²⁸ T. Jakšić, op. cit., 265.

²⁹ U daljnjem tekstu VTSRH.

³⁰ VTSRH, Pž-4644/15 od 16. 1. 2018.

³¹ Vrhovni sud Republike Hrvatske, Rev 78/1997-2 od 8. 10. 1997. U obrazloženju revizije, Vrhovni sud Republike Hrvatske ističe da više osoba može odgovarati solidarno u raznim pravnim situacijama te da stečaj jednog od njih nema nikakvog utjecaja na odgovornost ostalih dužnika. Međutim, među takvim dužnicima nastaje odnos koji odgovara odnosu vjerovnika i solidarnog jamca kod ugovora o jamstvu te služi pojačanju položaja vjerovnika, jer za ostvarenje njegove tražbine pored dužnika i solidarno s njim odgovara i neka druga osoba ili pak više njih.

³² T. Jakšić, op. cit., 264.

a ne prijavio tražbinu, smatralo bi se da je odustao od prava da istu i ostvari jer namirenje od dužnika može dobiti samo u stečajnom postupku.³³ Nakon prijave tražbine, stečajni upravitelj utvrđuje postojanje tražbine i upisuje ju i uvrštava u tablicu prijavljenih tražbina. U prilog navedenom ide i sudska praksa.³⁴

Ako je jamac namirio vjerovnika nakon otvaranja stečajnog postupka, ima pravo stupiti u stečajni postupak u svojstvu stečajnog vjerovnika, ali o zamjeni subjekata potrebno je pravovaljano obavijestiti stečajnog upravitelja. Bez obzira što je potraživanje prijavljeno u jednakom sadržaju, sud zahtjeva ponovnu prijavu i od strane jamca. S obzirom da ovdje govorimo o personalnoj subrogaciji, te o *ex lege* stupanju jamca u položaj vjerovnika, možemo reći da je takvo zahtijevanje suda protivno pravnim propisima, međutim, ono predstavlja čisto tehničko rješenje kako ne bi bilo spornih situacija u stečajnom postupku. Uz obavještanje, prijava ima i funkciju navesti potencijalno drugi iznos tražbine sukladno odredbi članka 120 ZOO-a o opsegu regresnog zahtjeva.³⁵

Osiguranje jamčevog plaćanja nakon otvaranja stečajnog postupka

SZ u čl. 143. st. 2 određuje da solidarni dužnici i jamci mogu podnijeti zahtjev da im se osigura iznos što će ga platiti za dužnika razmjerno iznosu koji bi im pripao kao stečajnim vjerovnicima. Dvojba nastupa u trenutku kada se treba odlučiti što činiti sa zahtjevom jamca za osiguranje iznosa, ako je vjerovnik već prijavio tražbinu u stečajnom postupku. Pravna shvaćanja o ovom pitanju nisu jedinstvena. Jedno shvaćanje upućuje na to da je stečajni upravitelj dužan osigurati sredstva kada jamac istakne zahtjev i to u vrijednosti u kojoj će ga ispuniti dužnik razmjerno vrijednosti koja bi mu se dodijelila kao stečajnom vjerovniku neovisno o podmiranju vjerovnika koji je svoje potraživanje pojačao jamstvom. Drugo pak shvaćanje tvrdi da, sve dok se diobama podmiruje stečajni vjerovnik, čije je potraživanje pojačano jamstvom, sredstva se ne rezerviraju za jamca.

Drugo shvaćanje je prihvatljivije jer nije moguće identično potraživanje nadomjestiti u višoj vrijednosti iz razloga što je pojačana jamstvom.³⁶ Međutim, u slučaju da je do namirenja vjerovnikove tražbine od strane jamca došlo nakon djelomičnih dioba ili čak nakon završne diobe, jamac ostaje bez mogućnosti namirenja iznosa od glavnog dužnika jer glavni dužnik ostaje bez sredstava kojima bi

³³ SZ, čl. 167.

³⁴ VTSRH, Pž 1444/06-3 od 12. 6. 2007.

³⁵ T. Jakšić, op. cit., 266.

³⁶ Ž. Šimić, op. cit., 274.

namirio jamca. Shodno tome, jamac će steći kapacitet potraživanja osiguranja nakon otvaranja stečajnog postupka, u vrijednosti koja bi pripadala njemu da je ispunio tražbinu vjerovnika prije diobe, ali samo uz uvjet da tražbinu nije prijavio niti vjerovnik. Ukoliko nastupi navedeni slučaj, stečajni upravitelj mora pripremiti i osigurati sredstva za jamca i to u vrijednosti koja bi jamcu pripala da je ispunio potraživanja vjerovnika prije diobe.³⁷ U slučaju da se jamac ne obrati sa zahtjevom za osiguranje iznosa što će ga ubuduće namiriti u ime dužnika, nakon otvaranja stečajnog postupka, potencijalno će ostati bez prava da sudjeluje u diobama u postupku ako je imovina stečajne mase unovčena i raspoređena vjerovnicima prije nego je on ispunio potraživanje vjerovnika. Iz toga zaključujemo da bi jamci trebali podnijeti zahtjev za rezervaciju ako vjerovnik nije prijavio tražbinu, neovisno o tome što prema članku 114 ZOO-a vjerovnik odgovara za naknadu štete radi neprijavlivanja tražbine.³⁸

Učinak stečajnog plana na položaj jamca

Vjerovnik prijavljuje svoje tražbine koje predstavljaju tražbine viših isplatnih redova. Kamate na tražbine stečajnih vjerovnika, od dana otvaranja stečajnog postupka i troškovi sudjelovanja u postupku, su tražbine nižih isplatnih redova. SZ predviđa i mogućnost određivanja stečajnog plana.³⁹ U sadržaju stečajnog plana određuje se položaj stečajnih vjerovnika na način da se ističe u kojem se vidu njihove tražbine smanjuju, koje je novo vrijeme ispunjenja tražbina, kako će se osigurati te koja ostala pravila stečajnog plana imaju učinak prema njima.⁴⁰ Uz prihvatanje stečajnog plana i ako istim drugačije nije određeno, smatrat će se da su prestale tražbine stečajnih vjerovnika nižih isplatnih redova.⁴¹ Nakon provedbe stečajnog plana odgovornost dužnika za postojeće obveze prestaje ukoliko dužnik namiri stečajne vjerovnike. Pa tako u skladu s temeljnom svrhom koja je planom ispunjena, oslobađa se svojih preostalih obveza prema tim vjerovnicima.⁴² Nakon prihvata stečajnog plana, što od strane vjerovnika, što od strane dužnika, sud je taj koji odlučuje o potvrdi stečajnog plana. Ukoliko sud potvrdi stečajni plan, donosi rješenje o potvrdi stečajnog plana koje sadržava provedbenu osnovu koju su vjerovnici prihvatili. Osnovni učinci

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem*, 276.

³⁹ SZ, čl. 303. st. 1 i 2.

⁴⁰ SZ, čl. 310. st. 1.

⁴¹ SZ, čl. 311. st. 1.

⁴² SZ, čl. 313. st. 1.

stečajnog plana manifestiraju se na sve sudionike postupka.⁴³ Članak 340 SZ-a određuje da rješenje o potvrdi stečajnoga plana ne djeluje na prava stečajnih vjerovnika protiv sudužnika i dužnikovih jamaca te na prava tih vjerovnika na dijelovima imovine koji ne pripadaju u stečajnu masu. Dužnik se na temelju rješenja oslobađa od obveza prema svojim sudužnicima, jamcima ili drugim regresnim ovlaštenicima na isti način kao i prema svojim vjerovnicima. Navedeno rješenje ne djeluje na prava stečajnih vjerovnika protiv sudužnika i dužnikovih jamaca te na prava tih vjerovnika na dijelovima imovine koji ne pripadaju u stečajnu masu.

SZ određuje da takvo oslobođenje *de facto* neće utjecati na prava stečajnih vjerovnika prema sudužnicima i jamcima dužnika.⁴⁴ Prof. Dika zauzima drukčije pravno shvaćanje i navodi da jamac treba prijaviti jednu buduću uvjetnu tražbinu te da jamca prilikom diobe treba tretirati kao i vjerovnika uvjetne tražbine s odgovornim uvjetom. Rješenje predviđeno za solidarnog jamca i dužnika trebalo bi protegnuti i na slučajeve u kojima je treći založio ili fiducijarno prenio dio svoje imovine kao osiguranje za obvezu stečajnog dužnika. Također, prof. Dika navodi da se rješenje koje je prihvaćeno u hrvatskom pravu razlikuje od onoga u njemačkom pravu, u kojem solidarni dužnik i jamac mogu tražbinu, koju će namirenjem vjerovnika tek steći protiv dužnika, istaknuti u stečajnom postupku samo ako vjerovnik nije u tom postupku prijavio svoju tražbinu.⁴⁵

Ovakvom shvaćanju proturječi činjenica da se radi o istoj tražbini koju su prijavili vjerovnik i jamac te nije ponuđeno rješenje kako bi identično potraživanje sud rješenjem o deklariranim potraživanjima priznao vjerovniku kao bezuvjetnu, a jamcu kao uvjetnu. Potrebno je napomenuti i da stečajni vjerovnik, kojem je potraživanje osigurano sklapanjem ugovora o jamstvu, ne može biti u nestabilnijem položaju od vjerovnika čija tražbina nije vezana uz sklapanje ugovora o jamstvu.⁴⁶

Kada se po zaključenju stečajnog postupka dužnik kao pravna osoba briše iz sudskog registra, brisanje ne predstavlja osnovu za prestanak jamstva. Uzrokuje, dakako, probleme za jamca koji se tada neće moći regresirati od glavnog dužnika nakon što ispuni vjerovniku ono što je dužan. Takva nemogućnost jamčeva regressa ne utječe na smanjenje opsega jamčeve odgovornosti niti proizvodi prestanak jamčeve obveze prema vjerovniku.⁴⁷

⁴³ SZ, čl. 340. st. 1.

⁴⁴ SZ, čl. 387.

⁴⁵ Mihajlo Dika, *Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka*, Narodne novine, Zagreb, 2002, 33.

⁴⁶ Ž. Šimić, op. cit., 273.

⁴⁷ T. Jakšić, op. cit., 263.

POLOŽAJ JAMCA U STEČAJNOM PRAVU EUROPSKE UNIJE

Europski pravni poreci suglasni su oko činjenice o općoj funkciji jamstva i karakteristikama supsidijarnosti i akcesornosti. S obzirom da prilikom otvaranja stečajnog postupka potencijalno nastaje neuravnoteženi položaj u odnosu jamac – vjerovnik – glavni dužnik, potreba za zaštitom jamca je postala zajednički problem i briga u cijeloj Europi. U tom smislu, države članice Europske unije povećale su zaštitu jamčevog položaja tamo gdje inače obveze vjerovnika prema jamcu ne bi niti postojale. Sud pravde i Europska komisija identificirali su potrebu za dosljednošću u tretmanu jamstva. Generalna obilježja ugovora o jamstvu mogu se svesti na sve one karakteristike koje obuhvaća i hrvatsko pravo, a prethodno su navedene. Također se pojavljuju i jednaki rizici, a to su: slab položaj jamca u odnosu na vjerovnika, supsidijarnost obvezi glavnoga dužnika, uvjetna odgovornost jamca, itd.⁴⁸ Stanje međunarodnog stečajnog prava u Europskoj uniji u pogledu potrošača, jamca i stečajnog postupka teško da je zadovoljavajuće. Tijela Europske unije pokušavala su uspostaviti određenu jurisdikciju, ali do 2012. godine ista nije korištena od strane država članica.⁴⁹ Provođenje postupka u slučaju nesolventnosti tada je dodatno uređeno Uredbom o postupku u slučaju nesolventnosti.⁵⁰ Uredba potiče vlastitu primjenu na: one postupke čije je pokretanje javno u svrhu saznanja vjerovnika za pokrenute postupke te radi isticanja postojećih tražbina u postupku, one postupke koji počivaju na zakonima o nesolventnosti. Pri tome je zastupljeno mišljenje da bi se primjena trebala proširiti i na one postupke koji se pokrenu radi toga što problemi dužnika nisu samo financijskog karaktera (pod uvjetom da mu problemi takvog karaktera znatno prijete ili onemogućuju plaćanje dugova).⁵¹

Stupanjem Uredbe na snagu, države članice sada dijele kolizijska prava u pogledu međunarodnih stečajnih postupaka. Uredba teži ka nadnacionalnoj raspodjeli pravnih pitanja i pravnih odnosa na nacionalne pravne sustave uz pružanje konkretnih i jasnih smjernica. Predviđa pravni okvir za usklađivanje stečajnog postupka i jača položaj država članica.⁵² Ipak, potrebno je naglasiti da polazeća

⁴⁸ Mel Kenny, *Exploring the Uncommon Core: Comparative Analysis of Surety Agreements across Europe*, ZERP, Bremen, 2009, 7.

⁴⁹ Johanna Niemi, „Consumer Insolvency in the European Legal Context“, *Journal of Consumer Policy*, 2012, Vol. 35, 457.

⁵⁰ Uredba (EU) 2015/848 Europskog parlamenta i Vijeća od 20. svibnja 2015. o postupku u slučaju nesolventnosti, Službeni list Europske unije, L 141/19, u daljnjem tekstu Uredba.

⁵¹ Uredba, čl. 12 preambule.

⁵² Titia M. Bos, „The European Insolvency Regulation and the Harmonization of Private International Law in Europe“, *Netherlands International Law Review*, No. 1, Vol. 50, 2003, 56.

točka Uredbe jest činjenica da zbog postojećih nesuglasnosti u materijalnom pravu nije moguće uvesti postupak u slučaju insolventnosti s međunarodnim područjem primjene u cijeloj Europskoj uniji. Zbog toga, primjena Uredbe često izaziva poteškoće u državama članicama. Kao primjer ističe se okolnost da pravo prvenstva, koje posjeduju pojedini vjerovnici u postupku ukoliko dođe do insolventnosti, u pojedinim je slučajevima u potpunosti različito u državama članicama.

Zbog toga je potrebno preispitati Uredbu uzimajući u obzir različitost nacionalnih zakonskih uređenja. S jedne strane, potrebno je osigurati specifična pravila o mjerodavnom pravu prilikom otvaranja stečajnog postupka i postupka stečaja potrošača, a s druge strane, treba dozvoliti uz primjenu Uredbe, primjenu i nacionalnih zakonskih odredbi koje obuhvaćaju pojam imovine i vlasništva u državi u kojoj se pokreće postupak stečaja.

PRAKSA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA PREMA KONVENCIJI ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Finska

Osamdesetih godina 20. stoljeća Finska je ostala zapamćena po slaboj praksi i zakonskoj zaštiti jamaca koji su olako prihvaćali opsege obveza jamstva, neznajući u što se upuštaju. Zbog teških posljedica takvog uređenja finsko zakonodavstvo usvojilo je tzv. Zakon o jamstvima.⁵³ Zaštita iz navedenog zakona usmjerena je u korist jamca. Najznačajnija posljedica novog uređenja je omogućavanje jamcu boljeg uvida u opseg prava i obveza u koje se upušta. U odnosu na stečaj glavnog dužnika, jamcu je jasno omogućeno pravo na regres. Uz to, određeno je da prilikom sklapanja ugovora o jamstvu moraju jasno biti određeni maksimalan iznos odgovornosti za koji se jamac obvezuje te rok koji je vezan uz obvezu.⁵⁴

Bäck protiv Finske

Europski sud za ljudska prava⁵⁵ je u presudi Bäck protiv Finske,⁵⁶ utvrdio sljedeće: tužitelj je temeljem ugovora o jamstvu pristao da bude jamac (zajedno s još

⁵³ Act on Guaranties and Third-Party Pledges, <https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990361.pdf>, 29. 6. 2023.

⁵⁴ M. Kenny, op. cit., 21.

⁵⁵ U daljnjem tekstu ESLJP.

⁵⁶ *Bäck v. Finland*, Judgment of 20 July 2004, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61929%22%5D%7D>, 29. 6. 2023.

jednom osobom) za određenu osobu (dalje: dužnik) u trenutku kada se ta osoba obratila banci radi sklapanja ugovora o kreditu. Kada osoba nije ispoštovala uvjete vraćanja kredita, tužitelj (dalje: podnositelj zahtjeva) je kao jamac morao vratiti banci određeni iznos kredita. Uzima se da je svaki od jamaca platio oko 19.000 EUR. Dužnik se kasnije obratio sudu radi prilagođavanja duga, pozivao se na Zakon o prilagođavanju privatnih dugova iz 1993. godine. Podnositelj zahtjeva je tome prigovorio jer bi takvo eventualno podmirenje duga moglo negativno utjecati na njegova vlastita potraživanja prema dužniku i dovesti ga u financijski nepogodno stanje. Podnositelj zahtjeva je predložio i alternativu, da se odgodi donošenje odluke o prilagođavanju duga. Jasno je isticao da je dužnik bio sasvim pogodan za vraćanje duga te da ne treba uvažiti njegov istaknuti zahtjev.

Nadležni sud je, uzimajući u obzir činjenicu da je dužnikova solventnost značajno smanjena zbog dosadašnjeg nedostatka posla i neuspješnih pokušaja pokretanja posla, odobrio ugovor o prilagođavanju duga i plan otplate istog. Iako je iznos tražbina podnositelja zahtjeva smanjen temeljem odobrenog sporazuma o prilagođavanju duga, sud je smatrao da je takvo smanjenje dopušteno prema odredbama spomenutog Zakona o prilagođavanju privatnih dugova iz 1993. godine, te se stoga rok plaćanja duga ne može odgoditi. Nadležni sud je odredio da će se plan otplate duga provesti u roku od pet godina, a to je prouzročilo smanjenje potraživanja jamca i to za oko 370 eura. Podnositelj zahtjeva žalio se na donesenu odluku argumentirajući da je smanjenje njegova potraživanja prema dužniku povrijedilo njegovo imovinsko pravo koje jamči čl. 1 Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava⁵⁷. Također, istaknuo je i činjenicu da prilikom pristupanja ugovora o jamstvu, Zakon o prilagođavanju privatnih dugova nije postojao. U zahtjevu pred ESLJP-om se izjasnio da, osim što je njegovo pravo povrijedeno, prilagođavanje dužnikovog duga je suprotno ostvarenju općih interesa.

U pogledu P1-1, ESLJP smatra da u predmetu nije sporno da potraživanje podnositelja zahtjeva prema dužniku, temeljeno na njegovom pravu na regresni zahtjev, predstavlja imovinu i obuhvaćeno je pojmom vlasništva. U tom smislu, nije sporan akt državne intervencije u provedbi imovinskih prava. ESLJP smatra da taj čin miješanja nije moguće ispitati samo u kontekstu pojma „lišenja imovine“, nego ga je ispitao i u kontekstu općeg pravila o pravu na mirno uživanje vlastite imovine. U obzir je uzeta činjenica da se zakonodavna regulacija ovakve sfere pravnih odnosa, koja dužnicima pruža mogućnost da se obrate sudu sa zahtjevom za prilagođavanje dugova, može smatrati „u javnom interesu“ (da takav zahtjev zadovoljava potrebe legitimnih socioekonomskih interesa države) i da onda kao takav, zahtjev ne predstavlja kršenje

⁵⁷ U daljnjem tekstu P1-1.

prava prema P1-1. Nesporno je da prilagođavanje duga povlači za sobom ozbiljne financijske posljedice za podnositelja zahtjeva, međutim, podnositelj zahtjeva je prihvatio rizik mogućih financijskih gubitaka. Nadležni sud je uredno saslušao argumente podnositelja zahtjeva i nema naznaka da je taj sud samovoljno odbio ispitati njegove argumente. Tijekom cijelog postupka podnositelju zahtjeva bila je dana prilika da vlastima iznese svoj sav o predmetu i navedenim događajima. Štoviše, tužbeni zahtjevi podnositelja zahtjeva bili su neutemeljeni i prije rješavanja pitanja duga. U takvim okolnostima može se smatrati da teret koji se stavlja podnositelju zahtjeva, na temelju Zakona o prilagođavanju privatnih dugova iz 1993. godine nije pretjeran.⁵⁸

Analiza presude Bäck protiv Finske

P1-1 odnosi se na pravo svake fizičke ili pravne osobe da mirno uživa svoje vlasništvo i da je nitko ne smije lišiti tog vlasništva, osim radi javnog interesa i to onako kako je predviđeno uvjetima i načelima međunarodnog prava.⁵⁹

Prilikom tumačenja P1-1 potrebno je jasno odrediti pojam vlasništva te razjasniti da se vlasništvo ili imovina tumače vrlo široko te se njima pokriva niz gospodarskih interesa. ESLJP u tom smislu jasno ističe da se pojam vlasništva shvaća neovisno o službenoj klasifikaciji u domaćem pravnom sustavu. Shodno tome, praksa ESLJP-a odnosi se i na zaštitu zahtjeva za koje podnositelj zahtjeva može tvrditi da ima barem „legitimno očekivanje“.⁶⁰ Navedeni pojam grana se na dva značenja, s jedne strane, da P1-1 može osigurati legitimno očekivanje da će se određeni propisani uvjeti primjenjivati, a s druge strane ESLJP je podredno naveo da je legitimno očekivanje neodvojivi dio prava vlasništva odnosno da mu je pripojen.

Ako promatramo miješanje države u pravo vlasništva, važno je znati da će ESLJP pružiti zaštitu pravu vlasništva primjenjujući tri pravila. Prvo, da svatko ima pravo na mirno uživanje vlasništva. Drugo, lišavanje prava vlasništva mora ispuniti određene uvjete. Treće, država ima pravo kontrolirati upotrebu vlasništva u skladu s općim interesom.⁶¹ Prilikom određivanja javnog interesa, nacionalno zakonodavstvo uvažava određeni stupanj slobode jer je ono u načelno boljem položaju odrediti

⁵⁸ *Bäck v. Finland*, Judgment of 20 July 2004, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-61929%22%5D%7D>, 29. 6. 2023.

⁵⁹ Europski sud za ljudska prava, „Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima“, *Zaštita vlasništva*, prvo izdanje, 2018, 6, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_1_Protocol_1_HRV, 29. 6. 2023.

⁶⁰ Iris Gović Penić, *Izabrana praksa Europskog suda za ljudska prava i građanski postupci pred hrvatskim sudovima*, Organizator, Zagreb, 2022, 1204.

⁶¹ *Ibidem*, 1206.

„javni interes“ u odnosu na međunarodne institute. Ipak, ESLJP pruža smjernice da pojam mora biti određen široko i da mora biti razumno utemeljen. Dakako, prilikom ostvarenja vlasničkog prava i općih interesa zajednice potrebno je utvrđenje proporcionalnosti, odnosno ESLJP jasno daje do znanja da će do povrede prava doći ako podnositelj zahtjeva trpi ili je trpio pojedinačni i prekomjerni teret. Stoga je u takvim slučajevima potrebno utvrditi je li ostvaren balans između društvenih interesa zajednice i zahtjeva za zaštitom osnovnih prava pojedinca.

S obzirom na predmet *Bäck protiv Finske*, ESLJP je zaključio da je došlo do zadiranja u imovinu podnositelja zahtjeva putem Zakona o prilagođavanju privatnih dugova iz 1993. godine. Nadalje, utvrđeno je da je prilikom prilagodbe dugova došlo do znatnog smanjenja potraživanja podnositeljevih zahtjeva. Međutim, ESLJP je utvrdio da, iako se ekonomska recesija nije mogla predvidjeti, niti se moglo predvidjeti naknadno prilagođavanje dugova, podnositelj zahtjeva trebao je prilikom jamčenja za N.-a uzeti u obzir činjenicu da možda neće moći ispuniti obvezu.

Također, ESLJP smatra da je podnositelj zahtjeva morao uzeti u obzir mogućnost da će N. proglasiti osobni stečaj. U konkretnom slučaju domaći sudovi jasno su razmotrili argumente podnositelja zahtjeva te nema prostora za tvrdnje da je presuda domaćih sudova utemeljena na nerazumnim i proizvoljnim razlozima. Ističe se da je nepobitna činjenica da je smanjenje vlasništva podnositeljeva zahtjeva značajno u svojoj vrijednosti, međutim, teret nametnut N.-ovim restrukturiranjem duga podijeljen je na određen broj vjerovnika u kojem nominalni zahtjev predlagatelja zahtjeva predstavlja svega 8,4% od ukupnog iznosa potraživanja.⁶² Zaključak ESLJP-a jeste da je potraživanje podnositelja zahtjeva i prije postupka prilagođavanja duga bilo okarakterizirano kao izuzetno nesigurno glede uzroka koji se ne mogu pripisati državi.

Odluka ESLJP je u ovom slučaju od izrazitog značaja i ističe se kod proučavanja različitih modela otpusta duga. Također važna je za izvođenje zaključaka o tome predstavljaju li modeli oslobađanja od preostalih dugova potrošača zapravo povredu prava na mirno uživanje imovine. Štoviše, odluka je primjenjiva i na sve insolventne postupke budući da P1-1⁶³ ne jamči pravo na punu kompenzaciju u svim okolnostima, jer legitimni ciljevi javnog interesa mogu tražiti naknadu nižu od pune tržišne vrijednosti.⁶⁴ U tom smislu, navedena presuda sadrži dvije konkluzije. Prvu, da jamac nesumnjivo ima pravo na namirenje i imovinu kao stečajni vjerovnik, i drugu da država može ograničavati i zadirati u takvu imovinu.

⁶² Dejan Bodul, Sanja Grbić, „Analiza položaja jamca u postupku stečaja potrošača“, *Hrvatska pravna revija*, br. 12, 2007, 46–47.

⁶³ (Europska) Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, *Narodne novine RH – Međunarodni ugovori*, br. 18/97, 6/99, 8/99, 14/02, 1/06, 13/17.

⁶⁴ A. Vuković, Dejan Bodul, op. cit., 179.

ZAKLJUČAK

Problematika položaja jamca kod otvaranja stečajnog postupka prisutna je još od početka rada na donošenju SZ-a u Republici Hrvatskoj. Premda insolventnost dužnika definiramo kao stanje u kojem dužnik nije financijski sposoban odrađivati daljnje poslovanje i druge aktivnosti, jasno je da učinci likvidnosti ne nastupaju samo za njega. S gledišta pravne osobe, onog trenutka kada ona prestane postojati, i pojedina prava jamca dolaze u upitan položaj. Takve konzekvence nastupaju zbog akcesornosti obveze jamca, te ukoliko nastupi prestanak pravnog subjektiviteta dužnika, teret ispunjenja obveza prema vjerovniku ostaje na jamcu. Međutim, za vrijeme trajanja stečajnog postupka, niz instituta djeluju u korist jamca. Ukoliko jamac u potpunosti ispuní tražbinu vjerovniku, nastupa učinak instituta personalne subrogacije, on stupa na mjesto vjerovnika te preuzima mogućnost prijave vlastitih tražbina u stečajni postupak. Ovo predstavlja jedinu mogućnost regresiranja jamca. Ukoliko takva prijava izostane, jamac (sada već vjerovnik) gubi pravo na namirenje jer ne postoji drugi instrument putem kojeg bi mogao potraživati ono što je stekao personalnom subrogacijom.

Otvaranje stečajnog postupka ima negativan učinak na obilježje akcesornosti jamstva te dovodi do dospijevanja svih nedospjelih tražbina. Sukladno tome, ukoliko nema dovoljno sredstava dužnika za namirenje tražbina vjerovnika, on može izravno zahtijevati naplatu od jamca. Prestanak postojanja glavnog dužnika često ostavlja jamca nenamirenog nakon ispunjenja svih navedenih obveza. Pravne norme suptilno zaobilaze potpuno uređenje njegova položaja te gubitak novčanih dobara pripisuju činjenici da jamac, kao potpuno poslovno sposobna osoba, sposobna za intelektualno rasuđivanje, mora imati u vidu rizik jamčenja prilikom upuštanja u sklapanje takvog ugovora. U tom smislu, ZOO utvrđuje da pisani oblik ugovora i očitovanje volje imaju dostatan učinak kojim se „opominje“ fizičku osobu na sve rizike ovoga instituta.

Uspriješ pokušajima Europske unije da se postignu zajednička rješenja u pogledu uređenja položaja jamca, najprimjenjivija praksa proizlazi ipak iz odluka ESLJP. Tako u svojoj presudi *Bäck protiv Finske* ESLJP je detaljno analizirao problematiku položaja jamca i svojom odlukom išao preko dosega hrvatskoga zakonodavstva. ESLJP uviđa da pogodovanje glavnom dužniku može povrijediti pravo vlasništva jamca i na taj način kršiti osnovna ljudska prava zajamčena najvišim pravnim aktima. Zato, države članice trebaju implementirati granice mogućnosti zadiranja u privatnu imovinu fizičkih osoba te opširnije i detaljnije definirati interese javnog poretka. Sve spomenute situacije potrebno je konstantno razvijati sudskom praksom, jer bez obzira što se ovaj institucijski problem povijesnim razvojem

prava nije znatnije izmijenio, razvoj društvenih odnosa i donošenje novih zakona ne smije rezultirati činjenicom zanemarivanja konvencijskog prava koliko god ono odstupalo od trenutačnih rješenja.

Dr. DAVORIN PICHLER
Associate Professor, Faculty of Law J. J. Strossmayer
University of Osijek

PETRA ŠTIVIĆ
Student, Faculty of Law J. J. Strossmayer
University of Osijek

POSITION OF GUARANTOR IN INSOLVENCY PROCEEDINGS
IN CROATIAN LAW AND EUROPEAN COURT
OF HUMAN RIGHTS PRACTICES

Summary

In modern legal transactions and practice, the guarantee contract is one of the most common and most appropriate means of securing obligational relationships. Favoring the guarantee in relation to other types of insurance is a consequence of the practicality of this institute because it easily ensures that the creditor's claim will be realized, regardless of the liquidity of the principal debtor. This is most visible in situations where one of the insolvency proceedings is opened against the principal debtor, the aim of which is to settle all the debtor's creditors by cashing in the debtor's assets. In situations where one of the insolvency proceedings is opened against the main debtor, numerous legal questions are raised. In relation to these issues business practice does not have a uniform position. The starting point for the analysis of the matter in question is the solution from Croatian law according to which the guarantor, after the fulfillment of the debtor's obligation, has the right to settle recourse against the principal debtor. The aforementioned solution is systematically analyzed in the context of insolvency proceedings in Croatian law and its justification is questioned. Special attention is paid to the analysis of the practice of the European Court of Human Rights in relation to the matter in question. After the analysis, the conclusion gives an assessment of the state of *de lege lata* and suggestions for the arrangement of this institute *de lege ferenda*.

Key words: guarantee, insolvency proceedings, insolvency, guarantor's protection, recourse right

Literatura

- Bodul D., Grbić S., „Analiza položaja jamca u postupku stečaja potrošača“, *Hrvatska pravna revija*, br. 12, Zagreb, 2007.
- Bos M. T., „The European Insolvency Regulation and the Harmonization of Private International Law in Europe“, *Netherlands International Law Review*, No.1, Vol. 50, 2003.
- Dika M., *Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka*, Narodne novine, Zagreb, 2002.

- Europski sud za ljudska prava, *Vodič kroz članak 1. Protokola br. 1 uz Europsku konvenciju o ljudskim pravima, Zaštita vlasništva*, prvo izdanje, 2018.
- Gović Penić I., *Izabrana praksa Europskog suda za ljudska prava i građanski postupci pred hrvatskim sudovima*, Organizator, Zagreb, 2022.
- Jakšić T., „Ugovor o jamstvu“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2015.
- Kenny M., *Exploring the Uncommon Core: Comparative Analysis of Surety Agreements across Europe*, ZERP, Bremen, 2009.
- Klarić P., Vedriš M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- Niemi J., „Consumer Insolvency in the European Legal Context“, *Journal of Consumer Policy*, Vol. 35, 2012.
- Slakoper Z., Gorenc V., *Obvezno pravo, opći dio, sklapanje, promjene i prestanak ugovora*, Novi informator, Zagreb, 2009.
- Šimić Ž., „Jamstvo i pravni položaj jamca u insolventijskim postupcima“, *Pravo u gospodarstvu*, br. 2, Vol. 58, Zagreb, 2019.
- Vuković A., Bodul D., „(Nezavidan) položaj jamca u insolventijskom pravu: dvojbe, rješenja i osvrt na konvencijsko pravo“, *Zbornik radova Veleučilišta u Šibeniku*, No. 1–2, Šibenik, 2015.

PREGLEDNI RAD

DRAGIŠA SLIJEPČEVIĆ
MARKO RADOVIĆ

POBIJANJE PRAVNIH RADNJI I KOMPANIJSKE TUŽBE KAO INSTRUMENTI ZAŠTITE POVERILACA U STEČAJNOM POSTUPKU

Cilj autora u radu je da tumačenjem zakonskog teksta prioritarno prikažu osnovne karakteristike pobijanja pravnih radnji u stečajnom postupku. Iako se radi o tradicionalnom institutu rimskog prava, njegova primena u savremenoj privrednoj praksi i dalje uzrokuje brojne dileme. U tom smislu, uz analizu pozitivnih zakonskih rešenja ukazano je na određena sporna pitanja i predložena su određena rešenja. Takođe, u radu se nastoji i da se ukaže da institut stečajnog pobijanja nije i jedini mehanizam dostupan poveriocima u cilju uvećanja stečajne mase i njihovog povoljnijeg namirenja. Nezavisno od toga što u praksi nisu postale zastupljene na dovoljnom nivou, kompanijske tužbe predstavljaju podjednako efikasan mehanizam, koji poveriocima pruža mogućnost uvećanja stečajne mase i povoljnijeg namirenja, a istovremeno utvrđivanja odgovornosti kontrolnih članova društva, odnosno organa upravljanja, za povrede posebnih dužnosti prema društvu ili zloupotrebu pravila o ograničenoj odgovornosti članova za obaveze društva. S tim u vezi, u prvom delu rada će pažnja biti posvećena pobijanju pravnih radnji u stečaju, dok će autor u drugom delu ukazati da i kompanijske tužbe mogu biti efikasan mehanizam zaštite poverilaca, nezavisno od toga što je prema privrednom društvu otvoren stečajni postupak.

Ključne reči: *pobijanje pravnih radnji, kompanijske tužbe, stečaj*

Dr Dragiša Slijepčević, sudija Vrhovnog suda u penziji, e-mail: dbanatski@gmail.com.

Dr Marko Radović, sudija Privrednog suda u Beogradu, docent Pravnog fakulteta Univerziteta „Union“ u Beogradu, e-mail: .marko.radovic@bg.pr.sud.rs.

POBIJANJE PRAVNIH RADNJI U STEČAJU

Pojam pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika

Iako dužnik, načelno, samostalno odgovara za dugove celokupnom svojom imovinom, poverioci ne mogu ostati bez ikakvog uticaja na njegovu imovinu. Pojedini pravni pisci, naročito francuski, smatraju čak da poverioci imaju tzv. opštu zalogu na dužnikovoj imovini. Međutim, ovakav pristup u stvarnosti, više predstavlja jednu „stilsku figuru“, nego stvarnu zalogu.¹ S pravom se prigovara da za postojanje tzv. opšte zaloge nedostaju dve osnovne osobine prava zaloge: pravo prvenstvene naplate i pravo sleđenja.² No, i pored opovrgavanja teorije opšte zaloge na dužnikovoj imovini, ipak su poveriocu dozvoljena određena prava kojima može uticati na dužnikovu imovinu, jer, poveriocu ne može biti svejedno da li se imovina dužnika smanjuje ili uvećava. Zbog toga mu naš državno-pravni poredak priznaje ovlašćenje da se, pod određenim uslovima, „umeša u imovinskopravne odnose svoga dužnika“.³ Cilj ovog mešanja jeste da se dužnikova imovina makar sačuva, ako ne i uveća, kako bi naplata potraživanja poverilaca bila izvesnija.

U pozitivnom pravu Srbije ovo mešanje poverilaca u imovinskopravne odnose dužnika omogućava se putem instituta pobijanja dužnikovih pravnih radnji.⁴ Pomenuti institut datira još iz rimskog prava, poznatiji pod nazivom paulijanska tužba (lat. *actio Pauliana*).⁵ U slučaju kada dužnik poseduje dovoljno vrednu imovinu za namirenje poverilaca, interes za pobijanjem dužnikovih pravnih radnji nije naročito izražen. Ovo pitanje dobija na značaju tek kada imovina dužnika nije dovoljna za podmirenje svih njegovih obaveza.⁶ Naravno, dužnik ne mora biti insolventan da bi pobijanje bilo moguće, mada je to u praksi najčešći slučaj. Upravo zbog toga su posebno izražena dva pojavna oblika pobijanja dužnikovih pravnih radnji, u vidu izvanstečajnog i stečajnog pobijanja. Iako su suštinski oba pojavna oblika pobijanja posvećena istim ciljevima, osnovna razlika se ogleda u tome

¹ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2004, 195.

² Božidar S. Marković, *Pravo pobijanja izvan stečaja*, Beograd, 1935, 10.

³ J. Radišić, op. cit., 195.

⁴ U pravnoj teoriji, pored pobijanja pravnih radnji, kao vid mešanja poverilaca u imovinu dužnika pominje se i upotreba dužnikovih zanemarenih prava. Ovaj vid pravne zaštite poverilaca poznat je u francuskom pravu. V. Francuski građanski zakonik (fra: *Code Civil*), Art. 1166.

⁵ Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995, 645.

⁶ Dragiša Slijepčević, Slobodan Spasić, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 2006, 353.

što pobijanje izvan stečaja „ima značaj pojedinačne zaštite interesa“, dok se stečajnim pobijanjem teži „zaštiti svih poverilaca njegovih“.⁷

U tom poduhvatu svakako je nužno poći od pojma pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika. Tako se pravo stečajnog pobijanja definiše kao ovlašćenje poverilaca stečajnog dužnika i stečajnog upravnika, koji istupa u ime stečajnog dužnika odnosno stečajne mase, da osporavaju radnje stečajnog dužnika preduzete pre otvaranja stečajnog postupka, kojima se narušava ravnomerno namirenje, odnosno oštećuju poverioci ili se pojedini poverioci stavljaju u povoljniji položaj, s ciljem da se u odnosu na stečajnu masu poništi njihovo pravno dejstvo, a potom se u nju vrate imovinske koristi stečene iz pobijenih radnji od strane protivnika pobijanja.⁸

Iz pomenute definicije uočljivo je da se svrha pobijanja ne ogleda u nameri da se pravni odnos između stečajnog dužnika i protivnika pobijanja u potpunosti obesnaži, već da se materijalne koristi proistekle iz tog odnosa vrate u stečajnu masu. Pritom, pobijena pravna radnja ostaje punovažna prema svim trećim licima, ali gubi pravnu snagu jedino prema poveriocima stečajnog dužnika.⁹ To je i suštinska razlika instituta pobijanja u odnosu na institute apsolutne i relativne ništavosti, usled čijeg proglašenja pravna radnja ostaje bez dejstva prema svim učesnicima pravnog prometa.

Pod „pravnom radnjom“ koja se pobija, može se podvesti svaki postupak dužnika usled kojeg se njegova imovina u nečiju korist materijalno umanjuje, čime se otežava ili onemogućuje namirenje njegovih poverilaca.¹⁰ Predmet pobijanja prevashodno čine aktivne dužnikove pravne radnje, poput stupanja u određene građanskopravne odnose, bilo jednostrane ili dvostrane. Dakle, pod pojam „pravne radnje“ potpadaju svi akti koji su od značaja za imovinu dužnika, poput ugovora ili jednostranih pravnih poslova.¹¹ Međutim, pobijati se mogu i dužnikova svesna propuštanja očekivanih koristi¹² ili ona koja su dovela do umanjjenja

⁷ Velizar Mitrović, *Stečajno pravo s naročitim osvrtom na srpsko zakonodavstvo*, Beograd, 1926, 73.

⁸ Slično: Tomica Delibašić, *Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika*, Beograd, 1999, 72–73; Mihailo Velimirović, „Ostvarivanje prava pobijanja u stečaju“, *Pravni informator*, br. 7–8, Beograd, 2011, 19; *Priručnik za stečajne upravnike* (ur. Gordana Ilić Popov, Nebojša Jovanović, Jovan Jovanović), Beograd, 2005, 246.

⁹ Dragiša Slijepčević, „Uslovi i način stečajnog pobijanja po Zakonu o stečaju“, *Pravni informator*, br. 4, Beograd, 2010, 30.

¹⁰ S. Perović, op. cit., 650; D. Slijepčević, S. Spasić, op. cit., 354.

¹¹ T. Delibašić, op. cit., 287.

¹² U pravnoj literaturi su prisutna i stanovišta da se ne mogu pobijati pravne radnje kojima je stečajni dužnik odbio mogućnost obogaćenja, odnosno uvećanja svoje imovine. O tome: *Priručnik*

dužnikove imovine.¹³ Nužno je naglasiti da se pobijati mogu i svesna propuštanja pojedinih procesnih radnji, zbog kojih je uzrokovan nepovoljan procesnopравни položaj dužnika, a do čega ne bi došlo da su preduzete osnovne procesne aktivnosti. Na kraju, moguće je pobijati i izvesne dužnikove deliktne radnje prema njegovoj imovini, kojima se na posredan ili neposredan način mogu okoristiti treća lica.

Pretpostavke pobijanja pravnih radnji

Pobijanje pravnih radnji se ne vrši radi sprečavanja bogaćenja protivnika pobijanja. Smisao ustanove pobijanja u stečajnom postupku vidljiv je u težnji da se njome spreči oštećenje poverilaca i očuva princip njihovog ravnomernog namirenja.¹⁴ No, da bi pobijanje bilo moguće, nužno je ostvariti određene opšte i posebne uslove. Određenje ovih uslova proizlazi iz pozitivne stečajne regulative. Otuda, pri razmatranju opštih uslova za pobijanje pravnih radnji, valja poći od samog zakonskog određenja da se pobijati mogu pravne radnje preduzete pre otvaranja stečajnog postupka, kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, ili kojima se pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj.¹⁵ Pobijanje se može vršiti od dana otvaranja stečajnog postupka do dana održavanja ročišta za glavnu deobu.¹⁶

Iz navedene regulative proizlazi da u opšte uslove pobijanja spadaju sledeće okolnosti, čije je ispunjenje nužno: 1) da je otvoren stečajni postupak; 2) da su pravne radnje koje se pobijaju preduzete pre otvaranja stečajnog postupka; 3) da postoji nedovoljnost stečajne mase dužnika za namirenje potraživanja poverilaca;

za stečajne upravnike, op. cit., 259. Ovde se polazi od tvrdnje da se ne može pobijati dužnikova „izjava da se ne prima ponuđenog nasleđa, jer se on ne odriče nečega već pribavljenog, odnosno stečenog, što bi se smatralo njegovim“. Navedeno obrazloženje nije prihvatljivo. Naime, u naslednom pravu Srbije ne postoji mogućnost davanja tzv. „izjave da se dužnik ne prima ili prihvata tuđeg nasleđa. Zaostavština po sili zakona prelazi na ostaviočeve naslednike u trenutku njegove smrti. V. Zakon o nasleđivanju, čl. 212 st. 1. Naslednik se jedino, prema Zakonu o nasleđivanju (čl. 213), može odreći nasleđa izjavom datom pred sudom, nakon čega se smatra da nije ni bio naslednik. Međutim, u tom slučaju radnja odricanja od nasleđa predstavlja aktivnu dužnikovu pravnu radnju. Shodno tome, takva radnja se može pobijati po pravilima pobijanja drugih aktivnih pravnih radnji dužnika. Zbog toga, nema zakonskih smetnji da i pravne radnje kojima se svesno propušta objektivno očekivana korist, mogu biti uspešno pobijane.

¹³ Zakon o stečaju, *Službeni glasnik RS*, br. 104/09... 95/18, čl. 19 st. 2.

¹⁴ T. Delibašić, op. cit., 203.

¹⁵ Zakon o stečaju, čl. 119 st. 1.

¹⁶ Zakon o stečaju, čl. 119 st. 4.

4) da se pravnom radnjom ostvaruju zakonom propisane posledice u odnosu na poverioce stečajnog dužnika; 5) da je pobijanje preduzeto u zakonom propisanom vremenskom okviru.

Pre otvaranja stečajnog postupka ne može biti govora o stečajnom pobijanju. Otuda se kao prva opšta pretpostavka pobijanja nameće potreba da stečajni postupak bude otvoren. To govori da se pravne radnje u stečaju mogu pobijati počev od nastupanja pravnih posledica otvaranja stečaja.¹⁷ No, to ne znači da se postupak pobijanja ne može okončati uspehom pobijača, ukoliko se u toku njegovog trajanja okonča stečajni postupak, bilo zaključenjem ili obustavljanjem nakon potvrđivanja usvajanja plana reorganizacije. U slučaju kada u toku parnice za pobijanje pravnih radnji dođe do deobe stečajne mase i zaključenja stečajnog postupka, eventualna sredstva ostvarena usled uspeha u postupku pobijanja predstavljace naknadno pronađenu imovinu. S druge strane, ukoliko u vreme trajanja parnice za pobijanje dođe do usvajanja plana reorganizacije, samim planom reorganizacije moguće je predvideti posebne mere usmerene ka pobijanju pravnih radnji.¹⁸

Pobijati se mogu samo pravne radnje koje su preduzete pre otvaranja stečajnog postupka. Pritom, nije nužno postojanje vremenske veze između preduzimanja pravne radnje i nastanka potraživanja stečajnih poverilaca.¹⁹ I svaki pravni posao mora biti zaključen pre otvaranja stečajnog postupka da bi se mogao pobijati. Inače, u pogledu vremena zaključenja pravnog posla, pozitivnom stečajnom regulativom je predviđeno da se ima smatrati da je pravni posao zaključen onda kada su ispunjeni uslovi za njegovu pravnosnažnost. Ako je za njegovu pravnosnažnost potreban upis u određenu javnu knjigu ili registar, smatra se da je pravni posao zaključen onda kada je zahtev za upis podnet odgovarajućem organu.²⁰

Valja pomenuti da se pravne radnje u stečaju pobijaju samo ukoliko imovina stečajnog dužnika nije dovoljna za namirenje svih njegovih poverilaca.²¹ Jedino je u tom slučaju moguće pojedine poverioce privilegovati u odnosu na druge ili narušavati ravnomerno namirenje. Ukoliko je imovina stečajnog dužnika dovoljna za namirenje svih poverilaca, potreba za pobijanjem nije izražena. Zbog toga se nedovoljnost imovine stečajnog dužnika nameće kao drugi opšti uslov pobijanja.

¹⁷ Zakon o stečaju, čl. 73 st. 1.

¹⁸ Dragiša Slijepčević (2010), op. cit., 21. Inače, dalje se napominje da se pobijanje može vršiti po pravilima stečajnog pobijanja samo u slučaju reorganizacije u stečaju, a ne i reorganizacije po unapred pripremljenom planu.

¹⁹ T. Delibašić, op. cit., 195.

²⁰ Zakon o stečaju, čl. 127 st. 2.

²¹ D. Slijepčević, S. Spasić, op. cit., 356.

Da bi pobijanje bilo moguće neophodno je da se pravnom radnjom ostvaruju zakonom propisane posledice u odnosu na poverioce. Nužno je da se njome oštećuju poverioci, narušava njihovo ravnomerno namirenje ili da se pojedini poverioci stečajnog dužnika pogoduju. Da bi se postojanje oštećenja utvrdilo potrebno je dokazati da bi poverioci stečajnog dužnika, u slučaju uspeha u postupku pobijanja, došli u bolji materijalnopravni ili formalnopravni položaj.²² Narušavanje ravnomernog namirenja poverilaca postoji kada je jedan od poverilaca stečajnog dužnika, pre momenta otvaranja stečajnog postupka, pobojsnom radnjom uspeo da svoje potraživanje u potpunosti ili delimično namiri na štetu drugih poverilaca. S druge strane, pogodovanje poveriocu nastupa u slučaju kada je pobojsnom radnjom određeno lice, koje u stečajnom postupku ima status poverioca, stavljen u pogodniji položaj u odnosu na druge poverioce.²³

Poslednji opšti uslov pobijanja tiče se vremenskog okvira u kome se stečajno pobijanje može vršiti. Tako je predviđeno da se postupak pobijanja može pokrenuti najranije od dana nastupanja pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka po stečajnog dužnika, dok je kao krajnji rok predviđen dan održavanja ročišta za glavnu deobu.

Uz ispunjenje svih opštih uslova, za pobijanje pravnih radnji u stečaju, neophodno je ispunjenje i makar jednog od propisanih posebnih uslova. U pozitivnoj stečajnoj regulativi definisano je pet posebnih pobojsnih razloga: 1) uobičajeno namirenje; 2) neuobičajeno namirenje; 3) neposredno oštećenje poverilaca; 4) namerno oštećenje poverilaca; 5) poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu.²⁴ Ovi se posebni uslovi dalje mogu klasifikovati u dve grupe. U prvu grupu bi mogli biti svrstani objektivno subjektivni razlozi za pobijanje, odnosno oni koji pored objektivnih činjenica zahtevaju i određeni subjektivni odnos protivnika pobijanja prema pobijanoj radnji. Tu se svrstavaju uobičajeno namirenje,

²² B. S. Marković, op. cit., 84.

²³ Pojedini autori smatraju da se pogodovanje poverilaca ne treba izdvajati od narušavanja ravnomernog namirenja. Tako se pojašnjava da svako pogodovanje podrazumeva i narušavanje ravnomernog namirenja, pa se otuda ono valja podvesti pod pojam narušavanja ravnomernog namirenja. Zbog toga „pogodovanje poverilaca“, kao poseban pojam, u stečajnoj regulativi nije potreban. O tome: Mihajlo Živković, „Pravo pobijanja dužnikovih pravnih radnji“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 340. Međutim, „narušavanje ravnomernog namirenja“ se ne može u potpunosti izjednačiti sa pojmom „pogodovanja poverilaca“. Naime, narušavanje ravnomernog namirenja može uslediti i u situaciji kada određeni poverilac, pobojsnom radnjom u potpunosti namiri svoje potraživanje pre otvaranja stečajnog postupka. Zbog toga on u momentu otvaranja stečajnog postupka nema više status poverioca, pa se tako ne može smatrati „poveriocem“ kome se pogoduje u stečaju u odnosu na druge poverioce.

²⁴ Zakon o stečaju, čl. 120–124.

neposredno oštećenje poverilaca i namerno oštećenje poverilaca. U drugu se grupu svrstavaju samo objektivizirani uslovi, a u koje se ubrajaju neuobičajeno namirenje i poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu.²⁵

Inače, do uobičajenog namirenja ili obezbeđenja dolazi na osnovu radnje kojom se nekom stečajnom poveriocu omogućuje obezbeđenje ili namirenje potraživanja na način i u vreme koje je u skladu sa njegovim pravom.²⁶ Jedino se pobijanje dozvoljava jer je ispunjenje valjano nastale i dospele obaveze usledilo u „nezgodno vreme“.²⁷ To je vreme kraće od šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, a u koje je stečajni dužnik bio nesposoban za plaćanje.²⁸ Međutim, da bi pobijanje u ovoj situaciji bilo moguće, nužno je postojanje određenog subjektivnog odnosa uobičajeno namirenog poverioca prema stečajnom dužniku. Naime, ovaj poverilac u odnosu na pobijanu pravnu radnju uobičajenog namirenja mora pokazati određen stepen nesavesnosti. Nužno je da je on znao ili morao znati da je u vreme uobičajenog namirenja stečajni dužnik bio nesposoban za plaćanje. Stanje takve svesti potrebno je jedino na strani poverioca uobičajenog namirenja, a ne i na strani stečajnog dužnika.²⁹ Kako bi dokazivanje znanja ili skrivljenog neznanja o nesposobnosti plaćanja bilo u praksi olakšano, zakonski je regulisana i pretpostavka postojanja ovog stanja svesti. Tako je propisano da će se znanje ili skrivljeno neznanje o nesposobnosti plaćanja stečajnog dužnika smatrati postojanim, ukoliko je poverilac uobičajenog namirenja znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, naročito ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje trideset dana, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka.³⁰ Pretpostavka znanja o nesposobnosti plaćanja stečajnog dužnika u vreme preduzimanja pobojne radnje, ili o činjenici podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, naročito važi i za lica povezana sa stečajnim dužnikom.³¹

Pod neuobičajenim namirenjem podrazumeva se pravna radnja kojom se određenom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje koje on uopšte nije imao pravo da traži ili je imao pravo da traži ali ne na način i u vreme kada

²⁵ D. Slijepčević, S. Spasić, op. cit., 357.

²⁶ Mihailo Velimirović, *Stečajno pravo*, Novi Sad, 2004, 128.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Zakon o stečaju, čl. 120 st. 1.

²⁹ D. Slijepčević, S. Spasić, op. cit., 364; D. Slijepčević (2010), op. cit., 23.

³⁰ Zakon o stečaju, čl. 120 st. 3.

³¹ Zakon o stečaju, čl. 120 st. 4.

je preduzeto.³² Za ispunjenje ovog posebnog uslova pobijanja nužno je postojanje samo objektiviziranih razloga. Prvi razlog se odnosi na samo namirenje poverioca kao protivnika pobijanja. Potrebno je, dakle, da on bude namiren pravnom radnjom koja ne uživa sudsku zaštitu ili radnjom sa punovažnim pravnim dejstvom, ali je realizacija te radnje usledila „u vreme ili na način koji ne odgovara prirodi ili sadržini tog prava“.³³ Drugi razlog tiče se perioda u kom je neuobičajeno namirenje usledilo. Tako je ispunjenje ovog posebnog uslova moguće jedino ukoliko je radnja neuobičajenog namirenja ili obezbeđenja preduzeta u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.³⁴

Kao poseban uslov pobijanja pravnih radnji reguliše se i utvrđenje činjenice neposrednog oštećenja stečajnih poverilaca.³⁵ Pored dokazivanja postojanja neposrednog oštećenja, kao opšteg uslova, nužno je i ispunjenje alternativno postavljenih preduslova. Prvi preduslov,³⁶ odnosi se na činjenicu da je neposredno oštećenje usledilo radnjom stečajnog dužnika, preduzetom u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, a u vreme zaključenja posla stečajni dužnik je bio nesposoban za plaćanje i ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za njegovu nesposobnost plaćanja. Dakle, ovaj prvi preduslov se sastoji od dva objektivna i jednog subjektivnog elementa. Objektivni njegovi elementi odnose se na vremenski interval preduzimanja pravne radnje od šest meseci pre podnošenja predloga i postojanje nesposobnosti za plaćanje stečajnog dužnika u to vreme. Subjektivni element ovog preduslova odnosi se na postojanje znanja saugovarača stečajnog dužnika o njegovoj nesposobnosti za plaćanje. I u ovom slučaju se znanje nesposobnosti za plaćanje pretpostavlja ukoliko je saugovarač stečajnog dužnika znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje trideset dana, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka, kao i ukoliko je u pitanju lice koje je povezano sa stečajnim dužnikom.³⁷ Drugi alternativno predviđeni preduslov,³⁸ takođe podrazumeva ispunjenje objektivno i subjektivno postavljenog elementa. Objektivni element ovog preduslova odnosi se na nužnost da je pravni posao,

³² Zakon o stečaju, čl. 121.

³³ D. Slijepčević, S. Spasić, op. cit., 369.

³⁴ Zakon o stečaju, čl. 121.

³⁵ Zakon o stečaju, čl. 122.

³⁶ Zakon o stečaju, čl. 122 st. 1 tač. 1.

³⁷ Zakon o stečaju, čl. 12 st. 3.

³⁸ Zakon o stečaju, čl. 122 st. 1 tač. 2.

kojim je usledilo neposredno oštećenje, bio zaključen posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. S druge strane, subjektivan odnos saugovarača prema stečajnom dužniku odnosi se na njegovo znanje ili skrivljeno neznanje, kao i pretpostavljeno znanje,³⁹ da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka. Treći preduslov,⁴⁰ se sastoji samo iz objektiviziranih elemenata. Za njegovo ispunjenje nužno je dokazati da je do neposrednog oštećenja poverilaca došlo radnjom preduzetom od stečajnog dužnika ili propuštanjem preduzimanja radnje stečajnog dužnika, a kojom on gubi neko svoje pravo ili zbog koje on to pravo više ne može ostvariti. Pritom, kao drugi objektivni element ovog preduslova, čije je postojanje nužno, odnosi se na potrebu da je pomenuta radnja preduzeta ili propuštena u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Tek po ispunjenju jednog od pomenuta tri preduslova, a potom i dokazivanja opšteg uslova neposrednog oštećenja, odnosno postojanja radnje kojom se poverioci neposredno oštećuju, moguće je ostvariti uspeh u pobijanju pravnih radnji s pozivom na opisani posebni zakonski uslov za pobijanje.

Razmatranje namernog oštećenja poverilaca kao posebnog uslova za pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika zahteva posebnu pažnju. Ne samo da je u pitanju najstariji oblik pobojne tužbe,⁴¹ već je, u primeni prava, pozivanje na ovaj posebni pobojni razlog, često zastupljeno u praksi. Razlozi učestalosti pozivanja na ovaj pobojni razlog prevashodno leže u činjenici da se njime dozvoljava najveća vremenska distanca u okviru koje je dozvoljeno pobijanje. Naime, zbog namernog oštećenja poverilaca moguće je pobijanje pravnih radnji preduzetih u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili nakon toga.⁴² Međutim, pomenuta učestalost pozivanja na navedeni pobojni razlog nije praćena adekvatnom srazmerom u ostvarivanju uspeha u postupcima pobijanja. Naprotiv, pozivanje na ovaj pobojni razlog često rezultira neuspehom u sudskom postupku, a sve zbog brojnih poteškoća u njegovom dokazivanju. Prvenstveno valja ukazati na to da značajna vremenska udaljenost perioda zaključenja pobijane pravne radnje od momenta otpočinjanja postupka pobijanja, po prirodi stvari, otežava dokazivanje ovog pobojnog razloga. No, to nije jedina otežavajuća okolnost. Suštinski, problem leži u samim činjeničnim pretpostavkama koje moraju biti ispunjene da bi pobijanje uz pozivanje na ovaj pobojni razlog uopšte bilo moguće.

³⁹ Zakon o stečaju, čl. 122 st. 3.

⁴⁰ Zakon o stečaju, čl. 12 st. 1 tač. 3.

⁴¹ T. Delibašić, op. cit., 209.

⁴² Zakon o stečaju, čl. 123 st. 1.

Ove činjenične pretpostavke su objektivne i subjektivne prirode. U objektivne, pored već pomenute nužnosti da je pravna radnja preduzeta u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, odnosno pre momenta njegovog otvaranja, spada i obaveza dokazivanja postojanja štete nastale pobijanom radnjom po jednog ili više poverilaca. Subjektivne činjenične pretpostavke čini, s jedne strane, potreba dokazivanja namere stečajnog dužnika da oštetiti jednog ili više poverilaca pobijanom pravnom radnjom, dok, s druge strane, nju čini i nužnost utvrđivanja činjenice da je saugovarač stečajnog dužnika, u tom pobijanom poslu ili pravnoj radnji, znao za navedenu nameru stečajnog dužnika. Upravo su opisane subjektivne činjenične pretpostavke, u praktičnoj primeni prava, izuzetno teško dokazive. Čak i ukoliko se dokaže postojanje namere oštećenja poverilaca od strane stečajnog dužnika, kao njegovog psihičkog odnosa prema poveriocima u vremenu preduzimanja pobijane radnje, obaveza istovremenog znanja njegovog saugovarača za ovu nameru, čini postupak dokazivanja ovog pobjnog razloga krajnje složenim.⁴³

U stečajnoj regulativi kao poseban uslov pobijanja bilo je predviđeno i raspolaganje uz naknadu ili uz neznatnu naknadu.⁴⁴ Međutim, od izmena Zakona o stečaju 2017. on dalje ne egzistira kao samostalan pobjni uslov, već je prisjedinjen

⁴³ Ovdje je važno naglasiti da u brojnim primerima u primeni prava, čak i nakon utvrđenja očigledne namere stečajnog dužnika da preduzetom pravnom radnjom oštetiti poverioce, pobijanje pravnih radnji nije dozvoljeno po osnovu razloga namernog oštećenja poverilaca, uz obrazloženje da nije dokazano znanje njegovog saugovarača o ovoj nameri stečajnog dužnika. Naročito je zanimljivo pomenuti već ustaljeno stanovište sudova da u učestalim primerima opterećivanja imovine zavisnih društava prema bankama, zarad obezbeđenja njihovog kreditnog potraživanja prema matičnom društvu (bilo zasnivanjem zaloge na imovini zavisnog društva, preuzimanjem dugova matičnog društva od strane zavisnog, pristupanjem, a uz posedovanje informacija banaka o očiglednoj kreditnoj nesposobnosti zavisnih društava (na osnovu urednih podataka Kreditnog biroa), potom učestaloj nesposobnosti plaćanja (na osnovu javno dostupnih izveštaja Narodne banke Srbije o stanju poslovnih računa) i nepostojanju ikakve koristi po zavisna društva od ovog vida opterećenja njihove imovine (utvrđenom na osnovu nalaza i mišljenja veštaka ekonomsko-finansijske struke obavljene u složenom postupku veštačenja ekonomsko-finansijskih tokova svih povezanih lica), ne postoji „znanje banke o nameri zavisnog društva kao stečajnog dužnika, da ovim opterećenjem svoje imovine oštetiti svoje poverioce“. Primeri: Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 2137/12 od 18. aprila 2013. godine; Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 1769/14 od 27. jula 2015. godine; Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 7527/14 od 30. juna 2016. godine; Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Prev. 23/2015 od 15. septembra 2015. godine.

⁴⁴ Ipak, postoji intencija izražena kod srpskih zakonopisaca da se „poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu“ ne smatraju više posebnim razlogom za pobijanje, već da se u određenoj meri ovakvo postupanje podvede pod namerno oštećenje poverilaca. V. Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Zakona o stečaju iz oktobra 2016. godine, čl. 25. Dostupno na: www.privreda.gov.rs, 20. 10. 2016.

namernom oštećenju poverilaca. Ipak, zbog njegovog značaja, kako sa uporedno-pravnog i istorijskopravnog stanovišta, tako i sa stanovišta savremenih potreba prakse, biće mu posvećeno nekoliko reči kao samostalnom uslovu. Ovakvim prikazom je moguće ukazati i na negativnu stranu menjanja zakona u pravcu eliminisanja ovog značajnog pobojnog uslova, kao samostalnog. Naime, ovaj uslov je bio zasnovan na objektivnim pretpostavkama. Prva se pretpostavka odnosila na vreme preduzimanja pravne radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu. Tako se ove radnje mogu pobijati samo ukoliko su preduzete u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Druga se pretpostavka tiče neadekvatne naknade za preduzetu pravnu radnju stečajnog dužnika. Tako se pobijati može pravna radnja koja nije praćena ikakvom naknadom, kao i ona koja je samo neznatna. Ovde se nameće potreba za definisanjem pravne radnje bez naknade, kao i one uz neznatnu naknadu. Pod pravnom radnjom bez naknade obuhvataju se „sve pravne radnje stečajnog dužnika kojima umanjuje sopstvenu imovinu u korist drugog lica, pri čemu zauzvrat ne dobija niti treba da dobije neku protivvrednost“.⁴⁵ Pod ove radnje se mogu svrstati raznolike jednostrane i dvostrane pravne radnje. Tipične jednostrane dobročine pravne radnje čine otpust duga, derelikcija, javno obećanje nagrade.⁴⁶ Stečajna regulativa posebnu pažnju posvećuje pojedinim procesnim činidbama, odnosno propuštanjima, a koje se podrazumevaju radnjama bez naknade. Tako se pravnom radnjom bez naknade naročito smatra propuštanje ulaganja žalbe, prigovora, odgovora na tužbu ili izostanak sa ročišta, ako je saugovarač stečajnog dužnika od takvog propuštanja stekao određenu imovinsku korist.⁴⁷ Takođe se i odricanje od nasleđstva sa aspekta stečajne regulative smatra radnjom bez naknade.⁴⁸ S druge strane, i dvostrane pravne radnje mogu biti bez naknade. Ovde se na prvom mestu nameće zaključenje ugovora o poklonu, potom kupovina očigledno nenaplativog potraživanja, naknade isplaćene članovima uprave bez pravnog osnova i sl.⁴⁹ Posebnu pažnju u pravnoj literaturi izaziva tvrdnja da „ispunjenje, preuzimanje ili obezbeđenje tuđeg duga, bez dobijanja protivvrednosti, predstavlja dobročinu pravnu radnju“.⁵⁰ Navedeno stanovište je izloženo oštroj kritici od strane pojedinih pravnih pisaca, naročito u raspravi o „teretnosti“

⁴⁵ Vuk Radović, „Pobijanje pravne radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu u stečajnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2013, 79.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Zakon o stečaju, čl. 124 st. 2.

⁴⁸ Zakon o stečaju, čl. 124 st. 3.

⁴⁹ V. Radović (2013), op. cit., 80–81.

⁵⁰ *Ibidem*.

ugovora o jemstvu u privredi.⁵¹ No, ovako žustra kritika,⁵² nije utemeljena na realnim pravnim osnovama. Naime, svojim pravim umećem, zastupnici drugačijeg pravnog viđenja od napred pomenutog, pri razmatranju „teretnosti“ ugovora o jemstvu, pažljivo analiziraju složenu ustanovu jemstva. Tako ovu pravnu ustanovu tumače kao trostrani odnos, između jemca i poverioca (ugovor o jemstvu), potom jemca i dužnika (ugovor o jemčenju) i između poverioca i dužnika, „koji je po pravilu, ali ne i nužno ugovorni, kojim je određeno potraživanje za koje se jemči“.⁵³ Potom, na osnovu iznetog tumačenja, zaključuje se da „ubedljivo deluje pretpostavka da jemac ugovor o jemstvu zaključuje računajući da će subrogacijom u prava poverioca dobiti od dužnika ono šta je za njega platio. To je naročito naglašeno kod jemstva za potraživanja iz komercijalnih ugovora, a kod njih se jedino postavlja pitanje ove kvalifikacije s obzirom na mogućnost pobijanja u stečaju“.⁵⁴ Međutim, nakon konstatacije da je „teško zamislivo da komercijalna pravna lica zaključuju ovaj ugovor kao prijateljsku uslugu jemca dužniku“,⁵⁵ ipak je ostavljena rezerva da je takva činjenična situacija moguća „kada se radi o povezanim licima“.⁵⁶ Čak je i u krajnjoj oceni, po kojoj je načelno ustanovljeno da ugovor o jemstvu predstavlja teretan posao, potvrđeno da će jemstvo „biti dobročino ako se u odnosu između jemca i dužnika može utvrditi namera darežljivosti (lat. *intentio liberalis*), kada je jemstvo prihvaćeno kao prijateljska usluga dužniku, kod koje jemac često olako drži da neće biti pozvan na plaćanje“.⁵⁷ Sledstveno navedenom, moguće je zaključiti da je zapravo ispravna tvrdnja da svako „... obezbeđenje tuđeg duga, bez dobijanja protivvrednosti...“⁵⁸, dakle uz postojanje

⁵¹ Dragor Hiber, „Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2015, 68; Mihajlo Živković, „Jemstvo u privredi i mogućnost pobijanja ovog pravnog posla na osnovu člana 124. Zakona o stečaju“, *Pravni informator*, br. 9, Beograd, 2015, 20–29; M. Živković (2016), op. cit., 418–419.

⁵² D. Hiber, op. cit., 68. Navedeni autor u svom radu prevashodno pogrešno navodi da je „Vuk Radović izneo stav da je ugovor o jemstvu dobročin“. Međutim, Vuk Radović je, razmatrajući pravne radnje bez naknade, u svom radu, na uopšten način, istakao da „ispunjenje, preuzimanje ili obezbeđenje tuđeg duga, bez dobijanja protivvrednosti, predstavlja dobročinu pravnu radnju“ (v. V. Radović (2013), op. cit., 80–81). To znači da je samo na posredan način, nikako ne izričito, učinio mogućim da, između ostalih sredstava obezbeđenja, i ugovor o jemstvu bude okarakterisan kao pravni posao ili pravna radnja bez naknade.

⁵³ D. Hiber, op. cit., 62–63.

⁵⁴ *Ibidem*, 72.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ D. Hiber, op. cit., 73.

⁵⁸ V. Radović (2013), op. cit., 80–81.

„namere darežljivosti“, predstavlja dobročinu pravnu radnju. Mogućnost njenog pobijanja naročito postaje aktuelna u slučaju „darežljivog“ obezbeđenja kreditnog duga matičnog društva od strane zavisnih društava.⁵⁹

Sve navedeno, kao opšta pravna razmena mišljenja i stavova najuglednijih poklonika stečajnog prava, zasnovana na argumentaciji za i protiv „teretnosti“ ugovora o jemstvu, preuzimanju duga i pristupu dugu u privredi, okončana je izmenama zakonskog teksta u 2017. godini, kada je odredba čl. 124 Zakona o stečaju koja reguliše ovaj pobojni razlog izbrisana, a isti je prisjedinen uslovu namernog oštećenja, gde je načelno potrebno dokazivati postojanje zajedničke namere oštećenja poverilaca prilikom preduzimanja pobojne radnje. Ovakav pristup je naišao na brojne kritike kako naučne, tako i stručne javnosti.

⁵⁹ Ovde je nužno ukazati da koren navedene pravne problematike zapravo potiče iz aktuelne primene prava. Spornost navedenog pitanja proistekla je iz učestalih sudskih sporova povodom pobijanja pravnih radnji zavisnih društava – u stečaju, putem kojih su, na različite načine (ugovorima o jemstvu, pristupanjem dugu, preuzimanjem duga i sl.), obezbeđivali kreditna zaduženja matičnog društva. Vrednost ovih sporova izuzetno je velika. Prvobitno stanovište Privrednog apelacionog suda u ovim sporovima, bilo je zasnovano na tvrdnji da ugovor o jemstvu u privredi može biti dobročin, pa ga je otuda moguće pobijati kao pravnu radnju bez naknade. (izneto u: *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 4/2014, Privredni apelacioni sud, Beograd, 2014, 227–228.) Međutim, docnije je, u sudskim odlukama, prvobitno zauzeti stav značajno promenjen (v. Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 2137/12 od 18. aprila 2013. godine; Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 1769/14 od 27. jula 2015. godine; Presuda Privrednog apelacionog suda Pž. 7527/14 od 30. juna 2016. godine). Tako su u pomenutim odlukama suda odbijeni kao neosnovani tužbeni zahtevi za pobijanje pravnih radnji zavisnih društava, kojima su obezbeđivana kreditna zaduženja matičnog društva, uz obrazloženje da jemstva data od strane privrednih subjekata ne mogu biti tumačena kao radnje bez naknade. Ovakvo obrazloženje suda opredeljeno je čak i u situacijama kada je bilo očigledno da zavisno društvo „davanjem obezbeđenja“ ili iz same vrednosti koju je matično društvo ostvarilo kreditnim zaduženjem, nije ostvarivalo nikakvu korist (npr. složenim ekonomsko-finansijskim veštačenjem celokupnog poslovnog odnosa čitavog sistema povezanih lica ustanovljeno je nepostojanje ikakve koristi zavisnog društva od kreditnog zaduženja matičnog društva; izostanak koristi zavisnih društava jasno proizlazi i iz izjava članova upravnog i izvršnog odbora, saslušanih u svojstvu svedoka, a koji su bili izričiti u tvrdnji da, pri odobravanju sredstava obezbeđenja zarad kredita koji je ostvarilo matično društvo, rukovodioci zavisnog društva nisu vodili računa o interesima zavisnog društva, već su bili primorani da isključivo postupaju po nalogima vlasnika matičnog društva a koji je istovremeno bio i kontrolni član čitavog sistema povezanih lica). Simptomatično je i da je nakon prvobitno zauzetog stanovišta Privrednog apelacionog suda (po kojem je bilo ocenjeno da ugovor o jemstvu u privredi može biti pravni posao bez naknade), usledila čitava kampanja, prevashodno od poslovnih banaka, čije je angažovanje i razumljivo, s obzirom na to da, one najpre, a možda kod nas i isključivo, brinu o svojim ekonomskim interesima. Međutim, ono što naročito zabrinjava jeste da se ovaj uticaj ostvaruje beskompromisno, kroz razne formalne i neformalne strukture. Otuda je posebno važna uloga sudova, u ovom slučaju privrednih, koji nikako ne smeju pokleknuti pred ovim, sve jačim i uticajnijim pritiscima raznih centara moći, formalnih i neformalnih, već da se njima moraju odupreti, vodeći se isključivo načelima pravde i pravičnosti.

Inače, uz iznete radnje bez naknade, predmet pobijanja mogu biti i pravne radnje stečajnog dužnika kojima se umanjuje vrednost njegove imovine u korist drugog lica, a zauzvrat se dobija samo neznatna vrednost. Ovde znatne poteškoće stvara pitanje koja je to vrednost neznatna i na koji način je utvrditi.⁶⁰ Odgovor na ova sporna pitanja daće jedino sud, pri čemu će u svakom konkretnom slučaju „proceniti sve okolnosti pod kojima je ovakvo raspolaganje izvršeno i saglasno tome odlučiti da li konkretna radnja raspolaganja uz neznatnu naknadu može biti predmet pobijanja“.⁶¹ Pritom, pri svakoj proceni treba imati u vidu da je reč o objektivnom standardu, pa su subjektivne okolnosti (lični stavovi, mišljenja, lične procene, eventualna zabluda dužnika i trećeg lica) pravno irelevantne.⁶²

Na kraju, od načelnog pristupa da sve pravne radnje mogu biti predmet pobijanja, u stečajnoj regulativi predviđen je izuzetak. Tako se ne mogu pobijati pravne radnje: preduzete radi izvršenja usvojenog plana reorganizacije; preduzete nakon otvaranja stečajnog postupka; radnje preduzete radi nastavljanja poslova preduzetih posle otvaranja stečajnog postupka; pravne radnje preduzete radi isplate po menicama ili čekovima, ako je druga strana morala primiti isplatu da ne bi izgubila pravo na regres protiv ostalih meničnih odnosno čekovnih obveznika; pravne radnje koje se smatraju uobičajenim, odnosno neuobičajenim namirenjem, ako je stečajni dužnik istovremeno ili u kratkom vremenu pre ili nakon preduzete pravne radnje primio jednaku vrednost u vidu protivnaknade od poverioca ili drugog lica, za čiji račun je preduzeta pravna radnja; pravne radnje koje predstavljaju uobičajeno ili neuobičajeno namirenje poverilaca, odnosno kojim se poverioci neposredno oštećuju, ako su preduzete pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, ili na osnovu okvirnog ugovora definisanog u okviru stečajne regulative, kao i ako su preduzete u skladu sa uobičajenom poslovnom praksom za izvršavanje ugovora takve vrste.⁶³

Način i dejstvo pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika

Pravne radnje stečajnog dužnika mogu pobijati poverioci i stečajni upravnik, u ime i za račun stečajnog dužnika odnosno stečajne mase.⁶⁴ Oni to mogu činiti

⁶⁰ United Nation Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2005, 143.

⁶¹ D. Slijepčević, S. Spasić, op. cit., 376.

⁶² V. Radovic (2013), op. cit., 85.

⁶³ Zakon o stečaju, čl. 126.

⁶⁴ Zakon o stečaju, čl. 129 st. 1.

tužbom ili prigovorom i protivtužbom u već otpočetoj parnici.⁶⁵ Tužba se podnosi protiv lica prema kome je preduzeta pobijana pravna radnja, kao i protiv stečajnog dužnika, ukoliko on nije tužilac.⁶⁶ Podnošenje tužbe za poverioce predstavlja pravno ovlašćenje, dok na strani stečajnog upravnika postoji obaveza njenog podnošenja uvek kada oceni ispunjenost uslova za pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika. Za podnošenje pobjojne tužbe stečajnom upravniku nije nužna saglasnost odbora poverilaca.⁶⁷ Cilj podnošenja tužbe nije usmeren ka sprovođenju sankcije prema pasivno legitimisanim licima, već da se koristi ostvarene putem pobijane pravne radnje vrate u stečajnu masu. Zbog toga se tužbeni zahtev opredeljuje tako što se u jednom delu zahteva deklaracija da je napadnuti posao bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi, dok se u drugom delu zahteva da se protivnik pobijanja obaveže da u stečajnu masu vrati svu imovinsku korist koju je stekao na osnovu pobijenog pravnog posla.⁶⁸ Ukoliko imovinska korist u vreme pobijanja još uvek nije izašla iz stečajne mase na osnovu pobijane pravne radnje, biće dovoljno opredeliti deklarativnu tužbu kojom bi se samo oduzeo učinak pobijanoj pravnoj radnji.⁶⁹

Iz navedenog proizlazi da se dejstvo pobijanja sastoji u tome da ukoliko pobjojni zahtev bude pravnosnažno usvojen, pobijena pravna radnja neće imati dejstvo prema stečajnoj masi stečajnog dužnika. To znači da pobijena pravna radnja ostaje punovažna prema trećim licima, ali jedino prema stečajnoj masi, odnosno poveriocima stečajnog dužnika, neće proizvoditi pravno dejstvo. Protivnik pobijanja će tada biti u obavezi da u stečajnu masu dužnika vrati svu imovinsku korist koju je na osnovu pobijene pravne radnje stekao.⁷⁰ Ukoliko je stvar koju je protivnik pobijanja stekao na osnovu preduzete pobjojne pravne radnje propala, ne postoji smetnja da se pobjojnom tužbom traži vraćanje adekvatne novčane protivvrednosti.⁷¹

Nakon što protivnik pobijanja vrati imovinsku korist stečenu pobijenom pravnom radnjom u stečajnu masu stečajnog dužnika, ima pravo da ostvaruje svoje protivpotraživanje kao stečajni poverilac, podnošenjem naknadne prijave potraživanja.⁷²

⁶⁵ Zakon o stečaju, čl. 128.

⁶⁶ *Priručnik za stečajne upravnike*, op. cit., 264.

⁶⁷ Zakon o stečaju, čl. 129 st. 1.

⁶⁸ Franc Cimerman, Jasminka Obućina, Ivan Milovanović, *Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika*, Beograd, 2015, 37.

⁶⁹ T. Delibašić, op. cit., 234–235.

⁷⁰ Zakon o stečaju, čl. 131.

⁷¹ F. Cimerman, J. Obućina, I. Milovanović, op. cit., 158–159.

⁷² Zakon o stečaju, 130 st. 2.

Ovde se javlja dilema povodom roka do kog se ova naknadna prijava može podneti. Nekako u primeni prava dominira stanovište da se ova naknadna prijava može najdocnije podneti do donošenja rešenja za glavnu deobu.⁷³ Takvo rešenje neće izazivati dileme u slučaju da parnica povodom pobijanja pravnih radnji bude okončana pre pomenutog momenta. Međutim, može se desiti da se parnica povodom pobijanja pravnih radnji može okončati i nakon ovog momenta. U tom slučaju navedeno rešenje nije prihvatljivo. Možda je prikladnije rešenje kojim bi stečajni upravnik, prilikom sastavljanja nacрта za glavnu deobu, uzeo u obzir eventualna sredstva koja mogu pripasti protivniku pobijanja u slučaju da naknadno prijavi potraživanje po izvršenom vraćanju imovinske koristi stečene pobijenom pravnom radnjom, i ista rezervište srazmerno planiranom procentu namirenja drugih stečajnih poverilaca istovetnog isplatnog reda. Na taj način bi protivniku pobijanja bilo omogućeno da i u periodu nakon deobe stečajne mase podnese naknadnu prijavu potraživanja i ostvari naplatu svog potraživanja kao stečajni poverilac, a s druge strane bi stečajni postupak mogao biti okončan i pre okončanja parnice za pobijanje pravnih radnji.

KOMPAJNIJSKE TUŽBE U STEČAJNOM POSTUPKU

Uopšteno o kompanijskim tužbama u stečajnom pravu

Otvaranje stečajnog postupka ima za posledicu, između ostalog, i prestanak zastupničkih prava dotadašnjih direktora, odnosno članova organa upravljanja i njihov prelazak na stečajnog upravnika.⁷⁴ Ta posledica najčešće u praksi u potpunosti usmerava učesnike stečajnog postupka na primenu isključivo stečajnih propisa, uz potpuno zanemarivanje odredaba Zakona o privrednim društvima.

Sve to je uzrokovalo situaciju da se nakon otvaranja stečajnog postupka u odnosu na privredno društvo uopšte ne podnose tužbe koje Zakon o privrednim društvima ustanovljava u cilju zaštite poverilaca privrednog društva. Ovde se prevažodno misli na podnošenje tužbi poverilaca za probijanje pravne ličnosti, kao i tužbi radi utvrđivanja odgovornosti za povredu tzv. „posebnih dužnosti prema društvu, a koje su najčešće i dovele do njegove insolventnosti i samog stečaja.

U tom smislu, potrebno je naglasiti da otvaranje stečajnog postupka ni u jednom delu ne uskraćuje poverioce, pa i samog stečajnog upravnika, da posegnu za instrumentima zaštite koje propisuje Zakon o privrednim društvima.

⁷³ M. Živković, op. cit., 488.

⁷⁴ Zakon o stečaju, čl. 74.

Otuda će u ovom delu rada, prevashodno u cilju upoznavanja učesnika stečajnog postupka sa ovim instrumentima zaštite, u opštim naznakama biti izloženo nekoliko kompanijskih tužbi, koje mogu potencijalno imati za posledicu povoljnije namirenje poverilaca u stečajnom postupku.

Tužba za probijanje pravne ličnosti

Koncept ograničene odgovornosti za obaveze društva, karatkerističan za društva kapitala (društvo sa ograničenom odgovornošću i akcionarsko društvo), odlikuje stvaranje „zida“ ili „pravnog vela“ privrednog društva u odnosu na njegove poverioce. Međutim, taj „zid“ koji odvaja odgovornost članova za obaveze društva, ne sme biti bezuslovno neprobojan. Naprotiv, ukoliko se ispostavi da limitna funkcija privrednog društva nije usmerena na ostvarivanje njegovih osnovnih ciljeva, već joj je svrha da bude paravan za zloupotrebu prava, „zidine“ će popustiti, odnosno, drukčije rečeno, biće probijene. Tada limitna funkcija privrednog društva biva zanemarena i dolazi do prodora kroz pravnu ličnost sve do članova društva, u cilju otklanjanja posledica proisteklih zbog učinjene zloupotrebe.⁷⁵ Upravo ta situacija se u kompanijskom pravu podvodi pod pojam probijanja pravne ličnosti.

Posmatrano u užem smislu probijanje pravne ličnosti ne predstavlja ništa drugo do individualnu, neograničenu odgovornost člana društva zbog zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze privrednog društva. Posledica zloupotrebe navedenog pravila ogleda se u činjenici da član društva neograničeno odgovara svojom imovinom za obaveze koje je privredno društvo preuzelo u svoje ime. U slučaju uspeha u sporu povodom probijanja pravne ličnosti poveriocima se omogućava da od člana društva, odnosno njegove lične imovine, izdejstvuju naplatu potraživanja nastalog prema privrednom društvu.

Nasuprot ranijim izvorima kompanijskog prava, u Zakonu o privrednim društvima iz 2011. godine, prepoznata je nužnost za detaljnijim regulisanjem instituta probijanja pravne ličnosti i širenjem granica njegove primene. U tom cilju propisano je, poput opšte sankcije, da će svaki član koji po slovu zakona ograničeno odgovara za obaveze društva do vrednosti uloga u njemu, biti odgovoran za obaveze društva ukoliko zloupotrebi pravilo o ograničenoj odgovornosti.⁷⁶ Tako je zloupotreba pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze društva definisana kao

⁷⁵ Marko Radović, „Probijanje pravne ličnosti u kompanijskom pravu“, *Zbornik radova: Radni odnosi, naknada štete i izvršenje*, Beograd, Glosarijum, 2022, 108–140.

⁷⁶ Zakon o privrednim društvima (ZOPD 2011), *Službeni glasnik RS*, br. 36/11 ... 109/21, čl. 18 st. 1.

opšti osnov za primenu instituta probijanja. Radi lakšeg dokazivanja zloupotrebe ovog pravila, u vidu tipičnih primera, *exempli causa*, definisane su i četiri situacije čije postojanje podrazumeva da zloupotreba postoji. Situacije u kojima se smatra da član društva kapitala odgovara neograničeno solidarno za obaveze društva jesu sledeće: 1) ako upotrebi društvo za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen; 2) ako koristi imovinu društva ili njome raspolaže kao da je njegova lična imovina; 3) ako koristi društvo ili njegovu imovinu u cilju oštećenja poverilaca; 4) ako radi sticanja koristi za sebe ili treća lica umanju imovinu društva, iako je znao ili morao znati da društvo neće moći da izvršava svoje obaveze.⁷⁷ Opisani primeri, dakle, predstavljaju tipične situacije koje zasigurno vode primeni instituta probijanja. Međutim, one ne predstavljaju krajnje granice njegove primene. Zakonodavac, opštom normom o zabrani zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti dozvoljava da se prepoznaju i spreče svi vidovi zloupotrebe ovog pravila, iako nisu na izričit način predviđeni zakonskom normom. Ova opšta formulacija omogućava da se, uz odvažnu ali i naročito stručnu primenu prava, prepozna i spreči svaki vid činjenja ili nečinjenja, koji predstavlja zloupotrebu osnovne svrhe pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze društva.

Dakle, ukoliko se utvrdi postojanje zloupotrebe, poverilac društva može podneti tužbu protiv lica čija je odgovornost za obaveze društva ograničena do visine njegovog uloga, u roku od šest meseci od dana saznanja za zloupotrebu, a najkasnije u roku od pet godina od dana zloupotrebe.⁷⁸ Propisivanjem objektivnog roka se prvenstveno štite poverioci, jer se njime uzima u obzir da je poverilac društva, zloupotrebom izvršenom od odgovornog lica, nevoljno sprečen da svoje potraživanje naplati od društva. Otuda mu se pruža mogućnost da, poput oštećenog lica, podnese tužbu najkasnije u roku od pet godina od dana zloupotrebe. S druge strane, subjektivnim rokom se, zarad pravne sigurnosti, utvrđuje zainteresovanost poverioca za svoje potraživanje i njegova namera da isto naplati sprečavanjem zloupotrebe pravila o ograničenoj odgovornosti učinjenoj od odgovornih lica.

Ono što je od posebne važnosti za predmetni rad jeste da otvaranje stečajnog postupka ne uskraćuje pravo poveriocu da posegne za ovim instrumentom zaštite i da podnošenjem tužbe za probijanje pravne ličnosti ostvari naplatu svog potraživanja od osnivača, odnosno člana društva. Naprotiv. Poveriocu se pruža mogućnost da kroz paralelnu primenu stečajnih i kompanijskih propisa svoje potraživanje ostvaruje kako od privrednog društva u stečaju, tako i od osnivača, odn. člana koji

⁷⁷ ZOPD (2011), čl. 18 st. 2.

⁷⁸ ZOPD (2011), čl. 18 st. 3.

je zloupotrebio pravilo o ograničenoj odgovornosti. Naravno, poverilac je ovu tužbu dužan da podnese u rokovima propisanim Zakonom o privrednim društvima.

TUŽBE ZA POVREDU TZV. POSEBNIH DUŽNOSTI

Ukratko o „dužnosti lojalnosti“

Od više jezičkih definicija lojalnosti, jedna je najupečatljivija, kojom se lojalnost definiše kao dobrovoljno, praktično i temeljno posvećivanje osobe objektu njene lojalnosti.⁷⁹ Međutim, da bi ova definicija bila pravno relevantna, nju svakako mora pratiti određena pravna obaveza. U tom smislu Zakon o privrednim društvima definiše obavezu lojalnosti određenih lica prema privrednom društvu. Ovo iz razloga što lica angažovana u društvu moraju biti priklonjena prioritetno interesima samog društva. Priklanjanjem ličnih interesa pojedinaca prvenstvenim interesima privrednog društva, manifestuje se osnovna odlika privrednog društva kao pravnog lica, odnosno samostalnog subjekta prava. Da ta lična obaveza bude još i naglašenija, zakonodavac se priklanja pojmu „dužnosti“ a ne „obaveze“ lojalnosti prema društvu, koja ipak nije najprikkladnija za obligacionopravne odnose.

U kompanijskom pravu dužnost lojalnosti upućuje na fiducijarnu (posebnu) dužnost lojalnosti prema društvu, koju krug lica određen zakonom ima prema privrednom društvu i/ili članovima društva, akcionarima, poveriocima i društvu uopšte.⁸⁰

Logika ustanovljavanja dužnosti lojalnosti prema društvu je sasvim prosta. Društvo se osniva isključivo u cilju sticanja dobiti. U tom smislu, lica koja osnivaju društvo ili njime upravljaju, takođe imaju sopstvene ekonomske interese. Međutim, kako lični interesi ovih lica ne bi nadvladali interese samog društva, koje je ne samo nosilac prava, već i obaveza prema trećim licima (poveriocima), pa tako ugrozili posredno i interese društva, oni su dužni da budu lojalni prema društvu. Na taj način se i poveriocima uliva sigurnost da saradnja sa privrednim društvom neće biti podvrgnuta interesima njegovih članova odnosno upravljača, pa tako i njihova potraživanja biti ugrožena. Takav pristup bi bio poguban ne samo po tog poverioca, nego i po privredno društvo, a u krajnjem i po pravnu sigurnost i interes društva u celini.

⁷⁹ Borko Mihajlović, „Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2018, 9, upućuje na: Josiah Royce, *The Philosophy of Loyalty*, Cambridge, Massachusetts, 1908, VII.

⁸⁰ Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo (Pravo privrednih društava)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, 133.

Inače, dužnost lojalnosti, kao takva, tretira se kao pravni transplant anglo-saksonskog prava. Međutim, ukoliko se sagleda suština ovog pojma, ova dužnost je u našim obligacionim odnosima duboko i tradicionalno ukorenjena kroz načelo savesnosti i poštenja. Otuda se može reći da je ovo načelo u okvirima kompanijskog prava samo dodatno precizirano i usmereno na svrhu funkcionisanja privrednih društava. Tako se i kao zaključak nameće da odnos između načela savesnosti i poštenja i dužnosti lojalnosti nesumnjivo predstavlja odnos između opšteg i posebnog.⁸¹

Pomenuta posebnost se inače manifestuje kroz pojavne oblike dužnosti lojalnosti, posebno prepoznate Zakonom o privrednim društvima. Tako se lojalnost članova društva izražava kroz dužnost prijavljivanja poslova u kojima postoji lični interes, dužnost izbegavanja sukoba interesa, dužnost čuvanja poslovne tajne, dužnost poštovanja zabrane konkurencije. Takođe, pomenutim zakonom definisan je i krug lica koja su dužna da poštuju navedene dužnosti. U pitanju su ortaci i komplementari u ortačkim i komanditnim društvima, članovi i akcionari u društvima kapitala sa značajnim učešćem i/ili kontrolnim uticajem, direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi, likvidacioni upravnik, kao i druga lica koja su definisana osnivačkim aktom ili statutom kao lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu.⁸²

Nepoštovanje dužnosti lojalnosti prema društvu, kao i dužnosti pažnje, uzrokuje određenu odgovornost, propisanu zakonom. Ova odgovornost se upravo utvrđuje podnošenjem tužbe sudu, a zakonodavac ih definiše kao tužbu za povredu dužnosti pažnje, tužba zbog povrede pravila o odobravanju poslova u kojima postoji lični interes, tužba zbog izbegavanja sukoba interesa, tužba zbog povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne, tužba zbog povrede pravila o zabrani konkurencije i sl.

Sve ove tužbe se mogu podneti u zakonom propisanim rokovima. Zakonom o privrednim društvima propisan je subjektivni rok od šest meseci, i objektivni rok od pet godina. Međutim, ono što je od posebne važnosti jeste da nastupanje posledica otvaranja stečajnog postupka prema privrednom društvu ne predstavlja pravnu smetnju za njihovo podnošenje. Naprotiv, upravo otvaranje stečajnog postupka prema društvu, njegova insolventnost predstavlja signal da je jedan od mogućih razloga za otvaranje stečajnog postupka upravo i potencijalna povreda ovih dužnosti.⁸³ S druge strane, preuzimanje upravljačkih prava od strane

⁸¹ B. Mihajlović, op. cit., 43.

⁸² ZOPD (2011), čl. 61.

⁸³ Vuk Radović, „Poslovni izazovi za srpsko pravo u narednom periodu“, *Poslovni izazovi*, Beograd, 2023, 14.

stečajnog upravnika čini dostupnijim podatke i informacije o poslovanju privrednog društva. Ta činjenica omogućava stečajnom upravniku ili drugim učesnicima stečajnog postupka da lakše dođu do dokaza koji potvrđuju povredu posebnih dužnosti prema društvu i posegnuti za instrumentima utvrđivanja odgovornosti lica koja su se o te dužnosti oglašila.

S tim razlogom će nadalje biti ukratko izložene osnovne karakteristike pomenutih, tzv. kompanijskih tužbi, isključivo u cilju upoznavanja svih učesnika stečajnog postupka sa mogućnostima podnošenja ovih tužbi, što posredno može imati za posledicu i uvećanje stečajne mase i povoljnije namirenje poverilaca.

Tužba zbog povrede „dužnosti pažnje“

Od pomenute dužnosti lojalnosti u izvesnoj meri treba razlikovati dužnost pažnje. Ona se prevashodno odnosi na direktora društva, članove nadzornog odbora, zastupnike, prokuriste, odn. na likvidacionog upravnika. Dakle, radi se o nosiocima upravljačkih prava društva. Lica koja zakon prepoznaje kao nosioce obaveze poštovanja posebnih dužnosti prema društvu dužna su da u tom svojstvu svoje poslove izvršavaju savesno, sa pažnjom dobrog privrednika, i u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu društva. Pod pažnjom dobrog privrednika podrazumeva se stepen pažnje sa kojom bi postupalo razumno pažljivo lice koje bi posedovalo znanje, veštine i iskustvo koje bi se osnovano moglo očekivati za obavljanje te dužnosti u društvu. Ukoliko odgovorno lice poseduje i specifična znanja, veštine ili iskustvo, svakako će se prilikom ocene stepena pažnje uzeti u obzir i ove okolnosti. Takođe, zakonom je propisano da obveznici ove dužnosti mogu svoje postupanje zasnovati i na informacijama i mišljenjima lica stručnih za odgovarajuću oblast, za koje razumno veruju da su u tom slučaju savesno postupala.⁸⁴

Ukoliko se većina pravnih standarda kojim se pokušava pojasniti dužnost pažnje svede na izvanpravnu formulaciju, dostupnu i jasnu širokom spektru ljudi, moglo bi se reći da upravljači društva postupaju pažljivo prema društvu ukoliko se u svakoj svojoj aktivnosti rukovode obzirno, savesno i s obzirom na svoju stručnost očekivano stručno, isključivo postupajući u interesu društva. Opštije rečeno, ukoliko se ponaša savesno i pošteno prema privrednom društvu.

U tome je i osnovna razlika dužnosti pažnje u odnosu na dužnost lojalnosti. Naime, od direktora se očekuje da bude lojalan društvu, ali se očekuje i da svoje poslove obavlja upravo s pomenutim stepenom pažnje, kako svojim postupanjem

⁸⁴ ZOPD (2011), čl. 63.

nebi naškodilo interesima društva. Ovde Zakon o privrednim društvima prevashodno govori o „interesima društva“. Međutim, ukoliko šire posmatramo stvari, u situaciji kada društvu preći stečaj, ovde bi se moglo reći i da direktor mora uzeti u obzir i interese poverilaca. Na to obavezuje i Direktiva EU o restrukturiranju i insolventnosti (2019).⁸⁵ Ona u čl. 19 upućuje na dužnost direktora da, ako postoji verovatnost insolventnosti, vodi računima o interesima poverilaca, pored interesa članova društva, kao i preduzmu sve korake u cilju izbegavanja insolventnosti, a naročito da se uzdrže od namernih radnji ili radnji krajnje nepažnje kojima se ugrožava održivost poslovanja.

Pomenuta direktiva, inače, nije još uvek neposredno implementirana u naše zakonodavstvo. Ukoliko se držimo samo jezičkog tumačenja zakona, moglo bi se reći da pomenuta direktiva, kao sekundarni izvor prava, se kao takva i ne može primeniti u našem pravu do momenta njenog inkorporiranja u naše zakonodavstvo. Međutim, šire posmatrano, sa aspekta našeg Ustava RS, Republika Srbija je, kao potpisnica Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, u obavezi da svoje propise u potpunosti harmonizuje sa propisima Evropske Unije. To znači da postoji obaveza i usklađivanja naših propisa sa Direktivom EU o restrukturiranju i insolventnosti (2019). S druge strane, kako direktive EU predstavljaju sekundarni izvor prava, odredbe o dužnosti poštovanja interesa poverilaca u predstečajnoj fazi mogu se implementirati u naš pravni sistem kroz sudsku presudu, kao pojedinačni izvor prava. Ovo posebno u postupcima po tužbi za povredu dužnosti pažnje.

U situaciji kada se utvrdi da obveznik dužnosti pažnje istu ne poštuje, društvo može podneti tužbu protiv ovog lica i zahtevati naknadu štete koju je to lice prouzrokovalo društvu povredom navedene dužnosti.

Imajući u vidu da se u konkretnom slučaju predmet rada odnosi na situaciju kada je prema privrednom društvu otvoren stečajni postupak, to bi značilo da stečajni dužnik, koga zastupa stečajni upravnik, može podneti tužbu zbog povrede dužnosti pažnje prema direktoru, odnosno drugom upravljачkom organu ili vlasniku sa kontrolnim uticajem, odnosno značajnim učešćem u kapitalu.

Svakako su brojni primeri u praksi u kojima se na jednostavan način može utvrditi postojanje povrede ovih dužnosti. Kako je život uvek bogatiji od prava, nezahvalno je o tim primerima detaljnije govoriti, kako se ne bi i pravne mogućnosti isključivo svele na njih. Međutim, u cilju podsticanja stečajnih upravnika

⁸⁵ Direktiva (EU) 2019/1023 Evropskog parlamenta i Vijeća od 20. lipnja 2019. o okvirima za preventivno restrukturiranje, otpustu duga i zabranama te o mjerama za povećanje učinkovitosti postupaka koji se odnose na restrukturiranje, nesolventnost i otpust duga i o izmjeni Direktive (EU) 2017/1132 (Direktiva o restrukturiranju i nesolventnosti).

na podnošenje ovih tužbi, dovoljno je, primera radi, pomenuti da Zakon o privrednim društvima propisuje da direktor odgovara za uredno vođenje poslovnih knjiga društva, kao i da odgovara za tačnost finansijskih izveštaja društva.⁸⁶ Svakako, praksa pokazuje da se u brojnim slučajevima u stečajnom postupku utvrđuje nesaglasnost podataka iz finansijskih izveštaja u odnosu na pravo stanje o imovini privrednog društva. Sam taj primer dovoljno aktuelizuje pitanje postojanja odgovornosti direktora društva za povredu dužnosti pažnje. Naravno, to je samo jedan od brojnih primera potencijalne povrede ove dužnosti. Podsećanja radi, pomenimo odgovornost direktora za povredu ograničenja plaćanja, kao i nedopuštena plaćanja,⁸⁷ potom odgovornost za štetu usled nezakonitog postupanja i postupanja suprotno aktima društva.⁸⁸ U stečajnim postupcima moguće je utvrditi i brojne druge.

*Tužba zbog povrede pravila o odobravanju poslova
u kojima postoji lični interes*

Zanemarivanje ličnih interesa upravljača i članova sa kontrolnim uticajem u društvu predstavlja prioritet za potpuno ostvarivanje interesa društva. Otuda je svaki odgovorni član ili upravljač dužan da izvesti organe upravljanja o postojanju njegovog ličnog interesa ili interesa sa njim povezanog lica u pravnom poslu koje društvo zaključuje, odnosno pravnoj radnji koju preduzima. Zakonodavac je propisao i pravila o obaveznom obaveštavanju organa u slučaju postojanja ličnog interesa, a *exempli causa* definisao i tipične primere kojim se prepoznaje „lični interes“ odgovornog lica.⁸⁹ Takođe, propisana je i mogućnost odobravanja ovog pravnog posla od strane ovlašćenih organa, pa se odobravanjem odgovorno lice oslobađa potencijalne odgovornosti za povredu ove dužnosti.⁹⁰

Međutim, ukoliko nije pribavljeno odobrenje navedenog pravnog posla, odnosno pravne radnje, ili ako nije prijavljeno postojanje ličnog interesa odgovornog lica nadležnom organu, društvo može podneti tužbu za poništaj tog pravnog posla, odnosno pravne radnje i tražiti naknadu štete od lica koje se o tu obavezu oglušilo. U slučaju postojanja ove povrede, neograničeno solidarno odgovaraju i sa njime povezana lica, ako su ona bila ugovorna strana u tom poslu, odnosno ako je prema

⁸⁶ ZOPD (2011), čl. 225.

⁸⁷ ZOPD (2011), čl. 184 i čl. 185.

⁸⁸ ZOPD (2011), čl. 415.

⁸⁹ ZOPD (2011), čl. 65.

⁹⁰ ZOPD (2011), čl. 66.

njima preduzeta pravna radnja, kao i svako treće lice koje je znalo ili moralo znati za postojanje ličnog interesa odgovornog lica u vreme zaključenja pravnog posla, odnosno preduzimanja radnje.

Tužba zbog povrede dužnosti izbegavanja sukoba interesa

Nosioci posebnih dužnosti prema društvu ne mogu u svom interesu ili u interesu sa njim povezanog lica: koristiti imovinu društva, niti informacije do kojih su došli u tom svojstvu, a koje nisu javno dostupne; zloupotrebiti svoj položaj u društvu; koristiti mogućnosti za zaključenje poslova koje se ukažu društvu. U suprotnom povređuju dužnost izbegavanja sukoba interesa. Ova povreda neće postojati jedino u slučaju pribavljanja odobrenja za preduzimanje pobrojanih radnji od strane ovlašćenih organa.⁹¹

U suprotnom, društvo može podneti tužbu protiv odgovornog lica sa posebnim dužnostima, kao i protiv sa njim povezanog lica, i tražiti kako naknadu štete, tako i prenos na društvo koristi koje je to lice, odnosno sa njim povezano lice, ostvarilo kao posledicu te dužnosti.

Tužba zbog povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne

Lice sa posebnim dužnostima prema društvu, kao i lica zaposlena u društvu, dužna su da čuvaju poslovnu tajnu društva. Ona su dužna čuvati poslovnu tajnu i u periodu od dve godine nakon prestanka tog svojstva. Osnivačkim aktom može čak biti i produžen ovaj rok, ali ne može biti duži od pet godina.

Inače, pod poslovnom tajnom podrazumeva se podatak čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu društvu, kao i podatak koji ima ili može imati ekonomsku vrednost zato što nije opštepoznat, niti je lako dostupan trećim licima koja bi njegovim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist i koji je od strane društva zaštićen odgovarajućim merama u cilju čuvanja njegove tajnosti. Takođe, to je i podatak koji je zakonom, drugim propisom ili aktom društva određen kao poslovna tajna.⁹²

Odgovorno lice je pomenutu poslovnu tajnu načelno dužno čuvati. Međutim, zakonom su propisani izuzeci u okviru kojih se pod poslovnom tajnom ne smatra saopštenje obaveza čije je obelodanjivanje propisano zakonom, odnosno neophodno radi obavljanja poslova ili zaštite interesa društva, kao i ukoliko je

⁹¹ ZOPD (2011), čl. 70.

⁹² ZOPD (2011), čl. 72.

učinjeno nadležnim organima ili javnosti u cilju ukazivanja na postojanje dela kažnjivog zakonom.⁹³ Dakle, ovde se javni interes prepoznaje kao prioritetan u odnosu na interes društva.

U svim drugim slučajevima, povreda dužnosti poslovne tajne podrazumeva i potencijalnu odgovornost. Tako društvo u slučaju povrede ove dužnosti može podneti tužbu, kojom će od odgovornog lica, upravljača, kontrolnog člana ali ovde i zaposlenog lica, kao odgovornog, tražiti naknadu štete ili isključenje tog lica iz privrednog društva, ako je u pitanju član društva. Naravno, podnošenje ove tužbe može imati i za posledicu otkaz radnog odnosa, ali je ta posledica manje značajna nakon otvaranja stečajnog postupka koji pitanja u vezi radnog odnosa posebno reguliše.

Tužba zbog povrede pravila o zabrani konkurencije

Lice sa posebnim dužnostima prema društvu ne može bez pribavljenog odobrenja nadležnog organa društva obavljati konkurentu delatnost, propisanu zakonom.⁹⁴ Ova zabrana se ne odnosi na situaciju kada je u pitanju jednočlano društvo.

U slučaju povrede ove obaveze, društvo može podneti tužbu protiv odgovornog lica koje povredi pravila o zabrani konkurencije i tražiti naknadu štete ali i prenos na društvo koristi koju je to lice ostvarilo kao posledicu te povrede. Takođe, može se tražiti i isključenje tog lica kao člana društva, ako je u pitanju lice koje je navedenu dužnost povredilo u tom svojstvu.

ZAKLJUČAK

Iako se radi o tradicionalnom institutu rimskog prava, dometi instituta pobijanja pravnih radnji još uvek nisu u dovoljnoj meri dosegnuti, da bi se u potpunosti mogao smatrati efikasnim u borbi protiv zloupotrebe prava i služiti obogaćenju stečajne mase. Otuda je nasušna potreba za daljim razvijanjem ovog pravnog instituta i boljim razumevanjem njegove suštine, kao i krajnjih dometa od strane svih učesnika u stečajnom postupku.

S druge strane, može se zasigurno reći da stečajno pobijanje nije i jedini mehanizam koji može efikasno poslužiti borbi protiv zloupotrebe prava. Iako u praksi nije zaživelo, ne sme se zanemariti značaj kompanijskih tužbi u stečajnom pravu. Naprotiv. Potrebno je podsticati razvoj mehanizama za utvrđivanje odgovornosti

⁹³ ZOPD (2011), čl. 73.

⁹⁴ ZOPD (2011), čl. 75.

usled povrede dužnosti lojalnosti. Ne postoji nikakva pravna smetnja da instituti kompanijskog prava, paralelno sa institutima stečajnog prava, posluže borbi protiv zloupotrebe prava onih koji su suštinski, rukovodeći društvom protivno njegovim interesima, i doveli društvo do insolventnosti.

Dr. DRAGIŠA SLIJEPČEVIĆ

Judge of the Supreme Court of Serbia, retired

Dr. MARKO RADOVIĆ

Judge of the Commercial Court in Belgrade

CHALLENGING OF LEGAL ACTIONS AND COMPANY CLAIMS AS INSTRUMENTS OF PROTECTION OF CREDITORS IN BANKRUPTCY

Summary

The author's goal in the paper is to show the basic characteristics of challenging legal actions in bankruptcy proceedings as a matter of priority by interpreting the legal text. Although it is a traditional institute of Roman law, its application in modern business practice still causes numerous dilemmas. In this sense, along with the analysis of positive legal solutions, certain controversial issues were pointed out and certain solutions were proposed. Also, the paper tries to point out that the institute of challenging legal actions in bankruptcy is not the only mechanism available to creditors with the aim of increasing the bankruptcy estate and their more favorable settlement. Regardless of the fact that in practice they have not become represented at a sufficient level, company lawsuits represent an equally effective mechanism, which provides creditors with the possibility of increasing the bankruptcy estate and a more favorable settlement, and at the same time determining the responsibility of controlling members of the company, i.e. management bodies, for violations of special duties towards the company or abuse of the rules on limited liability of members for company obligations. In this regard, in the first part of the paper, attention will be devoted to refutation of legal actions in bankruptcy, while in the second part, the author will point out that company lawsuits can also be an effective mechanism for protecting creditors, regardless of the fact that bankruptcy proceedings have been opened against the company.

Key words: challenging of legal actions, company claims, bankruptcy

Literatura

Cimerman F., Obućina J., Milovanović I., *Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika*, Beograd, 2015.

Delibašić T., *Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika*, Beograd, 1999

Hiber D., „Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2015.

Marković B. S., *Pravo pobijanja izvan stečaja*, Beograd, 1935.

- Mihajlović B., „Dužnost lojalnosti prema privrednom društvu“, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2018.
- Mitrović V., *Stečajno pravo s naročitim osvrtom na srpsko zakonodavstvo*, Beograd, 1926.
- Perović S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995.
- Priručnik za stečajne upravnike* (ur. Ilić Popov G., Jovanović N., Jovanović J.), Beograd, 2005.
- Radišić J., *Obligaciono pravo*, Beograd, 2004.
- Radović M., „Pobijanje pravne ličnosti u kompanijskom pravu“, *Zbornik radova: Radni odnosi, naknada štete i izvršenje*, Glosarijum, Beograd, 2022.
- Radović V., „Poslovni izazovi za srpsko pravo u narednom periodu“, *Poslovni izazovi*, Beograd, 2023.
- Radović V., „Pobijanje pravne radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu u stečajnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1, Beograd, 2013.
- Slijepčević D., „Uslovi i način stečajnog pobijanja po Zakonu o stečaju“, *Pravni informator*, br. 4, Beograd, 2010.
- Slijepčević D., Spasić S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 2006.
- Vasiljević M., *Kompanijsko pravo (Pravo privrednih društava)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011.
- Velimirović M., „Ostvarivanje prava pobijanja u stečaju“, *Pravni informator*, br. 7-8, Beograd, 2011.
- Velimirović M., *Stečajno pravo*, Novi Sad, 2004.
- Živković M., „Pravo pobijanja dužnikovih pravnih radnji, doktorska disertacija“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Živković M., „Jemstvo u privredi i mogućnost pobijanja ovog pravnog posla na osnovu člana 124. Zakona o stečaju“, *Pravni informator*, br. 9, Beograd, 2015.

PREGLEDNI RAD

PRAKSA PRIVREDNIH SUDOVA U POSTUPCIMA PO PLANOVIMA REORGANIZACIJE

Plan reorganizacije prvi put je uveden Zakonom o stečajnom postupku.¹ Prema tom zakonu reorganizacija se odvijala u okviru otvorenog stečajnog postupka i stečaj se obustavljao nakon što bi plan reorganizacije bio izvršen. U protivnom postupak se nastavljao bankrotstvom. Zakon o stečaju bitno menja ovaj institut kada je u pitanju postupak (ali se cilj reorganizacije ne menja) uvođenjem unapred pripremljenog plana reorganizacije pored reorganizacije u stečaju. Međutim, ne treba zanemariti činjenicu da je srpsko stečajno pravo poznavalo reorganizaciju pod drugačijim nazivom i u Zakonu o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji² kroz institut prinudnog poravnanja, kao i institut sanacije koji je bio regulisan Zakonom o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada.³ Činjenica je da su ova dva instituta – sanacija i prinudno poravnanje, s obzirom na sveukupna dešavanja na ekonomskom, političkom i društvenom planu i imajući posebno u vidu promene u organizovanju i funkcionisanju privrede, nužno pretrpela izmene transformišući se u institut adekvatan stanju u privredi i organizaciji privrednih subjekata.

Ključne reči: stečaj, reorganizacija, unapred pripremljeni plan reorganizacije, bankrotstvo, klase, potraživanja

U V O D

Zakon o stečaju⁴ uređuje uslove i način pokretanja i sprovođenja stečaja nad pravnim licima. Pod stečajnim postupkom, zakon podrazumeva bankrotstvo

Jasminka Obućina, predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu, e-mail: jasminka.obucina@pa.sud.rs.

¹ Službeni glasnik RS, br. 84/04.

² Službeni list SFRJ, br. 84/89 i Službeni list SRJ, br. 37/93 i 28/96.

³ Službeni list SFRJ, br. 72/86, 42/87, 75/87 i 69/88.

⁴ Službeni glasnik RS, br. 104/09, 99/11 i dr. zakon, 71/12 – US, 83/14, 113/17, 44/18 i 95/18.

i reorganizaciju. Postupak reorganizacije se sprovodi u prethodnom stečajnom postupku ili nakon otvaranja stečajnog postupka. Plan reorganizacije koji se sprovodi u prethodnom stečajnom postupku je unapred pripremljeni plan reorganizacije.⁵ Podnosi se istovremeno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka i jedini predlagač ovog plana je dužnik. Plan reorganizacije u stečaju sprovodi se nakon nastupanja pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka i predlagači ovog plana mogu biti stečajni ili razlučni poverioci, vlasnici više od 30% kapitala stečajnog dužnika, kao i stečajni upravnik. S obzirom na fazu stečajnog postupka u kojoj se sprovede, zakon postupke reguliše posebnim normama specifičnim za svaki plan, pri čemu postoje odredbe koje su zajedničke i za unapred pripremljeni plan reorganizacije i za plan reorganizacije u stečaju. Tema ovog rada je ukazivanje na pojedine sličnosti i razlike u postupku pokrenutom u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije u odnosu na plan reorganizacije u stečaju, kroz sudsku praksu privrednih sudova i Privrednog apelacionog suda. To su istovremeno i sporna pitanja u primeni odredbi Zakona o stečaju kojim se reguliše postupak po podnetim planovima reorganizacije.

PRETHODNI STEČAJNI POSTUPAK I UNAPRED PRIPREMLJENI PLAN REORGANIZACIJE

Predlog za pokretanje stečajnog postupka mogu podneti poverioci (stečajni i razlučni), stečajni dužnik i likvidacioni upravnik.⁶ Prethodni stečajni postupak se pokreće radi utvrđivanja postojanja stečajnog razloga.⁷ Nakon što stečajni sudija utvrdi da je predlog uredan donosi rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka i zakazuje ročište radi utvrđivanja postojanja stečajnog razloga.⁸ Međutim, rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka se ne donosi ukoliko je predlog podneo dužnik sa dokazima i propisanim ispravama, ako stečajni dužnik po predlogu poverioca prizna stečajni razlog i u slučaju pretpostavke trajnije nesposobnosti plaćanja.⁹ U svakom slučaju postojanje stečajnog razloga se utvrđuje na ročištu za utvrđivanje postojanja stečajnog razloga.

Predlog za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije može podneti samo stečajni dužnik. Izuzetak je predviđen u slučaju društava sa većinskim društvenim ili državnim kapitalom, kada ovaj predlog podnosi Agencija za licenciranje stečajnih upravnika.¹⁰

⁵ Čl. 155 Zakona o stečaju – ZS.

⁶ Čl. 55 ZS.

⁷ Čl. 60 ZS.

⁸ Čl. 11 ZS.

⁹ Čl. 12 ZS.

¹⁰ Čl. 158 st. 1 ZS.

U praksi se kao sporno pojavilo pitanje, šta u situaciji ako pre donošenja odluke o predlogu poverioca za pokretanje stečajnog postupka, dužnik podnese predlog za pokretanje postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. Ovo pitanje je bilo sporno sve do usvajanja Izmena i dopuna Zakona o stečaju iz 2017. godine.¹¹

Međutim, sudska praksa privrednih sudova i pre navedenih izmena je ovu spornost rešila dajući prednost u navedenoj situaciji predlogu za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, smatrajući to celishodnim i da je u skladu sa načelima i ciljem stečajnog postupka.¹²

Zakonodavac je u navedenoj situaciji,¹³ kasnije preuzeo isto rešenje propisujući izričito pravo dužnika da i nakon odbacivanja ili odbijanja predloga za pokretanje stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije dužnik ne gubi pravo na podnošenje novog predloga.¹⁴

Zakonodavac je u regulisanju ova dva prethodna stečajna postupka otišao i dalje, regulišući situaciju kada je nakon odbijanja ili odbacivanja predloga za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, kada još uvek nije doneta odluka po predlogu poverioca za pokretanje stečaja (jer se čekala odluka po unapred pripremljenom planu reorganizacije), a dužnik podnese novi predlog za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. U ovoj situaciji zakonodavac je dao prednost odlučivanju po predlogu poverioca za otvaranje stečajnog postupka.¹⁵ Ovakvo zakonsko rešenje je sasvim opravdano imajući u vidu da su dužnici podnošenjem više predloga za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije (najčešće neurednih) pokušavali da spreče postupanje suda po predlogu poverioca za pokretanje stečajnog postupka i otvaranje stečaja, što je sud smatrao zloupotrebom prava.

USLOVI ZA POKRETANJE STEČAJNOG POSTUPKA U SKLADU SA UNAPRED PRIPREMLJENIM PLANOM REORGANIZACIJE

Zakon o stečaju pod reorganizacijom podrazumeva namirenje poverilaca prema usvojenom planu reorganizacije i to redefinisanjem dužničko-poverilačkih odnosa, statusnim promenama dužnika ili na drugi način predviđen planom

¹¹ *Službeni glasnik RS*, br. 113/17.

¹² *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, 2015.

¹³ Čl. 158 st. 8 ZS.

¹⁴ Čl. 158 st. 9 ZS.

¹⁵ Čl. 159 st. 10 ZS.

reorganizacije.¹⁶ Način sprovođenja i sadržina unapred pripremljenog plana reorganizacije propisana je Pravilnikom o načinu sprovođenja reorganizacije po unapred pripremljenom planu reorganizacije i sadržini unapred pripremljenog plana reorganizacije.¹⁷ Dužnik ima obavezu da podnese uredan predlog za pokretanje stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije i istovremeno zakonit i uredan plan sa sadržinom propisanom zakonom.¹⁸ Imajući u vidu ovlašćenje stečajnog sudije,¹⁹ urednost i zakonitost plana ispituje stečajni sudija, pri čemu ima ovlašćenja da naloži predlagачu uređenje i dopunu plana u rokovima određenim zakonom, a nepostupanje predlagачa po nalogu sudije, vodi ka odbacivanju predloga za pokretanje stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, isto kao i u slučaju kada stečajni sudija utvrdi da je plan nezakonit.²⁰

Stečajni sudija može doneti rešenje o pokretanju prethodnog postupka za ispitivanje uslova za otvaranje postupka stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, kojim rešenjem se zakazuje ročište za odlučivanje o predlogu i glasanje o planu, tek nakon što utvrdi da je plan uredan i zakonit. Stoga rok od tri dana za donošenje navedenog rešenja i zakazivanje ročišta ne teče od dana dostavljanja predloga dužnika, kako se u praksi često tumači (a i postupa), što znači da od dana dostavljanja predloga do dana donošenja rešenja o pokretanju postupka i zakazivanja ročišta može proteći određen vremenski period, što sve zavisi da li je plan uredan, odnosno da li će predlagач – dužnik postupiti po nalogu suda i kada, u ostavljenim rokovima, posebno imajući u vidu da su rokovi za uređenje plana instruktivni, a ne prekluzivni. Isto se odnosi i na meru obezbeđenja iz čl. 159 b) Zakona o stečaju koja se nasuprot postupanju prvostepenih sudova, može odrediti samo nakon što se utvrdi da je plan uredan i zakonit. U sudskoj praksi je primećeno da se ova mera često određuje odmah po prijemu predloga za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, a da prethodno nije ispitana ni urednost, ni zakonitost plana, a postupci se neretko okončavaju odbacivanjem predloga i podnošenjem novih sa istim ishodom i ponovnim određivanjem mere obezbeđenja, što je očigledna zloupotreba prava od strane dužnika.²¹

¹⁶ Čl. 1 st. 4 ZS.

¹⁷ *Službeni glasnik RS*, br. 57/18.

¹⁸ Čl. 156 ZS.

¹⁹ Čl. 18 ZS.

²⁰ Čl. 158 st. 5–7 ZS.

²¹ „Dakle, prethodni postupak za ispitivanje uslova za otvaranje postupka stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije može se pokrenuti samo ukoliko je podnet uredan predlog sa, takođe, urednim, potpunim i zakonitim unapred pripremljenim planom reorganizacije. Navedeno proizlazi i iz odredbi člana 158. stav 5–7. Zakona koje propisuju ovlašćenja

Drugi problem koji se pojavljuje u sudskoj praksi, a što čini i nedostatak i u rešenjima suda kojima se konstatuje usvajanje unapred pripremljenog plana reorganizacije, jeste nedostatak utvrđivanja postojanja stečajnog razloga. Naime, postupak po predlogu za sprovođenje unapred pripremljenog plana reorganizacije može pokrenuti dužnik kod koga je utvrđeno postojanje jednog stečajnog razloga. Ukoliko nije ispunjen ovaj uslov, to nema ni uslova za sprovođenje postupka po predlogu dužnika. Jednostavno rečeno, predlog za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije može podneti samo dužnik kod koga postoji bar jedan stečajni razlog. Postojanje stečajnog razloga sud mora utvrditi obrazloženjem rešenja kojim se odlučuje o planu reorganizacije.

Sledeći uslov koji je neophodno utvrditi jeste da se podnetim predlogom (unapred pripremljenim planom reorganizacije u konkretnom slučaju) postiže povoljnije namirenje poverilaca u odnosu na bankrotstvo. Ova procena novčanog iznosa namirenja,²² sastavni je deo plana. Procena se sačinjava u odnosu na svaku klasu poverilaca posebno, mora biti izrađena od stručnog lica (procenitelja) i ne sme biti starija od 12 meseci, pri čemu se sačinjava na dan na koji je utvrđeno stanje svih obaveza dužnika za potrebe vanrednog izveštaja revizora. Bitno je napomenuti da se procena izrađuje primenom metode diskontovanja novčanih tokova.

U slučaju da je planom predviđena mera konverzije duga u kapital, procena mora da sadrži uporedni prikaz procene sadašnje vrednosti novčanog iznosa koji bi ostvarila svaka klasa poverilaca u slučaju bankrotstva i procena sadašnje vrednosti akcija/udela.

stečajnog sudi je u slučaju kada je plan nezakonit, nepotpun ili neuredan, a koja mu omogućavaju da predlog za pokretanje stečaja i plan odbaci odmah ukoliko je on nezakonit odnosno da naloži otklanjanje nedostataka plana ili tehničkih grešaka koji su po svojoj pravnoj prirodi otklonjivi. Najzad i sistematizacija Zakona o stečaju koji u članu 158. uređuje obavezu suda da ispita zakonitost, urednost i potpunost plana, a zatim u članu 159. da se prethodni postupka pokreće tek ako je podnet uredan plan, upućuju na to da se po nepotpunom, neuređnom ili nezakonitom unapred pripremljenom planu reorganizacije ne može pokretati prethodni postupak. U tom smislu rok od 3 dana iz odredbe člana 159. Zakona o stečaju počinje teći od dana podnošenja predloga i plana koji ispunjavaju uslove da se po njima sprovede postupak. To je i način da se postigne zahtevana efikasnost u postupanju suda budući da je dugo trajanje postupaka po unapred pripremljenom planu reorganizacije posledica, pre svega, činjenice da su prethodni postupci pokretani i kad dostavljeni plan nije potpun i uredan plan te je prethodni postupak uglavnom „utrošen“ za otklanjanje nedostataka plana u prvom redu. U senci takvog postupanja uvek ostaju nedovoljno razmotrene primedbe poverilaca i utrošeno vreme za meru obezbeđenja koja je određena u interesu stečajnog dužnika.“ *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 30/20.

²² Čl. 6 Pravilnika o načinu sprovođenja reorganizacije po unapred pripremljenom planu reorganizacije i sadržini unapred pripremljenog plana reorganizacije.

Iz navedenog proizlazi da je uloga stečajnog sudije u postupku po predlogu dužnika za pokretanje prethodnog stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije izuzetno značajna i bitna, za razliku od ustaljenog mišljenja (a i postupanja pojedinaca) da se odmah po prijemu predloga za pokretanje stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije zakazuje ročište za glasanje. Naprotiv, stečajni sudija mora ispitati urednost i zakonitost plana, utvrditi postojanje stečajnog razloga i da li se predloženim planom postiže povoljnije namirenje poverilaca po klasama u odnosu na bankrotstvo. Za ovo je potrebno mnogo više od tri dana od dana dostavljanja predloga u sud. Stoga, rok od tri dana počinje da teče onog dana kada stečajni sudija utvrdi da je plan uredan i da je zakonit.

MERA OBEZBEĐENJA U POSTUPKU PO UNAPRED PRIPREMLJENOM PLANU REORGANIZACIJE

Mera obezbeđenja iz čl. 159 st. 3 Zakona o stečaju određuje se samo u prethodnom stečajnom postupku pokrenutom u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije.²³ Određivanje ove mere u postupku reorganizacije nakon otvaranja stečajnog postupka je izlišno, s obzirom na to da su nastupanjem pravnih posledica otvaranja stečaja zastupnička i upravljačka prava direktora, zastupnika i punomoćnika, kao i organa upravljanja i nadzornih organa stečajnog dužnika prešla na stečajnog upravnika.²⁴ Takođe, nastupanjem pravnih posledica otvaranja stečaja došlo je i do „moratorijuma“, odnosno od dana otvaranja stečajnog postupka ne može se protiv stečajnog dužnika, odnosno nad njegovom imovinom odrediti, ni sprovesti prinudno izvršenje, niti bilo koja mera postupka izvršenja osim izvršenja koja se odnose na obaveze stečajne mase i troškove stečajnog postupka.²⁵

Mera obezbeđenja koja se određuje u prethodnom stečajnom postupku pokrenutom u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije je jedinstvena i složena mera koja obuhvata: 1) imenovanje privremenog stečajnog upravnika;

²³ „Iz navedenih zakonskih odredbi jasno proizilazi da se mere iz odredbe člana 159. stav 10. Zakona o stečaju mogu izreći isključivo tokom postupka iz st. 1 istog člana, odnosno tokom prethodnog stečajnog postupka, koji je pokrenut u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. Kako se prethodni stečajni postupak pokreće rešenjem suda donetim u smislu odredbe člana 159. stav 1. Zakona o stečaju, mere bi se mogle izreći istovremeno sa pokretanjem istog ili u toku njegovog trajanja. To dalje znači da nema zakonskog osnova da se mere odrede pre pokretanja prethodnog stečajnog postupka, u fazi uređenja predloga.“ *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 3/17.

²⁴ Čl. 74 ZS.

²⁵ Čl. 93 ZS.

2) zabranu plaćanja sa računa stečajnog dužnika ako računi stečajnog dužnika nisu blokirani, bez prethodne saglasnosti stečajnog sudije ili privremenog stečajnog upravnika, odnosno dozvolu plaćanja sa računa stečajnog dužnika uz saglasnost stečajnog sudije ili privremenog stečajnog upravnika, ako su u trenutku donošenja rešenja iz st. 1 ovog člana računi stečajnog dužnika blokirani radi izvršenja osnova i naloga za prinudnu naplatu kod organizacije koja sprovodi postupak prinudne naplate; 3) zabranu raspolaganja imovinom stečajnog dužnika bez prethodne saglasnosti stečajnog sudije ili privremenog stečajnog upravnika; 4) zabranu određivanja i sprovođenja izvršenja ili pokretanja postupka vansudskog namirenja prema stečajnom dužniku; 5) zabranu organizaciji koja sprovodi prinudnu naplatu da sprovodi naloge za prinudnu naplatu sa računa stečajnog dužnika.

Kada je u pitanju deo mere iz gorenavedenih tač. 2) i 3), neophodno je istaći da stečajni sudija u rešenju kojim određuje opisanu meru mora odrediti da li isplatu novčanih sredstava uslovljava saglasnošću privremenog stečajnog upravnika ili saglasnošću stečajnog sudije. Isplate novčanih sredstava ne mogu biti uslovljene i saglasnošću stečajnog sudije i privremenog stečajnog upravnika. Zakon je jasno davanje ove saglasnosti dao jednom od organa prethodnog stečajnog postupka pokrenutom u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije: ili stečajni sudija ili privremeni stečajni upravnik. Sud je istovremeno dužan da odredi i za koje namene se mogu vršiti plaćanja.²⁶

Navedena mera obezbeđenja se određuje radi sprečavanja promene ekonomsko-finansijskog i imovinskog položaja stečajnog dužnika, može trajati do okončanja prethodnog stečajnog postupka pokrenutog u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, najduže šest meseci i ne može se produžavati.^{27, 28}

²⁶ Čl. 159 b) st. 6 ZS.

²⁷ „Ako je mera izrečena nakon pokretanja prethodnog postupka objavljuje se analognom primenom odredbe čl. 63 Zakona o stečaju i primenom odredbi čl. 8 Zakona o postupku registracije u Agenciji za privredne registre i čl. 53 Pravilnika o sadržini registra privrednih subjekata i dokumentaciji potrebnoj za registraciju. Kako se radi o podatku od značaja za pravni promet neophodno je da u registru bude zabeležen i datum prestanka važenja mere. To dalje znači da ako je rešenjem kojim je određena zabrana naveden njen rok važenja (npr. tri meseca, šest meseci) onda je istekom roka ona prestala da važi, te nije potrebno donošenje posebnog rešenja, niti podatak o tome posebno registrovati budući da je već u registru zabeleženo da mera zabrane traje tačno određeno vreme.

Međutim, ukoliko propustom suda u rešenju nije određeno trajanje mere onda je neophodno doneti rešenje kojim se konstatuje prestanak a podatak o tome mora se registrovati kod Agencije za privredne registre.“ *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, 2016.

²⁸ „Kako je u članu 46. stav 3. Zakona o stečaju određeno da žalba protiv rešenja ne zadržava izvršenje rešenja, ako ovim zakonom nije drugačije određeno, to se isto rešenje odmah po donošenju dostavlja Narodnoj banci Srbije.

Bitno je na ovom mestu razjasniti i odnos mere obezbeđenja koja se određuje u postupku po unapred pripremljenom planu reorganizacije u odnosu na mere obezbeđenja koje se određuju po predlogu za pokretanje stečajnog postupka iz čl. 62 Zakona o stečaju. Mere iz čl. 62 Zakona o stečaju se ne mogu određivati u postupku po unapred pripremljenom planu reorganizacije, niti ima mesta njihovoj shodnoj primeni. Zakon je ova dva postupka jasno odvojio i taksativno odredio koje se mere određuju u prethodnom stečajnom postupku pokrenutom po predlogu za otvaranje stečaja, a koja mera u postupku po predlogu za usvajanje unapred pripremljenog plana reorganizacije.^{29, 30}

Važno je razgraničiti ovlašćenja stručnog lica iz čl. 159 b) st. 1 Zakona o stečaju³¹ od ovlašćenja privremenog stečajnog upravnika³² određenog merom

Bilo bi celishodno da se u rešenju kojim se određuje zabrana izvršenja na obezbeđenoj i neobezbeđenoj imovini stečajnog dužnika, trajanje iste mere ograniči do pravnosnažnog okončanja postupka po predlogu za otvaranje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, a najduže šest meseci od dana donošenja istog rešenja. “*Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 4/2016.

²⁹ „Iz navedenih zakonskih odredbi jasno proizilazi da se mere iz odredbe člana 159. stav 10. Zakona o stečaju mogu izreći isključivo tokom postupka iz st. 1 istog člana, odnosno tokom prethodnog stečajnog postupka, koji je pokrenut u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. Kako se prethodni stečajni postupak pokreće rešenjem suda donetim u smislu odredbe člana 159. stav 1. Zakona o stečaju, mere bi se mogle izreći istovremeno sa pokretanjem istog ili u toku njegovog trajanja. To dalje znači da nema zakonskog osnova da se mere odrede pre pokretanja prethodnog stečajnog postupka, u fazi uređenja predloga.“ *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 3, 2017.

³⁰ „Mera obezbeđenja izrečena u postupku po unapred pripremljenom planu reorganizacije, zabranom izvršenja na obezbeđenoj i neobezbeđenoj imovini stečajnog dužnika, ne predstavlja procesnu prepreku za vođenje spora po tužbi sa zahtevom za njegovo obavezivanje kao tuženog.“ *Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž 2380/2017 (2) od 30. 11. 2017. godine.*

³¹ „Tokom prethodnog postupka iz člana 159. stav 1. ovog zakona stečajni sudija može, na zahtev zainteresovanog lica ili po službenoj dužnosti, angažovati ovlašćena stručna lica (procenitelje, veštace ili revizore) u cilju utvrđivanja tačnosti podataka iz unapred pripremljenog plana reorganizacije.“

³² „Stručno lice – procenitelja, veštaka ili revizora, radi provere tačnosti podataka unetih u unapred pripremljeni plan reorganizacije, stečajni sudija može imenovati u toku prethodnog postupka radi ispitivanja uslova za pokretanje postupka stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, odnosno najranije rešenjem o pokretanju prethodnog postupka za ispitivanje ispunjenosti uslova za otvaranje postupka stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, a ne i pre pokretanja istog.

Zadatak stručnog lica određuje se rešenjem o njegovom imenovanju a ukoliko sud nije bliže odredio zadatak stručnog lica provera obuhvata podatke određene odredbom člana 12. stav 3. tačka 1–8. Pravilnika o načinu sprovođenja reorganizacije po unapred pripremljenom planu

obezbeđenja iz čl. 159 b) st. 3 Zakona o stečaju: ovlašćeno stručno lice (procenitelj, veštak, revizor ...) imenuje stečajni sudija po službenoj dužnosti ili na zahtev zainteresovanog lica. Zadatak ovog lica je provera tačnosti podataka sadržanih u unapred pripremljenom planu reorganizacije: 1) imovinsko-pravnog statusa imovine stečajnog dužnika, ukoliko je planom predviđeno raspolaganje tom imovinom, kao mera za sprovođenje plana; 2) izvršenog razvrstavanja potraživanja poverilaca po klasama, a naročito proveru osnovanosti kriterijuma za formiranje dodatnih poverilačkih klasa, ukoliko plan sadrži takve klase; 3) usaglašenosti podataka o potraživanjima poverilaca koja su prikazana u planu sa podacima iz vanrednog izveštaja revizora; 4) da li je predlagač izvršio korekcije plana u skladu sa nalogima suda, ukoliko je takvih naloga bilo, uz kratak pregled takvih izmena; 5) da li je predlagač vršio korekcije teksta plana bez naloga suda sa navođenjem izvršenih korekcija; 6) da li su u posebnu klasu poverilaca izdvojena potraživanja svih povezanih lica u skladu sa odredbama Zakona; 7) da li su izvršene procene vrednosti imovine koja je sadržana u planu u skladu sa rokovima predviđenim Zakonom; 8) činjeničnih navoda iz primedaba poverilaca i odgovora dužnika.³³

Privremeni stečajni upravnik se imenuje u okviru mere obezbeđenja sa ciljem da se spreči promena finansijskog i imovinskog stanja dužnika do ročišta za glasanje o unapred pripremljenom planu reorganizacije.

KLASE POTRAŽIVANJA I GLASANJE O PLANU REORGANIZACIJE³⁴

Odredba čl. 165 Zakona o stečaju zajednička je za formiranje klasa i glasanje o planu reorganizacije u stečaju i unapred pripremljenom planu reorganizacije.

Formiranje klasa

Planom reorganizacije formiraju se klase poverilaca radi glasanja u okviru klase. Glasanje se sprovodi u okviru klasa. Plan se smatra usvojenim u klasi, ako su za plan glasali poverioci koji imaju običnu većinu (više od 50%) potraživanja od ukupnih potraživanja u toj klasi.³⁵

reorganizacije i sadržini unapred pripremljenog plana reorganizacije (*Službeni glasnik RS*, br. 57/18).“ *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 3, 2020.

³³ Čl. 12 st. 3 Pravilnika o načinu sprovođenja reorganizacije po unapred pripremljenom planu reorganizacije i sadržini unapred pripremljenog plana reorganizacije.

³⁴ Čl. 165 ZS.

³⁵ Čl. 165 a) ZS.

Klase se formiraju na osnovu razlučnih prava i prava stečajnih poverilaca prema isplatnim redovima.³⁶ Klase se mogu formirati i na osnovu stvarnih i suštinskih karakteristika potraživanja, sličnosti potraživanja u okviru jedne klase, kao i na osnovu broja poverilaca (postoji više od 100 poverilaca čija potraživanja pojedinačno ne prelaze 50.000,00 dinara – administrativna klasa).

Zakon je pored navedenog predvideo i posebnu klasu, klasu lica povezanih sa stečajnim dužnikom i propisao da lica povezana sa stečajnim dužnikom (izuzeta su lica koja u okviru svoje redovne delatnosti se bave davanjem kredita) čine posebnu klasu poverilaca i ne glasaju o planu reorganizacije. Takođe je propisao, što se u planovima reorganizacije zanemaruje, da se potraživanja povezanih lica namiruju na isti način i pod istim uslovima kao potraživanja iz klase stečajnih poverilaca prema isplatnom redu u koje je razvrstano njihovo potraživanje. To praktično znači da postoji mogućnost da se u svakom isplatnom redu (klasi poverilaca) kao poverilac pojavi i lice povezano sa stečajnim dužnikom. Imajući u vidu navedene zakonske odredbe zaključuje se da u planu reorganizacije može biti formirano više klasa lica povezanih sa stečajnim dužnikom. Na primer: poverioci – lica povezana sa stečajnim dužnikom iz prvog isplatnog reda/klase morala bi biti izdvojena i od njih formirana prva a) klasa koja bi se namirivala na način i pod uslovima pod kojima se namiruju poverioci prve klase. Na isti način se formira klasa lica povezanih sa stečajnim dužnikom iz drugog ili trećeg isplatnog reda/klasa.

Međutim, u planovima se najčešće formira jedna klasa lica povezanih sa stečajnim dužnikom zanemarujući pripadnost potraživanja različitim klasama. Takav plan je nezakonit, što ne znači da se ovaj nedostatak ne može otkloniti u prethodnom postupku pre zakazivanja ročišta za glasanje o planu.

Procena potraživanja

Drugo sporno pitanje koje se pojavilo u praksi je pitanje procene potraživanja koje je osporeno ili neispitano, bilo da je potraživanje stečajno ili razlučno. Zakon opštom odredbom iz čl. 165 st. 1. Zakona o stečaju propisuje da će visinu ovih potraživanja proceniti za potrebe glasanja stečajni sudija. Nakon toga u narednim odredbama čl. 165 st. 4 i 5 propisano je posebno, detaljno, kako se vrši procena potraživanja razlučnog poverioca za potrebe glasanja o planu, da bi se utvrdilo sa kojim delom potraživanja razlučni poverilac glasa u klasi razlučnih, a za koji deo njegovo potraživanje ne može biti namireno u tom

³⁶ Čl. 54 st. 4 ZS.

svojstvu, zbog čega se poverilac u tom delu svrstava u klasu stečajnih s pravom glasa za deo potraživanja koji ne može biti namiren iz vrednosti predmeta obezbeđenja.

Članom 160 st. 2 Zakona o stečaju koji se odnosi na glasanje o unapred pripremljenom planu reorganizacije određeno je da stečajni sudija na zahtev zainteresovanog lica može izvršiti procenu visine potraživanja za potrebe glasanja, ako to lice dostavi dokaze da visina potraživanja navedena u unapred pripremljenom planu reorganizacije nije tačna. Ova odredba se primenjuje samo na glasanje u postupku usvajanja unapred pripremljenog plana reorganizacije, dok se odredba čl. 165 primenjuje i na glasanje i formiranje klasa bez obzira da li se radi o unapred pripremljenom planu reorganizacije ili planu reorganizacije u stečaju. Stoga se procena visine potraživanja razlučnog poverioca u svrhu glasanja o unapred pripremljenom planu reorganizacije i planu reorganizacije u stečaju sprovodi primenom čl. 165 st. 4 i 5 Zakona o stečaju.³⁷

Iz navedenog sledi da stečajni sudija u postupku glasanja o unapred pripremljenom planu reorganizacije procenu vrednosti potraživanja vrši samo na zahtev zainteresovanog lica koje dostavi dokaze da visina potraživanja u unapred pripremljenom planu reorganizacije nije tačna. Kada je u pitanju reorganizacija u stečaju stečajni sudija vrši procenu potraživanja koja su osporena i neispitana. Procenu verovatnosti potraživanja stečajni sudija može vršiti na osnovu svih raspoloživih dokaza, pa i angažovanjem stručnih lica (procenitelj, veštak...)³⁸

³⁷ „Ovako različito regulisanje pitanje procene osporenih, odnosno neispitanih potraživanja u otvorenom stečajnom postupku za potrebe plana reorganizacije u odnosu na postupak po unapred pripremljenom planu reorganizacije je posledica činjenice da se u prvom prijavljuju potraživanja, da se o njima izjasnio najčešće stečajni upravnik na temelju dostavljenih dokaza uz prijavu, kao i podataka iz poslovnih knjiga, finansijske i ostale dokumentacije stečajnog dužnika, dok se u postupku po unapred pripremljenom planu reorganizacije potraživanja ne prijavljuju i ne ispituju. Procena podrazumeva ocenu verovatnosti i osnova i visine potraživanja, s obzirom da se može procenjivati visina samo onog potraživanja za koje stečajni sudija smatra da je verovatno osnovana.“ *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 3, 2022.

³⁸ „Shodno navedenim zakonskim odredbama procena visine potraživanja za potrebe glasanja kod unapred pripremljenog plana reorganizacije posebno je regulisana odredbom člana 160. stav 2. Zakona o stečaju. Ona se vrši preko ovlašćenog stručnog lica. Ali kada ceni verovatnost osnova potraživanja sud to može činiti na osnovu svih raspoloživih sredstava, pa i preko nalaza veštaka posebno ako okolnosti slučaja ukazuju na takvu potrebu. Stoga su neosnovani žalbeni navodi žalilaca, državnih poverilaca, kojim se ukazuje na to da nalazom veštaka kao stručnog lica nije bilo mesta da se utvrđuje verovatnost osnova potraživanja budući da u slučaju kada osnov nije verovatan, onda se njegova visina ne može procenjivati. Procena verovatnosti potraživanja podrazumeva procenu verovatnosti i osnova i visine potraživanja.“ (Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvv 151/2017 od 7. 6. 2017. godine, *Bilten Sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, 2017.

Glasanje o planu

Odredbom čl. 165 st. 2 Zakona o stečaju je ostavljena mogućnost poveriocima da se o planu reorganizacije izjašnjavaju pisanim putem podnošenjem glasačkih listića sa overenim potpisom ovlašćenog lica. Na ročištu za glasanje o planu sud je dužan da pre početka glasanja obavesti prisutne poverioce o rezultatima glasanja pisanim putem.

U praksi je dilemu izazvalo tumačenje šta se podrazumeva pod „glašačkim listićem sa overenim potpisom ovlašćenog lica“.

Pravilnik o načinu sprovođenja reorganizacije po unapred pripremljenom planu reorganizacije i sadržini unapred pripremljenog plana reorganizacije u čl. 3 pod nazivom: „Neobavezujuće izjave većinskih poverilaca i glasanje pisanim putem“, reguliše sadržinu izjave većinskih poverilaca po vrednosti potraživanja svake planom predviđene klase da su saglasni sa planom i spremni da glasaju za njegovo usvajanje (u daljem tekstu: izjava većinskih poverilaca)³⁹ i sadržinu glasačkih listića. Prema ovoj odredbi izjavu većinskih poverilaca potpisuje zakonski zastupnik ili drugo lice ovlašćeno aktima poverioca. Većinska izjava poverioca sadrži: 1) poslovno ime, odnosno lično ime poverioca, matični broj pravnog lica, odnosno jedinstveni matični broj građana, a u slučaju inostranog poverioca registarski broj pravnog lica, odnosno broj pasoša fizičkog lica; 2) iznos njegovog potraživanja naveden u planu; 3) određenje klase poverilaca u koju je potraživanje svrstano; 4) procenat vrednosti tog potraživanja u odnosu na iznos ukupnih potraživanja u toj klasi; 5) potvrdu da je poverilac u potpunosti upoznat sa sadržinom plana; 6) potvrdu da je poverilac saglasan sa planom i spreman da glasa za njegovo usvajanje; 7) datum i mesto potpisivanja izjave; 8) potpis. Izjava većinskih poverilaca nema obavezujuće dejstvo i nije zamena za glasački listić i ne može biti uslovno data. Međutim, čl. 3 st. 6 navedenog pravilnika propisan je izuzetak kada izjava većinskih poverilaca predstavlja i glasački listić, odnosno smatra se glasačkim listićem za glasanje na ročištu za odlučivanje o unapred pripremljenom planu reorganizacije, a to je, kada sadrži i odredbu kojom poverilac izričito izjavljuje da je saglasan da se izjava smatra glasačkim listićem u smislu odredaba Zakona o stečaju, a kojim se uređuje glasanje pisanim putem. Za ovu izjavu koja je istovremeno i glasački listić je propisano da se potpis zastupnika, odnosno drugog ovlašćenog lica overava. To bi značilo, s obzirom na to da čl. 165 st. 2 Zakona o stečaju propisuje „glašački listić sa overenim potpisom ovlašćenog lica“, da overi podleže potpis ovlašćenog lica na glasačkom listiću pravnih lica, a fizičkih lica samo kada u njihovo ime glasa po ovlašćenju drugo lice. Overa potpisa ovlašćenog lica pravnog

³⁹ Čl. 156 st. 4 tač. 2) ZS.

lica podrazumeva potpis zakonskog zastupnika overen pečatom pravnog lica, dok bi potpis lica ovlašćenog za glasanje od strane fizičkog lica na glasačkom listiću morao imati overen potpis vlastodavca (poverioca) u smislu Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa.⁴⁰

U praksi su se pojavila tumačenja da svi potpisi na glasačkim listićima moraju biti overeni od javnog beležnika, što je po mišljenju autora neprihvatljivo jer Zakon i Pravilnik jasno propisuju samo overu potpisa ovlašćenog lica, a ne potpisa poverioca.

Drugo tumačenje je pak, da se potpisi ovlašćenih lica na glasačkom listiću overavaju u skladu sa Zakonom o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa. Autor nije saglasan sa ovakvim tumačenjem iz razloga koji su već navedeni. U odluci Privrednog apelacionog suda⁴¹ je izraženo sledeće stanovište: „Tačno je da je članom 3. Pravilnika o načinu sprovođenja reorganizacije po unapred pripremljenom planu reorganizacije i sadržini unapred pripremljenog plana reorganizacije propisano da se potpis zastupnika, odnosno drugog ovlašćenog lica na izjavi iz stava 6. ovog člana, odnosno na glasačkom listiću overava. To u situaciji, kada je u pitanju pravno lice, znači da su glasački listići overeni pečatom pravnog lica i potpisom zakonskog zastupnika pravnog lica, što je u konkretnom slučaju i učinjeno. Ne postoji obaveza overe istih od strane nadležnog organa u smislu Zakona o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, kako to pogrešno žalilac u žalbi ističe.“

Osnovano se može postaviti pitanje da li potpisi na izjavi većinskih poverilaca koja je istovremeno i glasački listić treba da budu overeni u skladu sa Zakonom o overavanju potpisa, rukopisa i prepisa, s obzirom da ovu izjavu koja je i glasački listić, poverilac potpisuje u postupku izrade unapred pripremljenog plana reorganizacije, pre nego što je isti predat sudu.

U svakom slučaju u narednom periodu zakonodavac bi ovo pitanje trebao regulisati na nedvosmislen način koji ne iziskuje tumačenje.

Autor je takođe mišljenja da je zakonodavac imao nameru da potpisi ovlašćenih lica budu overeni od strane javnog beležnika, zakonodavac bi propisao, kao što je to učinio u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju,⁴² propisujući overu u skladu sa zakonom.

Pored poverilaca koji glasaju (pisanim putem ili neposredno na ročištu za glasanje) postoje poverioci koji se ne izjašnjavaju o planu. Propuštanje glasanja

⁴⁰ *Službeni glasnik RS*, br. 93/14, 22/15 i 87/18.

⁴¹ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvž 43/2021 od 30. 6. 2021. godine.

⁴² *Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16 – autentično tumačenje, 113/19 – autentično tumačenje, 54/19, 9/20 – autentično tumačenje, 10/23 – drugi zakoni.

– neizjašnjavanje poverioca o planu reorganizacije se po svojim pravnim posledicama izjednačava glasanjem protiv plana.⁴³

O planu reorganizacije poverioci se izjašnjavaju po klasama, kao što je već rečeno, i u svakoj klasi treba da se za plan izjasne poverioci koji imaju običnu većinu potraživanja od ukupnih potraživanja poverilaca u toj klasi. Praktično to bi značilo da ukoliko bi se poverioci u jednoj klasi izjasnili protiv plana (nema propisane većine u toj klasi) dalje glasanje – po nižim klasama, je nepotrebno jer plan nije usvojen bez obzira što bi možda bio izglasan od strane poverilaca u nižim klasama potraživanja.

POSLEDICE USVAJANJA PLANOVA REORGANIZACIJE⁴⁴

Usvojeni plan reorganizacije je izvršna isprava i smatra se novim ugovorom za izmirenje potraživanja obuhvaćenih planom. Uslovi i način namirenja poverilaca obuhvaćenih planom odnosi se kako na poverioce čija su potraživanja nesporna, tako i na poverioce osporenih potraživanja. Usvojeni plan reorganizacije odnosi se na poverioce koji nisu obuhvaćeni planom reorganizacije, a čija potraživanja su postojala na presečni dan. Iz ovoga proizlazi da poverioci čija potraživanja nisu utvrđena planom kao nesporna/priznata, mogu svoja prava ostvarivati u parničnim postupcima. Sporno je koji sud je stvarno nadležan za postupanje: privredni ili sud opšte nadležnosti kada su u pitanju fizička lica, odnosno lica o čijim potraživanjima bi inače odlučivao sud opšte nadležnosti.

Članom 28 Zakona o uređenju sudova,⁴⁵ između ostalog je propisano da privredni sudovi u prvom stepenu sude i u sporovima povodom reorganizacije i stečaja, osim u sporu za utvrđenje postojanja, zasnivanja i prestanka radnog odnosa koji je pokrenut pre otvaranja stečaja. S obzirom na to da zakon posebno propisuje nadležnost privrednih sudova da sudi „sporove povodom reorganizacije i stečaja“, to pitanje nadležnosti privrednih sudova bez obzira na svojstvo tužioca (fizičko ili pravno lice) i predmet spora, po mišljenju autora, kada su predmet tužbenog zahteva potraživanja obuhvaćena planom reorganizacije kao osporena, ili izostavljena iz plana, ali su postojala na presečni dan, stvarno je nadležan privredni sud. Međutim, zastupljena su i drugačija stanovišta prema kojim po obustavi stečajnog postupka s obzirom na to da se briše oznaka privrednog društva „u stečaju“ nema uslova

⁴³ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pvrž 220/2021 od 28. 7. 2021. godine, *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, 2021.

⁴⁴ Čl. 167 ZS.

⁴⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 10/23.

za atrakciju nadležnosti privrednim sudovima, pri čemu se isti princip primenjuje i za navedena potraživanja iz unapred pripremljenog plana reorganizacije.⁴⁶

U praksi dolazi do neujednačenog postupanja sudova opšte nadležnosti kada su u pitanju izvršni postupci pokrenuti predlogom poverioca na osnovu plana reorganizacije kao izvršne isprave. Zakon o uređenju sudova u pomenutoj odredbi 28 propisuje da privredni sudovi „određuju i sprovode izvršenje i obezbeđenje odluka iz svoje nadležnosti...“. Stoga je određivanje i sprovođenje izvršenja po predlogu poverioca čije se potraživanje zasniva na planu reorganizacije kao izvršnoj ispravi koju je doneo privredni sud, u nadležnosti privrednih sudova. U praksi se neretko događa da u ovim izvršnim postupcima postupaju sudovi opšte nadležnosti.

ZAKLJUČAK

Postupak reorganizacije je složen sudski postupak koji iziskuje aktivno postupanje stranaka i drugih učesnika u postupku, a posebno efikasno i stručno postupanje stečajnih sudija koji upravljaju postupkom. Mnoga sporna pitanja koja su se pojavila u postupcima usvajanja planova reorganizacije su kroz sudsku praksu razjašnjena i u praksi privrednih sudova ujednačena. Međutim, još uvek su ostala nerazjašnjena pojedina pitanja na koja je ukazano i ovim radom. Međutim, težište rada je ukazivanje na različito postupanje sudova i pored toga što su pojedina pitanja razjašnjena i sudska praksa ujednačena. Upravo su ta pitanja koja se i dalje najčešće pojavljuju u postupcima pred privrednim sudovima i to u predmetima po žalbi pred Privrednim apelacionim sudom razmotrena u ovom radu.

JASMINKA OBUĆINA

President of the Commercial Appellate Court in Belgrade

PRACTICE OF COMMERCIAL COURTS IN PROCEEDINGS UNDER REORGANIZATION PLANS

Summary

The reorganization plan was initially introduced through the Law on Bankruptcy Procedure. According to this law, reorganization took place within the framework of an open bankruptcy procedure, with bankruptcy proceedings being suspended upon successful execution of the reorganization plan. Otherwise, proceedings continued towards bankruptcy. The Bankruptcy Law significantly

⁴⁶ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda R1 505/2021 od 2. 9. 2021. godine; Rešenje Vrhovnog kasacionog suda R1 590/2018 od 25. 12. 2019. godine, Paragraf lex – Pravna baza propisa, 31. 7. 2023. godine.

amends this institution concerning the procedure (while the objective of reorganization remains unchanged) by introducing a pre-prepared reorganization plan alongside the bankruptcy reorganization. However, it is imperative not to disregard the fact that Serbian bankruptcy law recognized reorganization under a different name in the Law on Compulsory Settlement, Bankruptcy, and Liquidation through the Institute of Compulsory Settlement, as well as the Rehabilitation Institute, which was regulated by the Law on Rehabilitation and Termination of the Organization of Associated Labor. The reality is that these two institutions, rehabilitation and compulsory settlement, given the overall developments in the economic, political, and social spheres, and considering changes in the organization and operation of the economy, necessarily underwent transformations, evolving into an institution suitable for the state of the economy and the organization of economic entities.

Key words: bankruptcy, reorganization, pre-prepared reorganization plan, classes, claims

STRUČNI RAD

RADNJE IZRIČITOG RASPOLAGANJA PREDMETOM SPORA U SUDSKIM POSTUPCIMA KOMPANIJSKOG PRAVA

U radu se razmatra pitanje da li je u sudskim postupcima kompanijskog prava dozvoljeno preduzeti radnje izričitog raspolaganja predmetom spora – dati izjavu o odricanju ili povlačenju zahteva ili zaključiti sudsko poravnanje. Zakon o privrednim društvima na ovo pitanje ne daje odgovor, a ono se postavlja iz razloga jer postupci koji se vode u domenu kompanijskog prava često imaju predstavnički karakter, te tužilac osim svog, štiti i interese svih drugih članova društva i/ili samog društva, ili možda čak ne vodi postupak o svom pravu (slučaj derivativne tužbe). Zaključak je da u postojećem zakonodavnom uređenju sud predmetno raspolaganje može ograničiti samo primenom čl. 3 Zakona o parničnom postupku, te ne bi trebalo da dozvoli raspolaganje predmetom spora ukoliko utvrdi: a) da tužilac nema materijalnopravno ovlašćenje da raspolaže predmetom spora, b) takvo raspolaganje bi bilo suprotno po sadržini bilo kojoj imperativnoj odredbi Zakona o privrednim društvima ili c) bi raspolaganje imalo nedozvoljeni cilj. Sve navedeno predstavlja preveliki teret za sud i otvara rizik pravne nesigurnosti, te bi ovu materiju trebalo urediti u nekim narednim izmenama zakona.

Ključne reči: raspolaganje predmetom spora, Zakon o privrednim društvima, odobrenje suda

U V O D

Sudski postupci koji za predmet spora imaju određeni institut kompanijskog prava su u velikoj meri specifični, jer po svojoj prirodi uglavnom imaju predstavnički

karakter.¹ Naime, bez obzira da li se postupak vodi između članova društva međusobno, ili između članova i samog društva, ili možda članova uprave i društva, odluka koja bude doneta u postupku po prirodi stvari neće uticati samo na pravni položaj stranka u postupku, već na širi krug lica – društvo i sve njegove članove.² Međutim, kako nije moguće da u sudskom postupku uvek učestvuju svi članovi društva i/ili samo društvo, zakoni dozvoljavaju da postupak pokrenu samo pojedini članovi društva, individualno ili ukoliko poseduju određeni kapital cenzus. Predstavnički karakter kompanijsko-pravnih sporova uzrokuje potrebu postojanja niza posebnih pravila postupka koja odstupaju od opštih pravila građanskoprocenog prava. Neke od tih specifičnosti srpski zakonodavac je prepoznao, te ih posebno uredio,³ međutim, neke od njih nije. U ovom radu biće reči o jednom segmentu postupka u sporovima kompanijskog prava koje zakon nije prepoznao kao značajne, a to je dozvoljenost preduzimanja radnji izričitog raspolaganja predmetom spora. Zakon o privrednim društvima ni na jednom mestu ne određuje da li je povodom neke od tužbi kompanijskog prava dozvoljeno zaključiti poravnanje ili se, na primer, odreći istaknutog zahteva. U tom smislu se postavlja pitanje, da li je u srpskom pravu u sporovima kompanijskog prava radnje izričitog raspolaganja predmetom spora moguće punovažno preduzeti u skladu sa opštim pravilima građanskoprocenog prava, (ispunjenja opštih i posebnih procesnih pretpostavki), ili je ova kategorija radnji možda zabranjena, ili je pak za preduzimanje ovih radnji potrebno ispunjenje dodatnih uslova koji bi se temeljili na pravilima kompanijskog prava. Kako bi se predmet analize adekvatno definisao, u nastavku uvodnog izlaganja najpre će biti reči o samom pojmu „sudski postupak kompanijskog prava“, zatim će biti definisan pojam radnje izričitog raspolaganja predmetom spora i na kraju će biti definisan problem koji će biti centralna tema ovog rada.

Pojam sudskog postupka kompanijskog prava

Definiciji sudskog postupka kompanijskog prava može se pristupiti sa praktičnog i teorijskog aspekta. Sa praktičnog aspekta pod ovim pojmom se podrazumevaju svi sudski postupci čiji su subjektivni i objektivni domen primene, a eventualno

¹ Predstavnička parnica se može definisati kao postupak u kome tužilac/tuženi, pored sopstvenih interesa, zastupa i interese trećih lica koja nisu uključena u postupak, ali sa njim dele zajednički interes. Jovana Veličković, *Derivativna tužba*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, 61.

² O subjektivnim granicama presude donete u sporovima kompanijskog prava v. Slađana Aras Kramar, *Postupak pred trgovačkim sudovima, trgovački statusni parnični postupci*, Narodne novine, Zagreb 2014, 129–131.

³ Na primer, čl. 80 Zakona o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 i 109/21 (u daljem tekstu ZPD). Ovaj član zakona uređuje posebna pravila za sticanje svojstva umešača u postupcima po direktnoj i derivativnoj tužbi.

i posebna pravila postupka uređeni Zakonom o privrednim društvima. Međutim, na osnovu praktične definicije nije moguće steći sliku o kojim sporovima je zapravo reč. Potpunu sliku o kojim sporovima je reč moguće je steći tek formiranjem liste postupaka, koja čak i kada bi se sačinila ne bi bila konačna u kontekstu davanja definicije, jer je podložna promenama.⁴ Stoga je optimalnije formirati opštu teorijsku definiciju pojma, koja bi uvek bila primenljiva, bez obzira na konkretne vidove postupaka koje zakon u određenom momentu prepoznaje. Teorija pravi razlikovanje na pojam kompanijskopavnog spora u užem i širem smislu. U užem smislu pod ovim pojmom se podrazumevaju sporovi *unutar društva*, među koje spadaju sporovi između članova društva međusobno, između članova i samog društva, a povodom njihovog članstva u društvu i sporovi između članova uprave i društva, a u vezi sa njihovim radom u društvu.⁵ Data definicija je po prirodi subjektivno-objektivna, jer je potrebno da se spor vodi između tačno definisanih subjekata, a u odnosu na predmet zaštite koji je regulisan pravilima kompanijskog prava.⁶

Sa druge strane, u širem smislu pod ovim pojmom se podrazumevaju i sporovi koji *su u vezi sa društvom*, u kojima kao stranka učestvuje i lice koje ne potiče iz unutrašnje sfere društva, kao što su, na primer, poverioci, ali je osnov za pokretanje postupka regulisan kompanijskim pravom, a ne na primer, obligacionim.⁷

Po pravnoj prirodi predmeta zaštite sporovi kompanijskog prava u užem smislu mogu biti statusnog ili imovinskog karaktera, a u pojedinim slučajevima i mešovitog, dok su sporovi kompanijskog prava u širem smislu primarno imovinskog karaktera.⁸

Predmet interesovanja u ovom radu su sporovi kompanijskog prava u užem smislu, odnosno sporovi unutar društva.

Izvori prava

U srpskom pravu sporovi kompanijskog prava su regulisani u prvom redu opštim pravilima Zakona o parničnom postupku, pre svega odredbama o privrednim sporovima, a zatim i opštim pravilima postupka. U drugom redu sporovi kompanijskog prava su regulisani i procesnim odredbama Zakona o privrednim društvima. Imajući u vidu navedeno, potrebno je naglasiti da Zakon o privrednim društvima,

⁴ Mirko Vasiljević, „Arbitražni ugovor i interkompanijskopravni sporovi“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Vol. 66, 2018, 19.

⁵ S. Aras Kramar, op. cit., 3.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, 4.

⁸ *Ibidem*, 5–6.

osim čistih procesnih odredaba takođe sadrži i u teoriji poznate legitimacijske odredbe, kao i pravnozaštitne odredbe. Prva kategorija odredaba propisuje koji subjekti imaju procesnu legitimaciju, odnosno pravo na vođenje postupka, što će u domenu kompanijskog prava često biti i lica koja nisu titulari prava koje se štiti u sudskom postupku.⁹ Druga kategorija odredaba reguliše pitanje na koji način se ostvaruje pravna zaštita, da li u parničnom ili vanparničnom postupku.¹⁰

Pojam parnične radnje izričitog raspolaganja predmetom spora

Teorija građanskoprocenog prava poznaje brojne podele parničnih radnji, a osnovna je na radnje koje preduzimaju sud i stranke, odnosno drugi učesnici u postupku.¹¹ Kada je reč o parničnim radnjama stranaka od posebne važnosti su parnične radnje kojima se raspolože tužbom i tužbenim zahtevom i po tom osnovu okončava parnični postupak, a među koje se ubraja zaključenje sudskog poravnania, odricanje od tužbenog zahteva, povlačenje tužbe i odustajanje od pravnog leka.¹² U odnosu na pomenute parnične radnje stranaka, moguće je razlikovati materijalne i procesne radnje raspolaganja, a na osnovu kriterijuma da li se efekat radnje sastoji u završetku parnice sa dejstvom kao da je meritorno odlučeno o tužbenom zahtevu.¹³ U tom pogledu, zaključenje poravnania, odricanje od tužbenog zahteva i odustajanje od pravnog leka predstavljaju materijalne radnje raspolaganja, dok povlačenje tužbe spada u procesnu radnju raspolaganja. Imajući u vidu navedenu podelu potrebno je ukazati na to da povlačenje tužbe nekada može imati efekat materijalne radnje raspolaganja, na primer, ukoliko usled povlačenja tužbe nastupi zastarelost ili prekluzija. U ovim okolnostima, iako je formalno reč o procesnoj radnji raspolaganja, u praktičnoj primeni radnja proizvodi jednak efekat kao i radnja materijalnog raspolaganja, jer pokretanje novog parničnog postupka ne bi bilo dozvoljeno (u slučaju nastupanja prekluzije) ili ne bi bilo uspešno (u slučaju nastupanja zastarelosti).¹⁴

U svim navedenim slučajevima reč je o parničnim radnjama kojima se izričito raspolože predmetom spora. Međutim, pored navedenog postoje i radnje

⁹ *Ibidem*, 9.

¹⁰ *Ibidem*, 10.

¹¹ Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Parnične radnje, V knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2008, 4.

¹² Borivoje Poznić, Vesna Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2015, 418.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ J. Veličković, op. cit., 493–494.

prećutnog raspolaganja predmetom spora, a to je slučaj kada usled pasivnosti tuženog postoje uslovi za donošenje presude na osnovu izostanka ili propuštanja.¹⁵

Predmet interesovanja u ovom radu su samo parnične radnje stranaka kojima se izričito raspolože predmetom spora, a to su izjava o odricanju od zahteva,¹⁶ povlačenje zahteva i zaključenje sudskog poravnanja, te posledično parnične radnje suda koje se preduzimanju na osnovu pomenutih parničnih radnji stranaka – donošenje odluke na osnovu odricanja, odobrenje zaključenja sudskog poravnanja i rešenja o povlačenju zahteva.

Definisanje problema

Ukoliko se analiziraju legitimacijske odredbe Zakona o privrednim društvima može se uočiti da Zakon o privrednim društvima poznaje tri kategorije sudskih postupaka.

Prva kategorija su postupci u kojima član društva spor pokreće u svoje ime, a za račun društva. U ovom slučaju reč je o derivativnoj tužbi i tužbama iz čl. 49 i 472 Zakona o privrednim društvima.¹⁷ Dakle, reč je o sporovima u kojima tužilac vodi spor o tuđem pravu.

Druga kategorija su postupci u kojima član društva vodi sudski postupak o svom pravu, ali po izričitom slovu zakona odluka suda će imati šire subjektivne granice delovanja. U ovom slučaju može biti reči o proširivanju subjektivnih granica pravnosnažnosti presude, kao što je slučaj sa presudom donetom u postupku za pobijanje odluka skupštine društva¹⁸ ili pak o horizontalnom dejstvu presude,¹⁹ kao što je slučaj sa presudom koja se donosi u postupku radi zaštite nesaglasnih akcionara ili rešenja u vanparničnom postupku povodom utvrđivanja pravilne cene akcija koje su bile predmet prinudnog otkupa.²⁰

¹⁵ Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Sudske odluke i sudska nagodba, IX knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2013, 223, 275.

¹⁶ U ovom slučaju se koristi termin zahtev, a ne tužba, jer se identično pitanje može postaviti u parničnim i vanparničnim postupcima koji su regulisani ZPD.

¹⁷ Tužba iz čl. 49 ZPD se odnosi na odgovornost u slučaju prenosa udela, odnosno akcija za obaveze u vezi sa ulogom, dok se tužba iz čl. 472 odnosi na zahtev na naknadu štete protiv članova uprave zbog povrede pravila o raspolaganju imovinom velike vrednosti.

¹⁸ ZPD, čl. 379.

¹⁹ ZPD, čl. 476 i 521.

²⁰ Horizontalno (neposredno) dejstvo presude treba razlikovati od pojma proširenja subjektivnih granica pravnosnažnosti presude. V. Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 496.

Treća kategorija postupaka je rezidualne prirode, te nju čine svi oni postupci u kojima je aktivna legitimacija dodeljena članovima društva (po pravilu samo ukoliko poseduju određeni kapital cenzus), ali povodom prava koje nije njihovo lično člansko pravo, već se odnosi na sve članove društva, te po prirodi stvari, iako zakon nije izričito propisao, odluka koja bude doneta u postupku treba da ima dejstvo na društvo i sve njegove članove (na primer, reč je o postupku za prestanak društva, ili oduzimanje ortaku ovlašćenja za zastupanje društva).²¹

U svim navedenim postupcima, ostavljanje na slobodnu volju tužiocu/predlagaču da odluči da li će preduzeti neku od radnji izričitog raspolaganja predmeta spora, u velikoj meri je upitno, jer u pojedinim slučajevima preduzimanje takve radnje može biti protivno interesima društva ili ostalih članova, ali bi u pojedinim okolnostima moglo biti i predmet zloupotreba. Naime, teoretski moguće je da član društva u dogovoru sa tuženim pokrene postupak, na primer, po derivativnoj tužbi, a da zatim povuče tužbu ili se odrekne tužbenog zahteva, usled čega društvo više ne može da zaštiti svoja prava po istom osnovu. Trenutno važeći Zakon o privrednim društvima ne prepoznaje značaj navedenog problema, dok je Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine na posredan način ukazao da raspolaganje tužbom i tužbenim zahtevom u postupku po derivativnoj tužbi ne bi trebalo da bude potpuno slobodno, te je propisao da postupak po derivativnoj tužbi ne može biti okončan vansudskim poravnanjem,²² što je podrazumevalo da dogovor između stranaka mora biti pod kontrolom suda.

ARGUMENTI ZA I PROTIV SLOBODE RASPOLAGANJA PREDMETOM SPORA

Imajući u vidu definisani predmet razmatranja, kao osnovno postavlja se pitanje zbog čega može biti sporno da tužioci u sporovima kompanijskog prava imaju bezuslovno ovlašćenje da preduzimaju parnične radnje izričitog raspolaganja predmetom spora.

U onim kompanijskim sporovima u kojima član društva ne vodi postupak o svom pravu, ili samo o svom pravu (kada postoji horizontalno dejstvo sudske odluke ili proširenje njenih subjektivnih granica po samom zakonu) takvo raspolaganje može biti upitno sa aspekta osnovnih načela građanskog prava. Jedno od temeljnih načela građanskog prava predstavlja autonomija volje, shodno kom subjekti građanskog prava su slobodni prilikom odlučivanja o zasnivanju, izmeni

²¹ S. Aras Kramar, op. cit., 129–130.

²² Zakon o privrednim društvima, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, čl. 41.

ili prestanku građanskih prava.²³ Kada je reč o zaštiti građanskih prava procesni vid autonomije volje predstavlja mogućnost da titular povređenog prava slobodno odluči da li će podneti tužbu u cilju zaštite prava ili ne.²⁴ Upravo razlikovanje načela autonomije volje na materijalnopravni i procesnopravni aspekt ima veliki značaj u sporovima u kojima tužilac po izričitom slovu zakona ne štiti svoje, ili ne isključivo svoje pravo. Naime, u pojedinim sporovima kompanijskog prava zakonom je na članove društva prenet procesno pravni aspekt načela autonomije volje, na način da tužbu osim društva, u određenim okolnostima može podneti i član društva ili da član koji pokreće postupak može izdejsstvovati sudsku odluku koja se neposredno, po samom zakonu, odnosi i na pravni položaj svih drugih članova. Međutim, na članove društva zakonom nije prenet materijalno pravni aspekt autonomije volje u odnosu na pravo koje se štiti tužbom i samim tim članu društva ne bi trebalo da bude dozvoljeno da preduzima parnične radnje koje mogu dovesti do izmene ili prestanka prava koje društvo ili drugi članovi imaju prema tuženom. U tom smislu imajući u vidu da članu društva koji je podneo tužbu pre samog pokretanja postupka nije dozvoljeno da u ime i za račun društva ili drugih članova materijalnopravno raspoláže pravima koja su predmet postupka (na primer, davanjem izjave o otpustu duga ili zaključenjem vansudskog poravnjanja), tumačenjem po analogiji istom licu ne bi trebalo dozvoliti ni da preduzima parnične radnje koje imaju jednako pravno dejstvo kao i radnje materijalnog raspolaganja pre pokretanja postupka.²⁵

Zatim u kompanijskim sporovima u kojima po samom zakonu nije propisano da se tužbom štite prava društva ili drugih članova, već taj rezultat proističe shodno opštim pravilima o dejstvima presude, nije moguće osloniti se na pomenuta učenja o načelima građanskog prava. Međutim, u i ovim okolnostima se postavlja pitanje da li članu društva treba dozvoliti potpuno slobodno raspolaganje predmetom spora, jer nekada može doći do zloupotreba, u smislu da se postupak pokrene i raspoláže zahtevom upravo sa namerom da se zbog pretpostavljenog pravila o dejstvu presude svi potencijalni tužioci spreče u ostvarivanju svojih prava.

Na taj način se dolazi do zaključka da slobodno raspolaganje predmetom spora u postupcima povodom instituta kompanijskog prava može biti sporno iz dva razloga: a) jer tužilac nema materijalnopravno ovlašćenje za takvo raspolaganje, i b) postoji rizik od mogućnih zloupotreba.

²³ Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014, 246.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. Veličković, op. cit., 494–495.

U odnosu na prvi razlog koji govori protiv prava članova društva da slobodno raspoložu predmetom spora nije moguće pronaći protivargument, jer jednostavno ukoliko određeno lica nema ovlašćenje da materijalnopravno raspolože određenim pravom, već samo da pokrene sudski postupak radi njegove zaštite, teško se može obrazložiti prihvatanje mogućnosti procesnopravnog raspolaganja predmetom spora, koje po pravnom dejstvu ima iste efekte, kao i materijalnopravno raspolaganje. Ipak, u onim sporovima u kojima, iako presuda po samom zakonu deluje na širi krug lica, ali sva ta lica imaju i ovlašćenje na samostalno pokretanje postupka, međutim to nisu učinila, može se postaviti pitanje zbog čega bi trebalo štiti interese onih koji su ostali pasivni, te tužiocu na primer, uskratiti mogućnost da se odrekne tužbenog zahteva za koji se na osnovu rezultata dokaznog postupka pokazalo da bi bio neuspešan, a tuženi ne pristaje na povlačenje tužbe, već želi da se spor okonča samo odricanjem od tužbenog zahteva. Međutim, iako ovaj protivargument deluje logično, čini se da argument da u ovom slučaju pojedini članovi nemaju mogućnost da materijalnopravno raspoložu pravima u ime svih članova preovlađuje, te da ne bi trebalo dozvoliti procesno raspolaganje predmetom spora koje bi po efektu imalo isto dejstvo kao materijalnopravno raspolaganje. U svim ostalim slučajevima, kada ne postoji problem postojanja ovlašćenja za materijalnopravno raspolaganje predmetom spora, na sličan način može se postaviti pitanje, ukoliko na primer, tužbu za prestanak društva može podneti svaki akcionar koji ima 20% udela u društvu (čl. 469 Zakona o privrednim društvima), ali to učini samo neko od njih, zbog čega bi se vodilo računa o interesima lica koja to svoje pravo nisu iskoristila, već su ostala pasivna. U tom smislu, pasivnost ostalih članova, odnosno odluka da ne pokrenu postupak se može tumačiti i na način da oni nisu zainteresovani za zaštitu prava. Svakako ovo je vrlo pojednostavljeno shvatanje, jer u nekim pravnim situacijama je nesporno da svaki član društva može pokrenuti postupak po istom osnovu, nakon čega bi se ti postupci mogli spojiti u jedan, te bi izneti argument mogao opstati. Međutim, u pojedinim situacijama je upitno da li pokretanje spora od strane jednog člana može sprečiti da drugi članovi vode spor o istom pitanju, jer bi zapravo bilo reči o identičnom tužbenom zahtevu, samo podnetom od strane drugih lica (članova društva). Nepostojanje posebnih pravila o litispendenciji i subjektivnim granicama pravnosnažne sudske odluke u sporovima kompanijskog prava je dodatni problem koji predmet razmatranja čini težim za analizu. Stoga čini se da ovaj protivargument koji se iznosi (odsustvo potrebe da se zaštite pasivni članovi društva) nije uvek primenljiv, ali ni ne treba isključiti mogućnost njegove primene, već zavisi od toga da li bi bez obzira na radnju raspolaganja od strane aktuelnog tužioca drugi članovi društva ili samo društvo mogli da pokrenu novi postupak o istom pitanju. Zakon o privrednim društvima za većinu

sporova kompanijskog prava ne uređuje pitanje subjektivnih granica pravno-snažnosti presude, te bi se za ovo pitanje u svakom konkretnom slučaju ispitivali uslovi za primenu čl. 360, st. 2 Zakona o parničnom postupku.²⁶

PRISTUP UPOREDNOG PRAVA

U uporednom pravu mogu se naći primeri koji su na posredan način prepoznali značaj teme koja je predmet raspravljanja.

Na primer, u hrvatskom i nemačkom pravu, propisana su posebna pravila za tužbe imovinskopravnog karaktera, te kod tužbi radi naknade štete protiv članova uprave zakon propisuje uslove pod kojima se društvo može odreći zahteva, a to su (i) da je od trenutka nastanka štete protekao određen period vremena, te bi se od zahteva društvo moglo odreći tek nakon isteka tog perioda, (ii) zatim da je odluka skupštine o odricanju zahteva doneta kvalifikovanim većinom i (iii) da se donošenju odluke nisu suprotstavili članovi koji poseduju određeni procenat udela u društvu.²⁷

Dakle, ovde je reč o uređenju materijalnopravnog, a ne procesnopravnog raspolaganja predmetom spora. Međutim, teorija smatra da se isti uslovi moraju primenjivati i na procesnopravno raspolaganje.²⁸ Upravo zbog navedenog, a kako nije reč o posebnim procesnim pretpostavkama koje su regulisane odredbama procesnog prava, postavilo se pitanje da li sud na postojanje ovih uslova pazi po službenoj dužnosti ili samo po prigovoru stranaka. Stav teorije je da bi sud na pomenute uslove trebalo da pazi po službenoj dužnosti, te da ne dozvoli radnje raspolaganja, ukoliko nisu ispunjeni navedeni uslovi.²⁹ Ipak, ne daje se obrazloženje šta bi bio pravni osnov za takvo postupanje suda. Čini se da jedino objašnjenje može da se zasniva na opštoj obavezi suda da ne dozvoli raspolaganje stranaka koje je suprotno prinudnim propisima.

Zatim, u teoriji se iznosi stav da postoje sporovi kompanijskog prava koji su u potpunosti nedisponibilni, a to su sporovi statusnog karaktera.³⁰ Stoga bi se

²⁶ Čl. 360, st. 2: Pravnosnažna presuda deluje i prema trećim licima zbog prirode spornog prava ili pravnog odnosa, pravnog odnosa koji postoji između stranaka i trećih lica ili ako je to propisano zakonom. Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. br. 72/11, 49/13 – odluka US, 74/13 – odluka US, 55/14, 87/18, 18/20 i 10/23 – dr. zakon (u daljem tekstu ZPP).

²⁷ S. Aras Kraman, op. cit., 124–126.

²⁸ *Ibidem*, 126.

²⁹ *Ibidem*, 128.

³⁰ *Ibidem*, 126.

moglo reći da su dostupibilni samo oni kompanijskopravni sporovi koji su imovinskog karaktera i to u okviru granica dozvoljenih zakonom, imajući u vidu posebna pravila o odricanju od zahteva za naknadu štete protiv članova uprave.

PRISTUP SRPSKOG PRAVA

Zakon o privrednim društvima, iako sadrži odredbe procesnog prava, nije regulisao posebne procesne pretpostavke za preduzimanje radnji raspolaganja predmetom spora koji se vode po ovom zakonu, kako uopšteno, tako i u odnosu na pojedine vrste postupaka.

Otuda jedini mogući zaključak koji se na ovu temu može izvesti jeste da je u srpskom pravu u kompanijskopравnim sporovima sudsku odluku na osnovu odricanja, zaključenje poravnanja, te rešenje o povlačenju zahteva moguće doneti u skladu sa opštim pravilima parničnog postupka.

Međutim, izneti, naizgled jednostavan zaključak, u praktičnoj primeni može biti složeniji, o čemu će biti reči u nastavku izlaganja.

Pomenuto je da opšta teorija građanskog procesnog prava poznaje različite podela parničnih radnji, između ostalog na parnične radnje stranaka i parnične radnje suda. U oba slučaja da bi radnja odnosnog subjekta postupka imala pravno dejstvo, moraju biti ispunjenje opšte i posebne procesne pretpostavke.³¹ Opšte procesne pretpostavke se mogu podeliti na opšte pretpostavke u širem i užem smislu. Opšte procesne pretpostavke u širem smislu se odnose na uslove koje mora ispuniti svaka parnična radnja, bez obzira koji je subjekat preduzima, dok se opšte procesne pretpostavke u užem smislu odnose na uslove koje moraju ispuniti samo radnje određenog parničnog subjekta.³² Sa druge strane, posebne procesne pretpostavke se definišu prema objektivnom domenu primene, a ne prema subjektima koji ih preduzimaju, te za punovažnost pojedinih parničnih radnji zakon propisuje dodatne uslove za njihovu punovažnost.³³

U kontekstu ispunjenosti procesnih pretpostavki za preduzimanje parničnih radnji, teorija građanskoprocenog prava poznaje i koncept nedopuštenih parničnih radnji stranaka.³⁴ U ovom slučaju nije reč o posebnoj vrsti ili kategoriji parničnih radnji, već se pojam nedopuštenih parničnih radnji vezuje za njihovu direktnu nezakonitost ili za nepostojanje procesnih pretpostavki za njihovo preduzimanje.

³¹ Nikola Bodiřoga, *Parnični postupak*, Beograd, 2022, 164.

³² M. Dika (2008a), op. cit., 14–16.

³³ Na primer, posebne procesne pretpostavke za donošenje presude na osnovu priznanja, odricanja, propuštanja, izostajanja ili zaključenje sudskog poravnanja. V. M. Dika (2013), op. cit.

³⁴ M. Dika (2008a), op. cit., 333.

U tom pogledu smatra da postoje sledeće kategorije nedopuštenih radnji parničnih stranaka: a) radnje koje nisu izričito zakonom uređene, na primer, mogućnost prinudnog dovođenja tuženog radi saslušanja, b) radnje koje su izričito zakonom zabranjene i c) radnje koje su zakonom uređene i generalno dozvoljene, ali u konkretnom slučaju nisu dozvoljene, jer nisu ispunjenje procesne pretpostavke za njihovo preduzimanje ili je njihovo preduzimanje suprotno prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima (čl. 3 Zakona o parničnom postupku).³⁵

Ukoliko posmatramo navedenu kategorizaciju nedopuštenih radnji parničnih stranaka zaključuje se da bi preduzimanje radnji izričitog raspolaganja predmetom spora u domenu kompanijskog prava trenutno moglo biti sporno samo u kontekstu poslednje kategorije nedozvoljenih radnji, odnosno u slučaju kada bi njihovo preduzimanje bilo suprotno prinudnim propisima, javnom poretku, pravilima morala i dobrim običajima.

Naime, u ovom slučaju preduzimanje radnji izričitog raspolaganja predmetom spora je uređenom zakonom, jer se i na sporove iz domena kompanijskog prava primenjuju opšta pravila parničnog postupka, koja nesporno uređuju radnju davanja izjave o odricanju od zahteva, izjavu o povlačenju zahteva ili zaključenje sudskog poravnanja. Sa druge strane, kako preduzimanje ovih radnji nije posebno regulisano Zakonom o privrednim društvima, a samim tim ni izričito zabranjeno, parnične radnje bi mogle biti sporne samo ukoliko ne postoji neka od procesnih pretpostavki koje se primenjuju i u svim drugim postupcima, ali tada nije reč o specifičnostima kompanijskog prava, već opštim pravilima procesnog prava.

Na taj način se dolazi do ishoda da u trenutnom zakonodavnom uređenju pravna valjanost preduzimanja ove vrste parničnih radnji u sporovima kompanijskog prava može biti upitna sa aspekta ove grane prava samo ukoliko bi bilo reči o radnjama koje bi bile suprotne čl. 3 Zakona o parničnom postupku, odnosno ukoliko bi bilo reči o nedozvoljenom raspolaganju stranaka. U ovom slučaju je reč o tome da bi parnična radnja po sadržini, rezultatima (objektivna nedopuštenost) ili cilju (subjektivna nedopuštenost) radi kojeg je preduzeta mogla biti suprotna čl. 3 Zakona o parničnom postupku, te da bi po tom osnovu sud imao ovlašćenje da spreči raspolaganje stranaka. Stoga je dilema da li i u kojoj meri stranke u kompanijskom pravu mogu da raspoložu svojim zahtevima.

*Upšte o mogućnosti stranaka da raspoložu zahtevima
u domenu kompanijskog prava*

Granice raspolaganja predmetom spora u kompanijskom pravu su tema koja je dosta razmatrana, ali u drugom kontekstu, a to je arbitralnost kompanijskopравnih

³⁵ M. Dika (2008a), op. cit., 334–338.

sporova.³⁶ S obzirom na to da većina prava, pa i Zakon o arbitraži,³⁷ kao jedan od uslova za punovažnost arbitražnog sporazuma propisuje da je reč o zahtevima kojima stranke mogu raspolagati, u domenu kompanijskog prava se postavilo pitanje da li stranke imaju tu mogućnost ili ne. Kako je pomenuto svi sporovi kompanijskog prava se mogu podeliti na imovinske i statusne. U statusne sporove se ubrajaju postupci radi utvrđenja ništavosti osnivanja ili registracije društva, sporovi za prestanak društva, isključenje člana, pobijanje odluka organa društva i oduzimanje ovlašćenja za zastupanje.³⁸ Svakako lista ne bi mogla biti iscrpna. O arbitrabilnosti kompanijskopравnih sporova ne postoje opšteprihvatarena shvatanja, jer jedna ista kategorija sporova u nekom pravu može biti arbitrabilna, a u drugom ne, međutim ono što je tendencija modernih prava jeste da se dopusti arbitrabilnost kompanijskih sporova.³⁹ Kod ovog pitanja dolazi do izražaja podela sporova na imovinske i statusne, te je većinski stav da je arbitrabilnost upitna prvenstveno kod sporova statusne prirode. Međutim, da ni u ovom domenu ne postoji jedinstven stav govori podatak da, na primer, u sporovima za prestanak društva, francusko i finsko pravo dozvoljavaju mogućnost zaključenja arbitražnog sporazuma, dok pravo SAD i Španije ne.⁴⁰ Slična je situacija i kod drugih sporova, kao na primer, sporovi radi pobijanja odluka skupštine ili sporovi povodom ništavosti društva.⁴¹ Od svih statusnih sporova u domaćoj literaturi najviše je bilo rasprave o arbitrabilnosti tužbe za pobijanje odluka skupštine.⁴² U ovom domenu u hrvatskoj literaturi postoji interesantno shvatanje, a to je da bi radnje raspolaganja predmetom spora bile generalno dozvoljene, jer tako nešto nije zakonom zabranjeno, ali samo pod uslovom da time ne bi došlo do preuzimanja nadležnosti za donošenje odluke sa skupštine društva na tužioca. Na primer, predmet raspolaganja bi mogao biti način sprovođenja odluke, jer odluka o tome može biti nadležnost tužioca i mimo spora, ali ne i njeno postojanje, na način da se odluka usled radnje raspolaganja uklanja iz pravnog prometa.⁴³ Međutim, postoje

³⁶ V. M. Vasiljević, op. cit.

³⁷ Zakon o arbitraži, *Službeni glasnik RS*, br. 46/06, čl. 5: Arbitraža se može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolazu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost suda.

³⁸ S. Aras Kraman, op. cit., 126.

³⁹ M. Vasiljević, op. cit., 26.

⁴⁰ Mirko Vasiljević, „Zakon o privrednim društvima – Može li bolje?“, *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, 2018, 249.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Jakša Barbić, „Tužba za pobijanje odluke glavne skupštine dioničkog društva – neka odabrana pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No. 3–4, Vol. 63, 2013, 512.

i shvatanja da je ova kategorija postupaka u domenu *ius cogens* i da nije moguće raspolagati predmetom spora. Ovo je takođe i stav nemačke sudske prakse.⁴⁴

Otuda rasprava o arbitrabilnosti sporova kompanijskog prava može biti relevantna za predmet razmatranja u onom segmentu kada se raspravlja o tome u kojoj meri stranke u kompanijskom pravu mogu raspolagati svojim zahtevima. Na primeru arbitrabilnosti se uočava da o tome ne postoji jedinstven stav, već je reč o individualnom pravnom shvatanju i rezonu svakog pojedinca koji primenjuje pravo ili zakonodavca, ukoliko oceni da ovu materiju treba izričito zakonom urediti.

*Primena čl. 3 Zakona o parničnom postupku prilikom
preduzimanja radnji izričitog raspolaganja predmetom spora
u kompanijskom pravu*

Imajući u vidu sve navedeno, a u odsustvu izričite zakonske regulative o tome da li su parnične radnje raspolaganja predmetom spora dozvoljene u kompanijskom pravu ili ne, sudovi bi mogli da postupe na sledeći način.

U prvom koraku, sud bi trebalo da pođe od kategorizacije sporova kompanijskog prava navedene u okviru naslova – *Definisanje problema*.

U sudskim postupcima u kojima članovi društva nemaju materijalnopravno ovlašćenje da raspoložu predmetom spora (kada spor vode o tuđem pravu, ili presuda ima dejstvo na sve članove društva), sudovi ne bi trebalo da dozvole radnje izričitog raspolaganja sporom. U odnosu na postupke u kojima član društva vodi spor o tuđem pravu ovaj zaključak ne bi trebalo da bude sporan. Međutim, ovaj zaključak može biti sporan u postupcima u kojima presuda po samom zakonu deluje prema svim ostalim članovima, jer u tim postupcima članovi vode spor o svom, ali i pravu svih ostalih članova. U tom pogledu ukoliko bi došlo do raspolaganja predmetom spora, član društva bi raspolagao svojim pravom, ali i pravom drugih članova, koji nisu pokrenuli postupak. Upravo ovaj segment da bi se preduzetom radnjom raspolagalo i pravima lica koja nisu učestvovala u postupku, iako su imala tu mogućnost, ukazuje na to da bi trebalo ograničiti procesnopravno raspolaganje. U ovom slučaju članovi društva koji nisu uključeni u postupak imaju položaj potencijalnog jedinstvenog suparničara, a da su bili uključeni u postupak takva radnja ne bi mogla biti preduzeta bez njihove saglasnosti.⁴⁵ Stoga potreba da se obezbedi

⁴⁴ S. Aras Kramar, op. cit., 126, fn. 461.

⁴⁵ U slučaju preduzimanja radnji od strane jedinstvenih suparničara postavlja se pitanje da li pojedini od njih mogu preduzimati radnje koje su suprotne volji ostalih. U cilju rešenja nastale sporne situacije trebalo bi primeniti načelo povoljnosti, koje u praktičnoj primeni ima nekoliko vidova, a jedan od njih je da je za preduzimanje radnji raspolaganja predmetom spora potrebna saglasnost

njihova pravna zaštita, naspram potrebe da se sankcioniše njihova pasivnost, deluje da bi trebalo da ima veći značaj, te bi u ovoj kategoriji postupaka, a u trenutnom zakonodavnom uređenju, trebalo uskratiti mogućnost izričitog raspolaganja predmetom spora.

U odnosu na sve druge kategorije sporova kompanijskog prava, prilikom odlučivanja o dozvoljenosti radnji raspolaganja predmetom spora sudovi bi mogli da postupe na sledeći način.

Najpre bi trebalo razmotriti da li bi a) sadržina ili b) rezultat posmatranje parnične radnje tužioca bila suprotni prinudnim propisima, konkretno Zakonu o privrednim društvima. Na primer, ukoliko je predmet tužbenog zahteva tužba za naknadu štete protiv direktora društva, sudovi bi morali da uzmu u obzir postojanje čl. 415 Zakona o privrednim društvima koji propisuje da se društvo ne može odreći zahteva za naknadu štete, osim u skladu sa odlukom skupštine koja se donosi tročetvrtinskom većinom glasova prisutnih akcionara, ali se ta odluka ne može doneti ako joj se usprotive akcionari koji poseduju ili predstavljaju najmanje 10% osnovnog kapitala društva. Ukoliko ne bi postojala potrebna odluke skupštine društva takvo raspolaganje stranaka bi bilo suprotno čl. 3 Zakona o parničnom postupku, a samim tim nedozvoljeno, jer bi bilo suprotno prinudnim propisima, te ne bi bila ispunjena procesna pretpostavka za preduzimanje radnje propisana opštim pravilima parničnog postupka.

Na kraju, sud bi trebalo da ceni da li je radnja preduzeta sa nedozvoljenim ciljem, na primer, sa namerom da se oštete društvo ili drugi članovi društva. U teoriji je prepoznato da ovaj segment zaštite nije uvek efikasan, kako u opštem parničnom postupku, tako ni u sporovima kompanijskog prava, jer se postavlja pitanje na koji način sud može da stekne saznanja da li postoji nedozvoljeni cilj prilikom preduzimanja konkretne parnične radnje.⁴⁶ Međutim, konstatuje se da takav rizik mora biti prihvaćen, jer je sam parnični postupak u velikoj meri ostavljen na dispoziciji strana, te nije na sudu da sprovodi inkvizitorski postupak radi utvrđivanja namere koja stoji iza preduzimanja konkretne radnje.⁴⁷ Stoga bi sud tek ukoliko na osnovu okolnosti svih slučajeva oceni da postoji sumnja o nedozvoljenom raspolaganju trebalo da ispita ulove za primenu čl. 3 Zakona o parničnom postupku.

Na ovaj način se zaključuje da kategorizacija sporova kompanijskog prava na statusne i imovinske nije primarna (kao što je to slučaj za temu arbitrabilnosti),

svih suparničara. V. Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2008, 171, 174.

⁴⁶ M. Dika (2008a), op. cit., 340–341.

⁴⁷ *Ibidem*.

jer prvenstveno treba voditi računa o tome da li tužilac ima materijalnopravno ovlašćenje za raspolaganje predmetom spora, a zatim da li bi takvo raspolaganje bilo suprotno sadržini imperativnih odredaba Zakona o privrednim društvima ili rezultat eventualnih zloupotreba.

ZAKLJUČAK I PREDLOZI *DE LEGE FERENDA*

Na osnovu svega navedenog može se konstatovati da je pitanje da li tužilac/ predlagač u postupku povodom kompanijskog prava može slobodno raspolagati predmetom postupka izuzetno složeno, te da je teško dati uopšteni odgovor. Sa jedne strane zbog predstavničkog karaktera ove vrste postupaka ne može se dovesti u pitanje zaključak da raspolaganje stranaka ne može biti slobodno u meri u kojoj je to moguće u postupcima u kojima je prisutan samo interes učesnika u postupku. Čini se da se ovde završava lista nespornih zaključaka o samoj temi.

Kako u ovom slučaju govorimo o tome da li je dozvoljeno i pod kojim uslovima preduzeti određenu parničnu radnju reč je o pojmu nedopuštenih parničnih radnji koji je prepoznat u opštoj teoriji građanskoprocenog prava. Jedan vid nedopuštenih parničnih radnji jesu one radnje koje su same po sebi dopuštene, ali u konkretnom slučaju nisu, jer za njihovo preduzimanje nisu ispunjenje procesne pretpostavke iz Zakona o parničnom postupku ili bi njihovo preduzimanje bilo suprotno čl. 3 istog zakona.

S obzirom na to da ovde ne govorimo o ispunjenosti opštih uslova za preduzimanje konkretne radnje propisanih Zakonom o parničnom postupku, već da li za njihovo preduzimanje postoje prepreke u materiji kompanijskog prava, u postojećem zakonodavnom uređenju, koje ne prepoznaje značaj ove teme, sud predmetno raspolaganje stranka može ograničiti samo primenom čl. 3 Zakona o parničnom postupku, a oslanjanjem na sadržinu Zakona o privrednim društvima, te ne bi trebalo da dozvoli raspolaganje predmetom spora ukoliko utvrdi: a) da tužilac nema materijalnopravno ovlašćenje da raspoláže predmetom spora, jer spor ne vodi o svom ili samo o svom pravu, b) takvo raspolaganje bi bilo suprotno sadržini bilo kojoj imperativnoj odredbi Zakona o privrednim društvima ili c) bi raspolaganje imalo nedozvoljeni cilj. Sve navedeno predstavlja preveliki teret za sud i otvara rizik pravne nesigurnosti, te bi ovu materiju trebalo urediti u nekim narednim izmenama zakona.

Međutim, upitno je da li zakonodavac ima kapacitete za posebno uređenje ove materije. Naime, u Zakonu o privrednim društvima postoji niz postupaka, statusnopravne i imovinske prirode, izvesno je da ne bi bilo moguće formirati opšte pravilo o tome da li su stranke slobodne u raspolaganju predmetom spora, već bi trebalo identifikovati sporove u kojima postoji najveća potreba zaštite prava šireg

kruga lica, a ne samo stranka u postupku. Stoga bi u narednim izmenama zakona trebalo obratiti pažnju na ovu temu, te eventualno postupiti na sledeći način.

– U postupcima u kojima tužilac/predlagač ne vodi postupak o svom, već tuđem pravu, izričito bi trebalo urediti radnje raspolaganja predmetom spora. U zavisnosti od neposrednog predmeta raspravljanja takve radnje bi trebalo zabraniti, ili dozvoliti njihovo preduzimanje ukoliko postoji odobrenje odluke članova društva, poželjno kvalifikovanom većinom ili možda čak i jednoglasno.

– U postupcima u kojima tužilac vodi spor o svom pravu, ali odluka koja bude doneta neposredno deluje i na druge članove društva i samo društvo (nesaglasni akcionari, akcionari čije su akcije otkupljene u prinudnom otkupu, pobijanje odluke skupštine), radnje raspolaganja bi trebalo dozvoliti samo ukoliko to odobre sva lica na koja bi presuda neposredno pravno delovala. Ukoliko ta saglasnost izostane, tužilac bi mogao da pozove ostala zainteresovana lica da preuzmu postupak, ali ako to ne učine, onda se njihova dalja pravna zaštita obustavlja, pa bi raspolaganje predmetom spora bilo dozvoljeno. Predlog se zasniva na činjenici da je ovde reč o postupcima u kojima je mogućnost podnošenja zahteva uslovljena prekluzivnim rokom, stoga ukoliko bi član koji je pokrenuo postupak, kasnije od istog odustao, drugi članovi društva zbog protoka prekluzivnog roka za pokretanje postupka ne bi imali mogućnost da samostalno pokrenu postupak.

– U svim ostalim postupcima, kada je zakonom dozvoljeno da određeni spor pokrene bilo koji član, ili onaj koji poseduje određeni kapital cenzus, odgovor na pitanje da li treba dozvoliti raspolaganje predmetom spora zavisi od prethodnog pitanja, a to je da bi time drugi članovi bili sprečeni da pokrenu spor o istom pitanju, a to je domen uređenja subjektivnih granica pravnosnažnosti odluke. Ovo je pitanje koje takođe nije regulisano na opštem nivou, te se u svakom konkretnom slučaju procenjuje da li su ispunjeni uslovi iz čl. 360 Zakona o parničnom postupku. Stoga bi trebalo identifikovati one postupke u kojima je nesporno da odluka ima svojstvo presuđene stvari i u odnosu na lica van postupka. U ovom slučaju bi se moglo postupiti na sledeći način: ukoliko nastane potreba za raspolaganjem predmetom spora, tužilac/predlagač bi o tome trebalo da obavesti ostale članove društva, koji bi onda imali pravo da se priključe postupku, te recimo učestvuju u postupku zaključenja poravnanja, ili da preuzmu postupak ukoliko bi tužilac želeo da se odrekne tužbenog zahteva ili povuče tužbu. Međutim, to ne bi trebalo propisati kao obavezu aktuelnog tužioca, već kao mogućnost, te propisati pravilo da ukoliko to ne učini, preduzeta radnja raspolaganja neće imati dejstvo prema ostalim članovima društva.

Svakako, izneti predlozi nisu bez mana, ali su jedan o načina na koji se može razmišljati o predmetu analize, te je osnovni cilj ovog rada da ukaže na značaj same teme i pozove na razmišljanje.

Dr. JOVANA VELIČKOVIĆ
Attorney at Law, Belgrade

ACTIONS OF DIRECT DISPOSAL OF THE SUBJECT OF DISPUTE
IN COURT PROCEEDINGS OF COMPANY LAW

Summary

The paper discusses whether, in court proceedings of company law, it is permissible to take actions of direct disposal of the subject of the dispute – to give a statement on the waiver or withdrawal of the claim or to conclude a court settlement. The Business Corporation Act does not provide an answer to this question. The question is asked because proceedings conducted in the area of Company Law often have a representative character. The plaintiff, in addition to his own, also protects the interests of all other members of the company and/or the company itself, or it may not even pursue its right (the case of a derivative action). The conclusion is that in the existing legislative system, the court can limit the disposition in question only by applying Article 3 of the Civil Procedure Act and should not allow disposition of the subject of the dispute if it determines: a) that the plaintiff does not have the substantive legal authority to dispose of the subject of the dispute, b) such disposition would be contrary to the content of any mandatory provision of the Business Corporation Act or c) the disposition would have an illegitimate purpose. All of the above represents an excessive burden for the court and opens up the risk of legal uncertainty, so this matter should be regulated in some subsequent amendments to the law.

Key words: disposition of the subject of the dispute, Business Corporation Act, court approval

Literatura

- Aras Kramar S., *Postupak pred trgovačkim sudovima, trgovački statusni parnični postupci*, Narodne novine, Zagreb, 2014.
- Barbić J., „Tužba za pobijanje odluke glavne skupštine dioničkog društva – neka odabrana pitanja“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, No. 3–4, Vol. 63, 2013.
- Bodiroga N., *Parnični postupak*, Beograd, 2022.
- Dika M., *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
- Dika M., *Građansko parnično pravo, Sudske odluke i sudska nagodba, IX knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2013.
- Dika M., *Građansko parnično pravo, Parnične radnje, V knjiga*, Narodne novine, Zagreb, 2008.
- Poznić B., Rakić Vodinelić V., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2015.
- Jakšić A., *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.

- Vasiljević M., „Arbitražni ugovor i interkompanijskopравни sporovi“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2, Vol. 66, 2018.
- Vasiljević M., „Zakon o privrednim društvima – Može li bolje?“, *Bilten sudske prakse privrednih sudova*, br. 4, 2018.
- Veličković J., *Derivativna tužba*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Vodinelić V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2014.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

Osiguranje

MIRJANA GLINTIĆ

SAJBER OSIGURANJE KAO NOVA VRSTA OSIGURANJA – POSTOJI LI POTREBA ZA NOVOM KLASIFIKACIJOM OSIGURANJA –

Sve veći broj sajber napada učinio je proizvod sajber osiguranja vrlo popularnim, jer se radi o proizvodu koji osiguraniku može da ponudi ponovno uspostavljanje i održavanje stabilnosti poslovanja nakon napada. Obaveze i osiguravača i osiguranika kod ovog osiguranja su nešto drugačije koncipirane nego što je to slučaj sa drugim vrstama imovinskih osiguranja, u koja se ovo osiguranje nesumnjivo ubraja. Posledično su se javili stavovi da se na ovo osiguranje ne mogu primeniti propisi iz oblasti ugovornog prava osiguranja, jer predstavljaju posebnu vrstu osiguranja. Stoga autorka centralni deo rada posvećuje analizi određenih obaveza ugovornih strana sa ciljem da ispita ispravnost navedenog stava. Pozitivnopravna i uporednopravna analiza signalizirale su da je pristup i srpskog zakonodavca, ali i nekih stranih zakonodavaca, takav da dozvoljava poimanje ovog osiguranja kao imovinskog osiguranja i da posledično nije potrebno zasebno regulisati ugovor o sajber osiguranje. Zaključni deo rada posvećen je argumentima za nastavak regulisanja ovog osiguranje isključivo putem opštih uslova osiguranja.

Ključne reči: sajber osiguranje, prijava okolnosti, povećanje rizika, imovinska osiguranja, opšti uslovi osiguranja

Dr Mirjana GlintiĆ, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, e-mail: m.glintic@iup.rs. Rad je nastao kao rezultat naučnoistraživačkog rada Instituta za uporedno pravo koji finansira Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije prema Ugovoru o realizaciji i finansiranju naučnoistraživačkog rada NIO u 2023. godini (evidencioni broj: 451-03-47/2023-01/200049 od 3. 2. 2023).

U V O D

Istovremeno sa rastom sajber kriminala, raste i ulaganje u IT bezbednost, za koje se procenjuje da će u 2025. godini biti u vrednosti oko 400 milijardi dolara. Kompleksni međusobni odnosi modernih informacionih sistema rezultiraju u velikoj izloženosti sajber rizicima, iako pojedinačne kompanije investiraju u mere preventivne zaštite od sajber rizika. Deo ulaganja u povećanje bezbednosti odlazi i na premije za sajber osiguranje.¹ U poslednjih nekoliko godina, a naročito posle svakog sajber napada, sve veći broj privrednih društava se okreću sajber osiguranju kako bi zaštitili svoje poslovanje od brojnih negativnih ekonomskih posledica² koje bi sajber napad doneo sa sobom.³ Svaki prijavljeni incident povrede podataka ili neuspeh u funkcionisanju informacionih sistema koji su rezultirali finansijskim gubitkom ili gubitkom reputacije podiže stepen svesti o tome koliko je neophodno posedovanje sajber osiguranja.⁴ Kada su se počeli događati sajber napadi, osiguranici koji su imali zaključene ugovore o osiguranju od odgovornosti i osiguranju imovine, ostajali su zatečeni kada su shvatali da štete nastale usled sajber napada nisu bile pokrivenе njihovim polisama. Tada je postalo jasno da je potreban novi proizvod osiguranja koji će pružiti zaštitu osiguranicima, odnosno njihovim privrednim društvima.⁵ Razvoj ovog osiguranja sa sobom je doneo širenje palete obaveza i osiguravača i osiguranika usled stalnih tehnoloških promena. Počelo se stoga postavljati pitanje da li ipak određene karakteristike ovog osiguranja onemogućavaju jedinstvenu primenu zakonskih

¹ Prema nekim procenama, sadašnja vrednost globalnog tržišta sajber osiguranja je više od sedam milijardi dolara, a do 2025. će dostići vrednost veću od 20 milijardi. Severna Amerika je i dalje najjače tržište sa vrednošću od 5,3 milijarde dolara, a snažan rast se predviđa i u Aziji, kao i u Evropi gde je vrednost ovog tržišta sada oko milijardu dolara. V. https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/cyber-insurance-market-47709373.html?gclid=CjwKCAjwseSoBhBXEiwA9iZtXl-Nah6zF2zKy5lyCZtKtsx2Mnw4duAwasSoTvtSkLJ53k403TQXEwRoCbtYQAvD_BwE, 23. 9. 2023.

² Samo tokom 2021. godine na nemačkom tržištu je šteta od sajber napadala iznosila preko 200 milijardi evra, podatak preuzet od Bitkom, *Angriffsziel deutsche Wirtschaft: mehr als 220 Mrd. € Schaden pro Jahr*, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Angriffsziel-deutsche-Wirtschaft-mehr-als-220-Milliarden-Euro-Schaden-pro-Jahr>, 29. 9. 2023.

³ Od 2016. godine značajno je porastao broj uplaćenih premija za sajber osiguranje. Nicolai Wojciechowski, „Aufsätze Cyberversicherung: Vorvertragliche Anzeigepflicht und Gefährerhöhung“, *Versicherungsrecht*, 2022, 341.

⁴ U prilog tome govori i činjenica da su najzainteresovaniji za zaključenje ugovora o osiguranju oni koji su preživeli sajber napad. *Willis Fortune 500 Cyber Disclosure Study*, 2013, https://cyberforsikring.willisweb.dk/dyn/Normal1/5/215/Default_Model_Normal1_Sidebar/file/317/1401708954/willis-cyber-disclosure-2013.pdf, 23. 9. 2023.

⁵ Tom Baker, Anja Shortland, „Insurance and enterprise: cyber insurance for ransomware“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, Vol. 48, 2023, 280.

propisa iz oblasti ugovornog prava osiguranja, ali i statusnog prava osiguranja jer, kako ističu, ovo osiguranje se ne može razvrstati prema postojećim kriterijumima klasifikovanja osiguranja. Neki od glasova odlaze tako daleko da se čak razmišlja o koncipiranju ovog osiguranja kao zasebne grane osiguranja, naročito u kontekstu nadzora nad poslovanjem osiguravajućeg društva.⁶ Prilikom apostrofiranja navedenih stavova, polazi se prvenstveno od posebnosti obaveza osiguravača i osiguranika, koje se u određenoj meri razlikuju od uobičajenih obaveza ugovornih strana kod ugovora o osiguranju.⁷ Ispravnije bi ipak bilo reći da nisu ugovorne obaveze te koje su *per se* drugačije, već da je priroda sajber rizika, o kome nedostaju empirijski podaci i koji je vrlo promenljiv, takav da zahteva malo drugačije tumačenje obaveza ugovornih strana. Ponekad promene sajber rizika nastupaju vrlo iznenada i drastično usled tehničkog progressa i upotrebe novih uređaja, pa postoji strepnja i od velikih promena propisa primenjivih na osiguranje takvih gubitaka, jer to može imati značajne implikacije na izmene strategija poslovanja i upravljanja rizicima osiguranika.

Upravo da bi „izašli na kraj“ sa navedenim izazovima koje sajber osiguranje donosi na tržište osiguranja, osiguravači su koncipirali proizvod osiguranja koji zahteva dodatno angažovanje i jedne i druge ugovorne strane, svake u svom domenu. Stava smo da navedene dopune ovog proizvoda ne predstavljaju dovoljan osnov da se o ovom osiguranju govori kao posebnoj vrsti osiguranja, koje se ni na koji način ne uklapa u postojeće zakonske odredbe. Kao što sledeći redovi pokazati, to se naročito odnosi na ugovorno pravo osiguranje, čije postojeće odredbe se i dalje mogu primenjivati na sajber osiguranje.

OBAVEZE OSIGURAVAČA KOD SAJBER OSIGURANJA

Kao osnovni sajber rizici prepoznaju se krađa identiteta, otkrivanje poverljivih podataka i prekid poslovanja,⁸ u skladu sa čim se i dalje definišu osnovno

⁶ Ovaj stav je iznela nemačka Savezna uprava za nadzor finansijskih usluga, BaFin, *BaFin Journal*, No. 9, 2021, 6, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFin-Journal/2021/bj_2109.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Potrebno je naglasiti da postoje različite definicije sajber rizika i da su ove samo najuobičajenije. Tako se pod sajber rizikom može razumeti ona vrsta rizika proistekla iz upotrebe zlonamernog softvera, koji dovode do prekida poslovanja i finansijskih gubitaka. Druge pak definicije ovaj rizik povezuju sa rizikom po informacionu sigurnost ili kao rizik koji rezultira uništenjem informacionih sistema, što predstavlja širi koncept sajber rizika. U skladu sa regulativom Bazel II i Solventnost II, sajber rizici se mogu posmatrati kao rizici proistekli iz postupaka ljudi, rizici usled sistemskih i tehnoloških kvarova, neuspelih unutrašnjih procesa i spoljnih događaja. V. Christian Biener, Martin Eling, Jan Hendrik Wirfs, „Insurability of Cyber Risk: An Empirical Analysis“,

i dodatno pokriće kod ovog osiguranja. Osnovno pokriće kod sajber osiguranja obuhvata kako stručne usluge u vidu tehničke pomoći kada dođe do sajber incidenta, obnove softvera i podataka, usluge eksperta, tako i finansijske u vidu povraćaja oduzetih novčanih sredstava, naknade odštetnih zahteva trećih lica, ali i zahteva proisteklih iz odgovornosti osiguranika za kršenje poverljivosti i privatnosti i mrežnu bezbednost.⁹

Rizici koji mogu biti dodatno ugovoreni, uz osnovni paket, jesu: prekid rada osiguranika, čime je pokrivena smanjena neto dobit odnosno uvećani troškovi poslovanja koji su posledica sajber incidenta; odgovornost za odštetne zahteve trećih lica koje osiguranik nije u mogućnosti da ispuni; sajber ucena; naknada materijalne štete na oštećenoj ili uništenoj opremi (hardver) i obnova softvera.¹⁰

Kada se pogleda gore predstavljeni katalog usluga osiguravača, dolazi se do prve karakteristike sajber osiguranje, usled koje se ovo osiguranje razlikuje u odnosu na ostala osiguranja. Radi se o obavezi osiguravača da osiguraniku pruži stručne savete kada dođe do gubitka usled sajber napada, ali i da osiguraniku daje savete preventivno, kako bi se sprečili gubici.¹¹ Isplaćivanje šteta za osiguranje naimo čisto je reaktivna aktivnost, koja predstavlja značajno finansijsko opterećenje za osiguravača, posebno kada se radi o sajber osiguranju. Zato osiguravači po osnovu polise sajber osiguranja imaju proaktivni pristup sajber bezbednosti, aktivno pomažući klijentima da preuzmu bolji pristup sajber bezbednosti. Međutim, osiguranici uglavnom ne koriste te usluge preventivnog delovanja,¹² jer znaju da su zaključili ugovor o osiguranju koji će im obezbediti finansijsku pomoć u slučaju da dođe do ostvarenja osiguranog slučaja, *ransomware*, *phishing*, *fund transfer fraud attacks*. Jedino kada postoje izgledi da osiguranik postupi po savetima

The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice, No. 1, Vol. 40, 2015, 133; Hulusi Oğüt, Srinivasan Raghunathan, Nirup Menon, „Cyber security risk management: Public policy implications correlated risk, imperfect ability to prove loss, and observability of self-protection“, *Risk Analysis*, No. 3, Vol. 31, 2011, 497–512.

⁹ Preuzeto sa sajta https://www.generali.rs/pravna_lica/imovina/sajber_osiguranje.3546.html, 26. 9. 2023.

¹⁰ U nekim zemljama osiguravač preuzima na sebe i plaćanje otkupnine u slučaju *ransomware*, što se percipira kao loše rešenje jer se na taj način daje podsticaj za sve veći broj ovakvih napada, kao i za nepreduzimanje sigurnosnih mera od strane osiguranika. V. <https://www.marsh.com/us/services/cyber-risk/insights/cyber-insurance-supporting-fight-against-ransomware.html>, 13. 9. 2023.

¹¹ Tom Baker, Sean Griffith, *Ensuring corporate misconduct: How liability insurance undermines shareholder litigation*, University of Chicago Press, Chicago, 2010, 58.

¹² Brayon Cunningham, Shauhin A. Talesh, „Uncle Sam RE: Improving cyber hygiene and increasing confidence in the cyber insurance ecosystem via government backstopping“, *University of Connecticut Insurance Law Journal*, No. 1, Vol. 28, 2021, 1–84.

osiguravača jeste onda kad bi im u izgleda stavljena niža premija kao „nagrada“ za preventivno delovanje u domenu sajber bezbednosti.¹³

Potom, kada dođe do osiguranog slučaja, osiguravač pruža osiguraniku i tehničku podršku kako bi se oporavio od sajber napada, uz pružanje finansijske podrške u vidu naknade ugovorenih troškova, koji su nastali usled narušavanja bezbednosti, uključujući povrat podataka, sistemsku forenziku, kao i troškove pravne odbrane. Dakle, osiguravač se upušta u određene troškove, bez da prejudicira ishod postupka kojim će osiguranik zahtevati isplatu sume osiguranja, što znači da će se tek forenzičkim ispitivanjem ustanoviti da li će i koliko će biti obaveza osiguravača. Navedeni aspekt obaveze osiguravača može biti izazovan iz vizure nadzora nad poslovanjem osiguravajućeg društva, jer određene finansijske obaveze osiguravača mogu nastupiti i pre trenutka kada je ustanovljeno da li postoji njegova obaveza prema osiguraniku i koliko ta njegova obaveza iznosi. Dodatni problem predstavlja što ovako koncipirano sajber osiguranje takođe sadrži elemente i osiguranja od odgovornosti i osiguranja poverenja,¹⁴ što delimično vodi i pitanju da li se na jedinstven način mogu primenjivati odredbe i ugovornog prava osiguranja. Navedeno pitanje će naročito doći do izražaja u onim pravnim sistemima kod kojih propisi iz ugovornog prava osiguranja zakonski regulišu pojedinačne vrste osiguranja.¹⁵ Iako više puta iz različitih razloga osporavana podela u našem ZOO, u ovom slučaju se ispostavila kao dobro rešenje jer se kreće od načelne, opšte podele na osiguranja lica i osiguranja imovine, spram koje se može izvršiti klasifikacija većine postojećih i budućih vrsta osiguranja. Naročito kada se uzme u obzir da zakon posvećen statusnom pravu osiguranja, Zakon o osiguranju,¹⁶ polazi od potpuno druge podele osiguranja kao pravnorelevantne.¹⁷

OBAVEZE OSIGURANIKA KOD SAJBER OSIGURANJA

Pored specifičnosti pokrića koje nudi sajber osiguranje u pogledu prilično širokog kruga prestacija koje je osiguravač u obavezi da ponudi, sledeća specifičnost ovog osiguranja ogleda se u tome da se svaki osiguranik, svako privredno društvo,

¹³ Kenneth Abraham, Daniel Schwarcz, „The limits of regulation by insurance“, *Indiana Law Review*, No. 1, Vol. 98, 2022, 224.

¹⁴ Mirjana Glintić, „Osiguranje poverenja kao instrument zaštite imovine privrednih društava“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, 2019, 539–552.

¹⁵ Mirjana Glintić, „Pravna priroda prava na isplatu osigurane sume kod osiguranja lica“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 100–106.

¹⁶ Zakon o osiguranju, *Službeni glasnik RS*, br. 139/14, 44/21.

¹⁷ *Ibidem*, 32–37.

suočava sa rizicima koji su specifični za njih, što zahteva individualan pristup prilikom sastavljanja polisa osiguranja. Veličina kompanije, broj korisnika njihovih usluga, obim upotrebe interneta u poslovanju, kao i vrsta podataka koji koriste i čuvaju predstavljaju važne odrednice vrste polise sajber osiguranja i visine premije. Sajber rizici koji pogađaju različita privredna društva nisu međusobno povezani,¹⁸ što govori u prilog tome da se slučajnost ostvarivanja rizika mora posmatrati u vezi sa jednim konkretnim slučajem.¹⁹ Stoga određivanje visine premija sajber osiguranja ne predstavlja jednostavan zadatak, što je dodatno otežano činjenicom da portfelji sajber rizika nisu dovoljno veliki i da rizik nije optimalno diversifikovan unutar riziko grupe, sa jedne strane. Sa druge strane, specifičnost osiguranog rizika postavlja pred osiguravače i zadatak da ustanove da li je osiguranik prilagodio svoje poslovanje potencijalnom riziku preduzimajući potrebne mere i da li njegovi IT sistemi ispunjavaju određene minimalne tehničke uslove.

Iz tog razloga je faza procene rizika kod ovog osiguranja ključni element odluke osiguravača da li da zaključi ugovor o osiguranju. Međutim, usled informacione asimetrije i stalnog menjanja sajber rizika usled tehničkog progressa,²⁰ osiguravači ne poseduju dovoljno informacija u odnosu na pojedinačne firme, što za posledicu može imati izuzetno visoke premija osiguranja i visoke franšize. Posledično se kod sajber osiguranja naročito bitnom pokazala predugovorna obaveza prijave okolnosti od strane osiguranika.²¹ Ono što je posebno interesantno i što je dodatno apostrofiralo pitanje posebnosti ove vrste osiguranja jeste strogo

¹⁸ Upor. Jean Bolot, Marc Lelarge, „Cyber insurance as an incentive for internet security“, *Managing Information Risk and the Economics of Security* (ed. Eric Johnson), Springer, New York, 2009, 269–290; Annette Hofmann, Hidajet Ramaj, „Interdependent risk networks: The threat of cyber-attack“, *International Journal of Management and Decision Making*, No. 5/6, Vol. 11, 2011, 312–323.

¹⁹ C. Biener, M. Eling, J. H. Wirfs, op. cit., 141.

²⁰ Andreas Haas, Annette Hofmann, „Risiken aus Cloud-Computing-Services: Fragen des Risikomanagements und Aspekte der Versicherbarkeit“, *FZID Discussion Paper*, No. 74, 2013, http://opus.uni-hohenheim.de/volltexte/2013/853/pdf/fzid_dp_2013_74_Schiller.pdf, 14. 9. 2023.

²¹ Jedna mogućnost za eliminisanje ovog nedostatka jeste skupljanje empirijskih podataka o slučajevima kada je došlo do ostvarenja sajber rizika, kao i podataka o podnetim zahtevima za naplatu pokrića iz osiguranja. Osiguravači bi čak mogli i da kombinuju izvore i da razmenjuju podatke, kao što se to radi sa operativnim rizicima u bankarskom sektoru ili bi čak mogla da se uspostavi zajednička platforma za razmenu podataka. Tu bi postojao izvesni prostor za uključivanje nacionalnih vlada jer bi one imale ovlašćenje da zahtevaju pristup informacijama u slučaju kada nezavisni osiguravači to pravo nemaju i pri čemu bi takvo postupanje vlade više bilo usklađeno sa javnim interesom. O konceptu javnog interesa v. Vladimir Đurić, „Upravnopravni aspekti konkursnog ostvarivanja javnog interesa u Republici Srbiji“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa*, Beograd 2023, 459–461.

insistiranje na značaju informacija koje osiguranik pruža osiguravaču. Ipak, svestan značaja informacija koje su mu potrebne, osiguravač je taj koji sastavlja vrlo precizne upitnike u vezi sa rizikom na koje osiguranik ima da odgovori. Na taj način je u potpunosti ispoštovan savremeni trend prebacivanja obaveze na osiguravača da zahteva od osiguranika podatke koje su mu nužni o svom kompjuterskom sistemu, primenjenoj zaštiti, načinu prenosa i skladištenja podataka, ali i finansijske podatke, informacije o uticaju na redovno poslovanje, o broju i prirodi ličnih podataka trećih lica.²² Ovaj trend je uočen u praksi osiguravača, čak i u pravnim sistemima kao što je naš, gde je ova obaveza drugačije zakonski koncipirana.²³ Uvid u uslove osiguranja osiguravača ukazuje da je formulisana i navedena obaveza osiguravača.

Nesposobnost osiguranika da poseduje sva stručna, tehnička i pravna znanja naročito dolazi do izražaja kod sajber osiguranja, što objašnjava zašto se toliko insistira na obavezi osiguravača da prikupi sve informacije relevantne za procenu rizika. Upravo insistiranje na nešto strožim zahtevima prema osiguravačima da postave precizna pitanja u svom upitniku, i prema osiguraniku da da tačne odgovore na postavljena pitanja, dovelo je do pitanja da li je ovo osiguranje različitog ugovornopravnog režima.

Prijava okolnosti relevantnih za ocenu rizika

Predugovorna obaveza prijave okolnosti relevantnih za procenu rizika obavezuje osiguranika da osiguravaču prijavi okolnosti koje su mu poznate ili koje mu nisu mogle biti nepoznate, a koje su relevantne iz vizure osiguravača da odluči da li će želeći da sa konkretnim osiguranikom zaključi ugovor o osiguranju ili ne.²⁴

²² Čl. 2:101 Principi ugovornog prava osiguranja.

²³ Naime, čl. 907 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *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 predviđa obavezu ugovarača osiguranja da osiguravaču prijavi sve okolnosti koje su relevantne za procenu rizika a koje su mu poznate ili koje mu nisu mogle biti nepoznate prilikom zaključenja ugovora. Dakle, osiguranik će imati pravo na pokriće iz ugovora o osiguranju samo ako je osigurani slučaj nastao iz uzroka koji ugovaraču nije bio poznat ili mu nije mogao biti poznat u trenutku zaključenja ugovora (tako i presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 658/2010(2) od 7. 4. 2010). U našem pravu osiguravač nema nikakvu obavezu da postavi pitanja osiguraniku. Na ovaj način je ostavljena velika diskreciona ocena osiguravaču i sudovima koji se uvek mogu pozvati na činjenicu da osiguranik nije prijavio okolnosti koje mu nisu mogle biti nepoznate u trenutku zaključenja ugovora. Nataša Petrović Tomić, *Zaštita potrošača usluga osiguranja: analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2015, fn. 920.

²⁴ Peter Reusch, „Die vorvertragliche Anzeigepflichten im neuen VVG 2008“, *Versicherungsrecht*, Heft 28, 2007, 1313.

Sa jedne strane, osiguranik je taj koji najbolje poznaje sopstvene okolnosti i zato je on odgovorno lice. Sa druge strane, osiguranik ne može jasno i precizno znati koje su to tačno okolnosti koje mora da prijavi, jer ih ima isuviše, a njemu nedostaje stručnog i pravnčkog znanja da izabere relevantne. Zato, kao što je već istaknuto, osiguravač sastavlja upitnik u kome navodi koje su to za njega relevantne okolnosti, odnosno za procenu rizika.

Obim upitnika često korespondira veličini privrednog društva koje želi da se osigura. Tako se kraći upitnici primenjuju kod malih i srednjih privrednih društava. Kod velikih multinacionalnih privrednih društava upitnici su obimniji, a procena rizika često obuhvata i razgovore sa odgovarajućim stručnjacima.²⁵ Fokus upitnika se nalazi na sledećim riziko kategorijama: bezbednosti pristupa, zaštita od malvera, bezbednost podataka i bezbednosna ažuriranja. To znači da postavljanjem pitanja osiguravač nastoji da ustanovi kakva je početna situacija osiguranika u pogledu ispunjenosti određenih tehničkih uslova.

Preporuka osiguravačima je svakako da njihova pitanja budu što preciznija kako bi se izbeglo pozivanje na zabunu i pogrešnu ocenu. Istovremeno, sa zahtevom za preciziranjem pitanja o riziku ne sme se preterivati, posebno ako opšti uslovi osiguranja sadrže definicije. Moguće je zahtevati od osiguranika da pojmove i formulacije iz ugovora o sajber osiguranju shvata ne samo u datom kontekstu, već u sveukupnom kontekstu datog ugovora, u onoj meri u kojoj je njemu taj kontekst prepoznatljiv.²⁶

Zahtev da pitanje mora takođe biti takvo da ga osiguranik razume ne sme biti postavljen isuviše nisko kod sajber osiguranja.²⁷ Kod sajber osiguranja ne radi se o prosečnom, „normalnom“ osiguraniku potrošaču, već je reč o iskusnim i poslovno angažovanim poslovnim ljudima. Stoga bi se od osiguranika moglo zahtevati posedovanje određenog tehničkog znanja.²⁸ U pojedinim opštim uslovima osiguranja se ipak nalaze i opširnije definicije, što je posebno značajno iz vizure transparentnosti. Ono što svakako predstavlja izazov u vezi sa tumačenjem pojmova kod sajber osiguranja jeste da se osnovno znanje u kontekstu za IT specifičnih termina stalno proširuje. Stoga se postavlja pitanje kada se može reći da neko vlada svim

²⁵ Najčešće je to *Cyber-Underwriter* ili *Cyber Risk Engineer*.

²⁶ O tome već postoji praksa nemačkih sudova, v. primera radi, BGH v. 4. 4. 2018 – IV ZR 104/17, VersR 2018, 532.

²⁷ Theo Langheid, „§19 Anzeigepflicht“, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG mit Einföhrungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung* (Hrsg. Theo Langheid, Roland Rixecker), C. H. Beck, München, 2022, 165–211.

²⁸ Paul Malek, Camila Schütz, „Cyberversicherung: rechtliche und praktische Herausforderungen“, *Recht und Schaden*, 2019, 421, 424.

potrebnim pojmovima iz ove oblasti.²⁹ Tako su pojmovi kao što što *cloud*, Trojanac, *ransomware* danas daleko uobičajeniji u svakodnevnom govoru nego što su bili pre par godina i zato se ta granica tolerantnosti stalno pomera. Takođe, u onoj meri u kojoj postoji obaveza osiguranika da odgovora na pitanja iz upitnika, tu postoji i obaveza osiguravača da pitanja koju su mu potrebna postavi, jer ne može zahtevati da dobije određene podatke o kojima nije postavio pitanja u upitniku.³⁰

U vezi sa ovom obavezom osiguranika postavlja se pitanje: Kada će se smatrati da je osiguranik dao netačne odgovore i gde je granica njegove obaveze? Ova pitanja se postavljaju kako bi se dobio deo odgovora na pitanje da li je sajber osiguranje toliko različito od ostalih imovinskih osiguranje usled posebnosti obaveze prijave okolnosti relevantnih za procenu rizika. Da li osiguranik ikad ima mogućnost da se pozove na okolnost da nije zaista znao za određene okolnosti ili je u obavezi da uvek sve zna i da prijavi? Postoje li granice njegove obaveze, pogotovu što osiguravač može da angažuje forenzičara i uvek obezbedi dokaze da je objektivno nastupila povreda obaveze prijave okolnosti od strane osiguranika?³¹ S obzirom na to da je potrebno i znanje i svest da daje pogrešne informacije, da li će postojati namerno postupanje ako postoje minimalna odstupanja od pravila o lozinkama i njihovoj jačini?³² Da li će tada osiguravač imati pravo da traži poništaj, odnosno raskid?³³ Ili se nužno mora praviti razlika između ove situacije i situacije kada je dat pogrešan odgovor na više pitanja?

Kako bi se sva navedena pitanja i njihovi dometi bolji razumeli, poći ćemo od jednog praktičnog primera. Tako, primera radi, da li će se smatrati da je osiguranik dao netačne odgovore ako je u upitniku naveo da su koristili složene šifre za pristup sistemu, a oni su koristi šifru „1234“, ako su prevelika administratorska ovlašćenja data prevelikom broju nedovoljno obučениh zaposlenih i ako navede da koriste sisteme koji imaju odgovarajuću podršku, a ispostavi se da njihov sistem nema podršku od 2015. godine? Da li će u navedenim slučajevima osiguranik izgubiti svoja prava iz ugovora o osiguranju, jer je netačno odgovorio ili zato što nije posedovao dovoljno tehničko znanje da zna da su ove dve gorenavedene okolnosti od velikog značaja za bezbednost njihovog poslovanja? Ako se prihvati da obaveza osiguranika počiva na strožim, tehnički preciznim zahtevima, da li to znači da je

²⁹ P. Malek, C. Schütz, op. cit., 421, 424.

³⁰ Dan Schilbach, „Typische Deckungseinwendungen in der Regulierung von Cyberschäden im Spannungsfeld zwischen Cyber- und D&O-Versicherung“, *VersicherungsPraxis*, No. 2, 2023, 10.

³¹ N. Wojciechowski, op. cit., 344.

³² *Ibidem*, 345.

³³ Čl. 908, 909 ZOO.

kod ovog osiguranja obaveza osiguranika (i osiguravača) drugačije koncipirana? I to u tolikoj meri koja bi opravdalo njihovo tretiranje kao zasebne vrste osiguranja koje zahteva posebno zakonsko regulisanje.

U ovakvom jednom slučaju, kao što je prethodno prikazani, gde su korišćene slabe šifre, osiguranik bi trebalo da bude svestan rizika od izbora neadekvatnih lozinki koje ne ispunjavaju minimum zahteva. Iz tog razloga bi se moglo reći da je povređena obaveza prijave okolnosti od značaja za procenu rizika. Pogotovu što se takve šifre mogu odgonetnuti i otkriti i zahvaljujući alatima koji su besplatno *online* dostupni i koji ne zahtevaju nikakva posebna znanja i veštine. Da slabe šifre predstavljaju ozbiljnu opasnost na internetu, poznato je već i prosečnim osiguranicima. Ovi primeri jasno pokazuju da se rizik kod sajber osiguranja ocenjuje spram okolnosti konkretnog slučaja i da će sudovi u svakom pojedinačnom slučaju morati da ocenjuju da li su pruženi podaci bili dovoljni da osiguravač izvrši procenu rizika.

Povećanje rizika

Predugovorna procena rizika i u skladu sa njom prijava okolnosti od strane osiguranika samo odražava IT sigurnosni standard u trenutku zaključenja ugovora. Ako tokom trajanja ugovora dođe do promene standarda, to će rezultirati povećanjem rizika. Povećanje rizika po pravilu nastaje kada se usled neke okolnosti, uzimajući u obzir moguće uzročne procese, povećava mogućnost nastupanja osiguranog slučaja. Povećanje rizika mora biti takvo da bude relevantno iz aktuarskih razloga u smislu da bi bila naplaćena veća premija da se za takve okolnosti znalo u trenutku zaključenja ugovora o osiguranju.³⁴ Povećanje rizika se odnosi situacije kada dođe do naknadne promene okolnosti koje su relevantne za ocenu rizika i koje su bile relevantne u trenutku zaključenja ugovora, i koje utiču na povećanje verovatnoće nastupanja osiguranog slučaja ili koje utiču na povećanje nivoa nastale štete.³⁵ To se može oceniti uzimajući u obzir celokupnu situaciju i moguću kompenzaciju za odgovarajuće rizike. Stoga je potrebno utvrditi da se verovatnost nastupanja osiguranog slučaja promenila na štetu osiguravača nakon prijave okolnosti od strane osiguranika.³⁶ Tako, na primer, ako osiguranik upravlja delimično zastarelim (proizvodnim) sistemima za koje proizvođač više ne osigurava sigurnosna ažuriranja u trenutku sklapanja ugovora o sajber osiguranju, njihov daljnji rad ne menja nužno situaciju rizika.

³⁴ Manfred Wandt, *Versicherungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Frankfurt am Main, 2010, 275.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

I u vezi sa ovom obavezom osiguranika se postavilo pitanje da li ova vrsta osiguranja poseduje određene karakteristike koje bi opravdale njegov poseban tretman. Pitanje se odnosi na situacije kada osiguravač insistira da okolnosti koje nisu obuhvaćene predugovornom obavezom mogu biti okolnosti koje utiču na povećanje rizika kod sajber osiguranja, uz opravdanje da u ovoj oblasti stalno nastupaju određene promene. Posledično, prema nekim stavovima u literaturi se počelo ističati da nije moguće osloniti se samo na one okolnosti koje su relevantne u trenutku zaključenja ugovora, već i na one koje nastupaju i nakon toga.³⁷ Ipak, stava smo da bi prilikom ocene treba voditi računa o opštoj i trenutnoj situaciji sa sajber rizicima i opasnostima koje donose. Postupanje suprotno tome bi značilo preveliko opterećenje po osiguranika koji bi bio izložen samovolji osiguravača.

Isto tako, postavlja se pitanje predstavlja li i pod kojim uslovima neinstaliranje postojećih sigurnosnih ažuriranja povećanje rizika bi osiguranik bio u obavezi da prijavi osiguravaču.³⁸ Pitanje se postavlja iz dva razloga: prvo zato što se često dešava da se sigurnosni sistemi ne ažuriraju, što hakeri koriste kao „prozor“ u kom mogu da izvrše napad, a drugi razlog je pravne prirode. Naime, s obzirom da je za promenu rizika u smislu njegovog povećanja potrebno da postoji aktivno činjenje osiguranika,³⁹ pitanje je da li i propuštanje da se nešto preduzima, odnosno nečinjenje, dovoljno da se formira osnov za povećanje rizika ili je nužno da je reč o aktivnom postupku. Ipak, ako postojeća sigurnosna ažuriranja nisu instalirana, moglo bi se reći da postoji aktivno postupanje osiguranika ako se nastavi sa korišćenjem sigurnosnih sistema koji nisu ažurirani. Samo po sebi postojanje neažuriranog bezbednosno sigurnosnog sistema ne stvara situaciju povećanja rizika, već povećanje rizika nastaje ako se takav sistem dugoročno koristi.

U meri u kojoj karakter povećanja rizika nije takvog karaktera da se ima posmatrati kao trajan, ponašanje osiguranika – neažuriranje softvera – može se promatrati iz perspektive izazivanja osiguranog slučaja namerno ili prevarom.⁴⁰

³⁷ Kao čest primer u prilog ovoj tezi jeste pozivanje na situaciju tokom pandemije kada je većina ljudi radila od kuće, na sopstvenim računarima, što je stvorilo mogućnosti za brojne hakerske napade. Upor. „Home-Office vergrößert Angriffsfläche für Cyber-Kriminelle“, https://www.bsi.bund.de/DE/Service-Navi/Presse/Pressemitteilungen/Presse2021/210415_HO-Umfrage.html, 15. 9. 2023. Takođe, Iva Tošić, „Uticao pandemije virusa kovid 19 na osiguranje od internet rizika“, *Pandemija Kovid 19: pravni izazovi i odgovori* (ur. Vladimir Đurić, Mirjana Glintić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 161–162.

³⁸ Čl. 914 ZOO, par. 23 nemačkog Zakona o ugovornom pravu osiguranja – *Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631)*.

³⁹ Predrag Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005, 235. Takođe, D. Schilbach, op. cit., 11.

⁴⁰ Ovo pitanje je u našem pravu regulisano čl. 920 ZOO.

Dakle, i ova situacija, koja na prvi pogled odstupa od zakonski regulisane materije, zapravo je pokrivena postojećim zakonskim normama i ne zahteva nove norme.

Do gubitka ili smanjenja prava osiguranika može doći i ako on iz svoje krivice dovede do nastupanja osiguranog slučaja. Osiguranik je, dakle, dužan da preduzme mere da spreči nastupanje osiguranog slučaja, a ako nastupi osiguran slučaj, potrebno je da preduzme sve što je u njegovoj moći kako bi posledice osiguranog slučaja bile što manje. O postupanju sa krajnjom nepažnjom⁴¹ u kontekstu sajber osiguranja možemo govoriti kada osiguranik ne preduzima nekoliko neophodnih sigurnosnih mera. To bi bio slučaj kada osiguranik ne bi tražio alternative kada podrška servera prestane ili kada ne reaguje na bezbednosna upozorenja proizvođača softvera.

Stav suda o sajber osiguranju

U ovom trenutku smo uspeli da naiđemo na jednu sudsku odluku u pogledu obaveze osiguranika da prijavi okolnosti od značaja od procene rizika i sa tim povezanog povećanja rizika. Radi se o odluci suda u Tibingenu,⁴² a tiče se štete koja je nastala usled virusa Trojanac.⁴³ Ukupna nastala šteta je iznosila skoro tri miliona evra koje je osiguravač odbijao da plati usled pogrešno popunjenog upitnika i zato što sigurnosni sistemi nisu adekvatni. Ova odluka je vrlo bitna jer je sud presudio u korist tužilje, i pritom potvrdio stav da ovo osiguranje podleže svim pravilima kao i svaki drugi proizvod osiguranja, i da, iako još uvek postoje neke nejasnoće u pogledu razumevanja uslova osiguranja, njihovo tumačenje ne zahteva posebne moći.

U slučaju se radilo o tome da se odbrana osiguravača sastojala u pozivanje na to da sigurnosna ažuriranja za server koji je tužilja koristila nisu dostupna već godinama, što je tužilji bilo poznato. Sve je to uticalo na obim pretrpljene štete,

⁴¹ U ZOO se ne govori o konkretnom stepenu krivice koji mora postojati da bi postupanje osiguranika bilo sankcionisao. Uslovi osiguranja pak isključuju lakši stepen krivice osiguranika, što bi značilo da je osiguravač oslobođen svoje obaveze ako je osiguranik postupao sa namerom ili velikom nemarnošću.

⁴² Urteil vom 26. 5. 2023, Az. 4 O 193/21.

⁴³ Zaposleni je na poslovnom računaru otvorio mejl koji je sadržao virus i to tako što je otvorio prilog (*attachment*), za koji je u mejl pisalo da je faktura. Taj poslovni računar je preko VPN bio povezan sa mrežom tužilje. Trojanac je tako ušao u IT sistem i zaključao sve servere. Ponovo pokretanje sistema nije bilo moguće zbog enkripcije i svim zaposlenima se samo pojavila poruka na ekranu da se traži otkupnina u bitkoinima za otključavanje sistema. Tužilja nije ispunila navedeni zahtev, već se obratila policiji, koja još uvek nije našla izvršioca. Ceo sistem je stoga ostao zaključan, tužilja je morala da pravi novi IT sistem, usled čega su troškovi bili tako visoki.

jer bi savremeniji sistemi pružili bolju zaštitu. Da je tačno odgovoreno na pitanja iz osiguravačevog upitnika, onda osiguravač ne bi ni zaključio ugovor o osiguranju. Osim toga, tuženi se pozvao na povećanje rizika koje je povezo sa prouzrokoivanjem osiguranog slučaja grubom nepažnjom jer tužilja nije preduzela mere zaštite od sajber napada. Povećanje opasnosti se ogleda u tome što nakon zaključenja ugovora tužilja nije izvršila zamenu servera Microsoft Windows 2003 i što se nije bavila ažuriranjem bezbednosnih sistema.

Sud je stao na stanovište niti da ima povrede predugovorne obaveze prijave okolnosti niti da ima prouzrokoivanja nesrećnog slučaj usled grube nepažnje. Što se tiče povrede predugovorne obaveze, osiguranik je uspela da dokaže da netačni odgovori nisu bili uzrok nastanka osiguranog slučaja.

Tu je zapravo veštak odigrao ključnu ulogu kada je konstatovao da Windows ima postojeću slabost koju su hakeri iskoristili i koja bi svakako postojala nezavisno od toga da li je sistem apdejtovan ili ne. Ono što je naročito interesantno jeste da je sud zaključio da je osiguravač sam zapravo donekle kriv jer njegova pitanja nisu ukazivala jasno na to da je reč o osiguravaču koji ima visoke zahteve u pogledu sigurnosnih mera koje se imaju ispuniti. Da je to bio slučaj i da je tih zahteva bilo, onda bi osiguravač tako formulisao svoja pitanja u upitniku! U literaturi pak ima i drugačijih shvatanja, koja idu u pravcu opravdanja osiguravača i toga da on nije u mogućnosti da u upit unese sve relevantne okolnosti u oblasti sajber osiguranja, usled svih promena koje nastupaju, i da zato postoji opravdanje da se pravila ustanovljena za klasične vrste osiguranja ne mogu primeniti na nove vrste osiguranja.⁴⁴ Međutim, navedeni stavovi bi isuviše poremetili ionako labilnu ugovornu ravnotežu kod ugovora o osiguranju, nezavisno od toga li se osiguranik ima smatrati potrošačem ili ne.

ZAKLJUČAK

Nakon sprovedene analize nekih osnovnih načela koja vladaju sajber osiguranjem i njihovog upoređivanja sa osnovnim načelima „klasičnih“ osiguranja, može se reći da se početna situacija kod sajber osiguranja razlikuje od početne situacije kod klasičnih osiguranja. Tako je, primera radi, kod osiguranja od požara početno stanje, u trenutku zaključenja ugovora, rizik stabilan, što kod sajber osiguranja nije moguće usled redovnih novih tehničkih otkrića. Opasnost od rizika se

⁴⁴ Peter Reusch, „§23 Gefahrerhöhung“, *Münchener Kommentar Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1: §§ 1-99, VVG-InfoV* (Hrsg. Theo Langheid, Manfred Wandt), C. H. Beck, München, 2022, 700–701.

u vrlo kratkom periodu može povećati i učiniti mogućnost od sajber napada vrlo verovatnom.⁴⁵ Iz tog razloga su ugovorne obaveze, one koje proizilaze iz uslova osiguranja, nešto drugačije i možda preciznije u odnosu na takve obaveze kod ostalih osiguranja.⁴⁶

Razlog zašto osiguravači tako pooštravaju svoje uslove osiguranje se najverovatnije sastoji u tome da u poslednjih nekoliko godina ima sve više i više sajber napada, usled čega stalno nastaju obaveze osiguravača koje se dovele da u određenim zemljama i u određenim trenucima posluju u zoni gubitka.⁴⁷ Osiguravači pokušavaju da ograniče visinu svoje obaveze, pa nije iznenađujuće da se ta ograničenja odgovornosti primenjuju na područja koja osiguravajuća društva smatraju posebno kritičnima. Ranije je kao standard korišćeno „stanje tehnike“⁴⁸ na koji su se osiguravači pozivali u uslovima osiguranja. Međutim, nešto što je preko nekog vremena predstavljalo i potpadalo pod taj standard, danas više ne predstavlja nekakvu posebnu prepreku za hakere. Stoga i osiguravajuća društva zahtevaju od osiguranika dalji i stalni razvoj i primenu zaštitnih mera. Tipični osiguranik u sajber osiguranju će biti vremenom uvežban u postupanju sa uslovima osiguranja i imaće iskustva. Od njega će se očekivati da ima određeno tehničko znanje.

Ipak, sve to ne znači da se radi o nekoj novoj vrsti osiguranja, koja je toliko drugačija da zahteva posebne članove zakona. Teoretski je zamislivo osigurati se protiv svakog rizika, ako to ne bi bilo protivno javnom poretku.⁴⁹ Potreba za lakšom sistematizacijom zahteva kategorizaciju poslova osiguranja. Osim toga, svrstavanje osiguranja u neku od postojećih vrsta osiguranja ima i svoj praktični značaj. Naime, u slučajevima kada ne postoji odgovarajuće pravno pravilo za neku vrstu osiguranja, pripadnost ili sličnost sa nekom vrstom osiguranja omogućava primenu pravila važećih za tu vrstu osiguranja.⁵⁰ Na taj način se popunjavaju pravne praznine, koje su neminovnost usled velike raznolikosti osiguranja. Iako bi bila poželjna, potpuna uniformnost se ne može postići, tako da se može desiti da se jedna vrsta osiguranja razlikuje kod različitih osiguravača. Pored praktičnog

⁴⁵ Lena Rudkowski, „Versicherungsrechtliche Probleme des vernetzten Zuhauses (‘Smart Home’)“, *Versicherungsrecht*, 2017, 1, 4.

⁴⁶ Tako se u uslovima osiguranja insistira na dnevnom pohranjivanju podataka i ažuriranju sigurnosnih sistema.

⁴⁷ Podaci za nemačke osiguravače: <https://www.gdv.de/gdv/medien/medieninformationen/cyber-ver-si-che-rer-machen-erst-mals-ver-luste-markt-legt-wei-ter-zu-89766>, 27. 9. 2023.

⁴⁸ D. Schilbach, op. cit., 12.

⁴⁹ John F. Dobbyin, *Insurance Law in a Nutshell*, West Publishing Co, St. Paul, 1966, 6.

⁵⁰ Vladimir Jovanović, *Osiguranje u privredi*, Zagreb, 1962, 19.

značaja podele osiguranja na različite vrste, time se značajno olakšava naučno i teoretsko izučavanje pojedinačnih vrsta osiguranja.

Svakako da je ranije postojao manji broj vrsta osiguranja, jer određenih rizici nisu postojali ili im se nije dovoljno davalo na značaju.⁵¹ Ukorak sa novim opasnostima koje su se javljale, razvijali su se novi oblici osiguranja. Istovremeno su neke druge vrste vremenom izgubile na značaju, tako da je preambiciozno očekivati da se mogu pobrojati sve vrste osiguranja. Manje-više sva osiguravajuća društva prihvataju i nude tipične vrste osiguranja uprkos dispozitivnosti pravila prava osiguranja i ovlašćenja osiguravača da stvara posebne vrste osiguranja i donosi sopstvena pravila. To je jedan od razloga zašto zakonska pravila u pravu osiguranja treba da budu formulisana na takav način da omoguće svoju primenu i na neke nove vrste osiguranja koje će se tokom vremena razviti. Upravo je to slučaj i sa sajber osiguranjem, koje nije takvo da postoji potreba za njegovim posebnim zakonskim regulisanjem. Ono se vrlo jasno može sagledati u kontekstu već postojećih podela osiguranja i u okviru tih podela primenjivih pravila.

Kao što je već istaknuto, nadzorni organ koji vrši kontrolu poslovanja nad osiguravajućim društvom (Narodna banka Srbije u Republici Srbiji) verovatno će imati izazov na koji način će primenjivati statutarne propise.⁵²

Na samom kraju ne treba ispuštati iz vida da se ispitane obaveze osigurani-ku imaju regulisati opštim uslovima osiguranja, koji se donose unapred za pojedinačne grane osiguranja ili pojedine vrste osiguranja i kojima se određuje sadržina budućih ugovora o osiguranju.⁵³ Menjanje zakona kada bi nastajao svaki novi proizvod osiguranja imalo bi kontraproduktivno dejstvo, jer bi se odustajalo od razvijanja odnosa osiguranja. Prinudne i poluprinudne norme zakona ostavljaju dovoljno prostora za regulisanje ugovornih odnosa u skladu sa autonomijom volja, a veći deo prostora je popunjen uslovima osiguranja, koji preciziraju obaveze ugovornih strana, kako u predugovornoj, tako i ugovornoj fazi.

Nesporno je da je potrebno da postoje odgovarajuće ugovorne obaveze koje predviđaju postojanju ovakvih standarda ponašanja. Dakle, nije nužna da svaka obaveza bude zakonski regulisana, već je dovoljno da proizilaze iz uslova osiguranja.⁵⁴

⁵¹ Tako su nekad u Americi postojale samo tri vrste osiguranja: osiguranje života, osiguranje od požara i ostale vrste osiguranja stvari i osiguranje na unutrašnjim vodama. J. F. Dobbyn, op. cit., 6.

⁵² Konkretno u Republici Srbiji mali je broj osiguravača koji se uopšte odlučio da ponudi ovaj proizvod osiguranja. v. detaljnije Iva Tošić, „Osiguranje od internet rizika“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Vladimir Čolović, Zdravko Petrović), Beograd, Valjevo, 2020, 447–448.

⁵³ P. Šulejić, op. cit., 52.

⁵⁴ Nemačka literatura stoga pravi razliku između *Pflichten* i *Obligheiten* kako bi se napravila razlika između izvora ovih obaveza. M. Wandt, op. cit., 201–208.

U pogledu navedenih uslova tržište je vrlo heterogeno. Uslovi osiguranja idu od toga da ne sadrže nikakve tehničke odredbe, preko predviđanja čitavog spiska obaveza, pa do opštih formulacija u vidu klauzula koje obavezuju osiguranika na poduzimanje tehničkih organizacijskih mera u skladu s najnovijim dostignućima.⁵⁵ Ono što pak jeste uočeno kao trend, bar na inostranim tržištima, jeste da su se počeli razvijati koncepti pokrića osiguranja, koji se u potpunosti odriču predviđanja obaveza uslovima osiguranja.⁵⁶ Posledično se počelo postavljati pitanje pravnih posledica neispunjenja određenih obaveza od strane osiguranika u takvim slučajevima. Stava smo da je vrlo bitno da nadzorni organi kontrolišu ovaj izvor prava osiguranja, jer će u velikoj meri od njega zavisiti ishod sudskih sporova, pa stoga ne bi trebalo podržati navedeni trend.

I pred domaćim i stranim sudovima veliki je put dok se ne uspostavi konsolidovana sudska praksa u pogledu sajber osiguranja, a koje će biti sve više i više s obzirom na sve veću učestalost sajber napada. Heterogenost u pogledu različitih ponuda pokrića od različitih osiguravača samo je znak da će do željene pravne sigurnosti i transparentnosti doći postepeno. S obzirom na ukazane karakteristike ovog osiguranja, za koje je ustanovljeno da se u velikoj meri poklapaju sa karakteristikama drugih osiguranja, nesumnjivo smo stava da će se sudovi moći osloniti na svoju dosadašnju praksu.

Dr. MIRJANA GLINTIĆ
Research Fellow, Institute of Comparative Law
Belgrade

CYBER INSURANCE AS A NEW TYPE OF INSURANCE – IS THERE A NEED FOR A NEW INSURANCE CLASSIFICATION –

Summary

Demand for cyber insurance has drastically increased due to the increasing number of cyber-attacks and due to the fact that this insurance is crucial for maintaining business stability. Opting for this insurance product, policyholders are entitled to different forms of assistance provided by the insurer, which enables sustainable protection from losses caused by cyber-attacks. The duties of both the insurer and the insured stemming from the cyber insurance contract differ in certain aspects from the duties of contractual parties in other property insurance contracts. Consequently, voices from

⁵⁵ D. Schilbach, op. cit., 11. U tom kontekstu postoji mnogo prostora za (tehničke) rasprave, koje se, u slučaju sumnje, mogu razjasniti samo kada dođe do konkretnog pravnog spora.

⁵⁶ N. Wojciechowski, op. cit., 342.

both practitioners and academia can be heard, claiming that regulations from the field of insurance contract law cannot be applied to this insurance, because they represent a special type of insurance. Therefore, the author devotes the central part of the paper to the analysis of certain duties of the contracting parties in cyber insurance in order to examine the validity of the stated positions. Positive legal and comparative legal analysis signaled that the approach of the Serbian legislator is such that it allows this insurance to be understood as property insurance and that consequently, it is not necessary to regulate cyber insurance separately. The concluding part of the paper is devoted to arguments for the further regulation of this insurance exclusively through the general conditions of insurance.

Key words: cyber insurance, disclosure duty, risk increase, property insurance, general insurance conditions

Literatura

- Abraham K., Schwarcz D., „The limits of regulation by insurance“, *Indiana Law Review*, No. 1, Vol. 98, 2022.
- BaFin, *BaFin Journal*, No. 9, 2021, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/BaFin-Journal/2021/bj_2109.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- Baker T., Griffith S., *Ensuring corporate misconduct: How liability insurance undermines shareholder litigation*, University of Chicago Press, Chicago, 2010.
- Baker T., Shortland A., „Insurance and enterprise: cyber insurance for ransomware“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance – Issues and Practice*, Vol. 48, 2023.
- Biener C., Eling, M., Wirfs J. H., „Insurability of Cyber Risk: An Empirical Analysis“, *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice*, No. 1, Vol. 40, 2015.
- Bolot J., Lelarge, M., „Cyber insurance as an incentive for internet security“, *Managing Information Risk and the Economics of Security* (ed. Eric Johnson), Springer, New York, 2009.
- Cunningham B., Talesh S. A., „Uncle Sam RE: Improving cyber hygiene and increasing confidence in the cyber insurance ecosystem via government backstopping“, *University of Connecticut Insurance Law Journal*, No. 1, Vol. 28, 2021.
- Dobbyin J. F., *Insurance Law in a Nutshell*, West Publishing Co, St. Paul, 1966.
- Đurić V., „Upravno-pravni aspekti konkursnog ostvarivanja javnog interesa u Republici Srbiji“, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva i pravosuđa*, Beograd, 2023.
- Haas A., Hofmann A., „Risiken aus Cloud-Computing-Services: Fragen des Risikomanagements und Aspekte der Versicherbarkeit“, *FZID Discussion Paper*, No. 74, 2013.
- Hofmann A., Ramaj H., „Interdependent risk networks: The threat of cyber-attack“, *International Journal of Management and Decision Making*, No. 5/6, Vol. 11, 2011.
- Glintić M., „Osiguranje poverenja kao instrument zaštite imovine privrednih društava“, *Pravo i privreda*, br. 7–9, 2019.
- Glintić M., „Pravna priroda prava na isplatu osigurane sume kod osiguranja lica“, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.

- Jovanović V., *Osiguranje u privredi*, Zagreb, 1962.
- Langheid T., „§19 Anzeigepflicht“, *Versicherungsvertragsgesetz: VVG mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung* (Hrsg. Theo Langheid, Roland Rixecker), C. H. Beck, München, 2022.
- Malek P., Schütz C., „Cyberversicherung: rechtliche und praktische Herausforderungen“, *Recht und Schaden*, 2019.
- Oğüt H., Raghunathan S., Menon N., „Cyber security risk management: Public policy implications correlated risk, imperfect ability to prove loss, and observability of self-protection“, *Risk Analysis*, No. 3, Vol. 31, 2011.
- Petrović Tomić N., *Zaštita potrošača usluga osiguranja: analiza i predlog unapređenja regulatornog okvira*, Pravni fakultet, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2015.
- Reusch P., „Die vorvertragliche Anzeigepflichten im neuen VVG 2008“, *Versicherungsrecht*, Heft 28, 2007.
- Reusch P., „§23 Gefahrerhöhung“, *Münchener Kommentar Versicherungsvertragsgesetz: VVG, Band 1: §§ 1–99, VVG-Info V* (Hrsg. Theo Langheid, Manfred Wandt), C. H. Beck, München, 2022.
- Rudkowski L., „Versicherungsrechtliche Probleme des vernetzten Zuhauses (‘Smart Home’)“, *Versicherungsrecht*, 2017.
- Schilbach D., „Typische Deckungseinwendungen in der Regulierung von Cyberschäden im Spannungsfeld zwischen Cyber- und D&O-Versicherung“, *VersicherungsPraxis*, No. 2, 2023.
- Tošić I., „Osiguranje od internet rizika“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Vladimir Čolović, Zdravko Petrović), Beograd, Valjevo, 2020.
- Tošić I., „Uticaj pandemije virusa kovid 19 na osiguranje od internet rizika“, *Pandemija Kovida 19 : pravni izazovi i odgovori* (ur. V. Đurić, M. Glintić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021.
- Šulejić P., *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005.
- Wandt M., *Versicherungsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Frankfurt am Main, 2010.
- Wojciechowski N., „Aufsätze Cyberversicherung: Vorvertragliche Anzeigepflicht und Gefahrerhöhung“, *Versicherungsrecht*, 2022.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

LJUBINKA KOVAČEVIĆ

**EVROPSKI STANDARDI O SEZONSKIM RADNICIMA
MIGRANTIMA – NORMATIVNA SADRŽINA I DOMAŠAJ
DIREKTIVE 2014/36/EU**

U članku su razmotrene odredbe Direktive 2014/36/EU, koja uređuje kako pitanja imigracionog prava, tako i važnija radnopravna pitanja vezana za obavljanje sezonskih poslova od strane nekvalifikovanih i niskokvalifikovanih radnika migranata. Ova pitanja uređena su u cilju obezbeđivanja pravne sigurnosti prilikom zapošljavanja radnika migranata i razvijanja programa cirkularnih migracija u EU, kao i radi sprečavanja eksploatacije rada ovih lica. U članku je, najpre, određen pojam sezonskih poslova, uz ukazivanje na njihove osobenosti i kritičko preispitivanje pravnih osnova za njihovo obavljanje, budući da ih u većini evropskih država prati rizik rada u nedostojanstvenim uslovima. Nakon toga je usledila identifikacija važnijih izazova za primenu načela jednakosti u pogledu zapošljavanja i uslovâ rada sezonskih radnika migranata, te razmatranje dostupnosti (delotvornih) sudskih i drugih pravnih sredstava, kao i (delotvornih, srazmernih i odvrćajućih) sankcija za slučaj povrede radnih prava sezonskih radnika. Navedena pitanja su sagledana i iz ugla uređivanja sezonskog rada u Republici Srbiji, budući da su poslednje godine obeležila nastojanja da se postupak zapošljavanja (domaćih i stranih) sezonskih radnika dodatno pojednostavi, nažalost, bez uvažavanja potrebe ove osetljive grupe radnika za posebnom zaštitom.

Ključne reči: sezonski poslovi, radnik migrant, radna eksploatacija, načelo jednakosti, Evropska unija

Prof. dr Ljubinka Kovačević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu,
e-mail: ljubinka@ius.bg.ac.rs.

POJAM SEZONSKIH POSLOVA

Grosso modo posmatrano, sezonski rad je rad koji je poslodavcu neophodan samo privremeno, budući da sezonski poslovi zavise od smene godišnjih doba, a zbog povećanja intenziteta aktivnosti poslodavca u određenim delovima kalendarske godine, uz smanjenje ili prestanak potrebe za radom radnikâ u ostalim razdobljima.¹ S tim u vezi, moguće je uočiti dva bitna elementa sezonskog rada: prvi element tiče se *privremenosti* rada, dok se drugi element ispoljava u *sezonskoj prirodi* odgovarajućih aktivnosti, jer su one vezane za klimatske i ekološke procese i cikluse.²

Evropska fondacija za unapređenje uslova života i rada, otud, određuje sezonski rad kao podkategoriju privremenog rada, za kojom postoji neredovna ili neravnomerna potražnja tokom godine, uključujući rad u sektorima poljoprivrede, turizma i građevinarstva.³ Reč je, preciznije, o obavljanju poslova koji su, po svojoj prirodi, sezonski (i, posledično, privremeni), nezavisno od odluke poslodavca i radnika,⁴ a što, dalje, znači da rad sezonskih radnika zavisi od sezonskih uslova, zbog čega se i obavlja samo tokom jednog dela godine.⁵ Kada je reč o turizmu, na angažovanje sezonskih radnika utiču kako klimatski činioci, tako i sezona godišnjih odmora i praznika. U tom smislu se predlaže definicija sezonskih radnika kao radnika s ugovorima na čije trajanje značajno utiču činioci, poput klimatskih ciklusa, državnih praznika i/ili poljoprivrednih ciklusa.⁶ Slično je rezonovao i francuski Kasacioni sud, kada je pojam sezonskih poslova vezao ne samo za „ritam godišnjih doba“, već i za „kolektivni način života“.⁷ Ovaj stav Suda je 2016. godine potvrđen

¹ Lydia Medland, „Misconceiving 'seasons' in global food systems: The case of the EU Seasonal Workers Directive“, *European Law Journal*, 2017, 168.

² Ana López-Sala, Yoan Molinero, Mélanie Jolivet, Tatiana Eremenko, Cris Beauchemin, Sahizer Samuk, Erica Consterdine, „Seasonal immigrant workers and programs in UK, France, Spain and Italy“, Working Paper Series „Temporary versus Permanent Migration“ – Working Paper, br. 1, 2016, 3.

³ *Ibidem*, 3–4.

⁴ Lara Končar, „O položaju i iskustvima sezonskih radnica u poljoprivredi u savremenoj Srbiji. Može li se govoriti o elementima strukturnog nasilja?“, *Antropologija*, br. 3, 2020, 54.

⁵ Međunarodna konvencija za zaštitu prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families), čl. 2, st. 2 b).

⁶ Banu S. Ünsal-Akbiyik, K. Övgü Çakmak-Otuoğlu, Hans De Witte, „Job insecurity and affective commitment in seasonal versus permanent workers“, *International Journal of Humanities and Social Science*, br. 24, 2012, 15.

⁷ Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 12 octobre 1999, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 373, nav. prema Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2023, 335.

u Zakoniku o radu, kroz pravilo da sezonski poslovi podrazumevaju radne zadatke koji se „ponavljaju svake godine, u periodu koji je manje ili više određen, i to u funkciji ritma godišnjih doba ili kolektivnog načina života“.⁸ To, dalje, znači da sezonski poslovi pretpostavljaju podelu radnih zadataka tokom kalendarske godine, jer postoje periodi u kojima je obim poslova smanjen ili uopšte ne postoji potreba za njihovim obavljanjem, s tim što predmetno razdoblje traje dovoljno dugo da se ne može mešati s periodom korišćenja kolektivnog godišnjeg odmora kod poslodavca.⁹

Sezonski rad može biti potreban poslodavcu par meseci u godini (npr. posao berača špargli traje najduže dva meseca)¹⁰, ali ta potreba može postojati i svega par dana u mesecu, dok se ponekad dešava da poslodavac maltene dan za danom odlučuje da li će (nadalje) angažovati sezonskog radnika ili ne. Ne treba, međutim, gubiti iz vida ni činjenicu da neki tradicionalni sezonski poslovi više nisu neodvojivo povezani s godišnjim dobima. To je, primera radi, slučaj s poslovima u poljoprivredi, gde su prirodne sezone proširene ili preorijentisane u skladu s globalnim sistemom proizvodnje, prodaje i kupovine hrane, pre svega pod uticajem industrijalizacije, urbanizacije i neoliberalne globalizacije oličene u tzv. supermarket revoluciji (npr. uzgajanje paradajza i paprike u južnoj Evropi tokom zime).¹¹ U ovim uslovima, sezone su i dalje vezane za određeno doba godine, s tim što je taj period više određen tržišnim nego ekološkim uslovima (u prethodnom primeru, sezona upućuje na doba godine u kom je izuzetno skupo uzgajanje paradajza i paprike u severnoj Evropi, dok poljoprivrednici u južnoj Evropi mogu da ih proizvode i prodaju s troškovima, odnosno po ceni, koja im pogoduje).¹² To, konačno, ima za posledicu da „sezone“ mogu trajati i po 10 meseci godišnje, zbog čega nema preciznije određenih perioda u kojima postoji povećana potreba za radom radnikâ, već je potražnja za „sezonskim“ radnicima bezmalo konstantna.¹³

⁸ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF*, n°0184, du 9 août 2016, čl. L. 1242-2.

⁹ Stoga se, primera radi, ne mogu kvalifikovati kao sezonski – poslovi zaposlenih u banjskom centru, budući da je datum početka rada ove ustanove u svakoj kalendarskoj godini zavisio isključivo od odluke poslodavca i da aktivnosti centra, u razdoblju u kom je bio otvoren, nisu bile obeležene osetno većim brojem posetilaca (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 novembre 2013, n° 12-19877D, nav. prema: G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, 335).

¹⁰ Margerite Helena Zoeteweyj-Turhan, „The Seasonal Workers Directive: ‘... but some are more equal than others’“, *European Labour Law Journal*, br. 1, 2017, 39.

¹¹ L. Medland, op. cit., 158–159.

¹² *Ibidem*, 165.

¹³ *Ibidem*.

Navedene okolnosti potcrtavaju potrebu za preciznom pravnom definicijom sezonskog posla, ne bi li se, između ostalog, sprečile zloupotrebe vezane za zapošljavanje sezonskih radnika i onda kada određene aktivnosti nisu vezane za neko godišnje doba, odnosno onda kada postoji trajnija potreba za radom radnika.¹⁴ Takva priroda sezonskih poslova uvažena je u Direktivi Evropskog parlamenta i Saveta 2014/36/EU o uslovima ulaska i boravka državljana trećih država radi zapošljavanja u svojstvu sezonskih radnika. Odredbama Direktive ovaj pojam je, naime, definisan kao „aktivnost koja je, zbog određenog događaja koji se ponavlja ili zbog ustaljenih događaja skopčanih sa sezonskim uslovima, vezana za određeni period godine tokom kog se zahteva rad u obimu koji prevazilazi obim neophodan za uobičajene tekuće operacije“.¹⁵

Kada je pak reč o nacionalnim zakonodavstvima, preciziranju predmetnog pojma redovno doprinosi potvrđivanje indikativnih, a ređe i zatvorenih spiskova sezonskih poslova. To podstiče i Direktiva, te je državama članicama EU dopušteno da, nakon konsultovanja socijalnih partnera, utvrde listu sektora koji uključuju aktivnosti čije obavljanje zavisi od trajanja sezona.¹⁶ S tim u vezi, treba imati u vidu da se u većini pravnih sistema sezonski poslovi određuju kao privremeni poslovi u sektorima ili u okviru aktivnosti zavisnih od godišnjih doba.¹⁷ Posebno sadržajnu definiciju sezonskog posla sadrži hrvatski Zakon o radu, u kom je ovaj pojam određen kao „posao čiji se obim i intenzitet privremeno povećavaju u skladu s povećanjem intenziteta poslovnih aktivnosti određenih delatnosti koje zavise od izmene godišnjih doba, na način da je u određenim godišnjim razdobljima, koja tokom kalendarske godine mogu trajati ukupno najduže devet meseci, povećana potreba za njegovim obavljanjem, a u drugim se razdobljima smanjuje ili potpuno nestaje“.¹⁸

Konačno, preciziranju pojma sezonskog rada doprinosi i sagledavanje njegovog odnosa s privremenim povećanjem obima posla kod poslodavca, odnosno s radom

¹⁴ Ágnes Tóttós, „The past, the present and the future of the Seasonal Workers Directive“, *Pécs Journal of International and European Law*, br. 1/2014, 50.

¹⁵ Directive 2014/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the conditions of entry and stay of third-country nationals for the purpose of employment as seasonal workers, *OJ L 94*, 28. 3. 2014, 375–390, čl. 3, tač. c).

¹⁶ *Ibidem*, čl. 2, st. 2. Uvid u pripremne radove pokazuje da su se države članice protivile utvrđivanju kataloga sektora u kojima se obavljaju sezonski poslovi, kao i bilo kom drugom vidu ograničavanja kvalifikacije sezonskih poslova na nivou EU, a zbog nastojanja da očuvaju ovlašćenje za kontrolu kretanja radnikâ na nacionalnim tržištima rada, odnosno da organizuju tržišta bez ikakvih ograničenja evropskog porekla. Nav. prema: Judy Fudge, Petra Herzfeld Olsson, „The EU Seasonal Workers Directive: When immigration controls meet labour rights“, *European Journal of Migration and Law*, 2014, 449.

¹⁷ A. López-Sala *et al.*, op. cit., 5.

¹⁸ Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23, čl. 16, st. 2.

za kojim poslodavac ima trajnu potrebu, ali se radni zadaci obavljaju naizmjenično. U tom smislu može biti koristan uvid u sudsku praksu francuskog Kasacionog suda, u kojoj je potvrđeno da poslodavac koji obavlja aktivnost tokom čitave godine može angažovati radnike na osnovu ugovora o sezonskom radu tokom dela godine u kom se postiže vrhunac njegovih aktivnosti, ali samo pod uslovom da je tako intenzivna potreba poslodavca za obavljanjem poslova vezana za godišnja doba (npr. u poljoprivredi) ili za ritam kolektivnog života (npr. poslovi u turizmu za vreme godišnjih odmora i praznika).¹⁹ Tako je, primera radi, Sud zaključio da se ne može smatrati sezonskim poslom posao prodavca zaleđenih pica, iako prodaja ovih proizvoda raste na proleće i leto,²⁰ baš kao što nije prihvatljivo kvalifikovati kao sezonski – posao prodavca pneumatskih guma, iako zimi postoji naročito ekstenzivna potreba za obavljanjem ove vrste posla.²¹ U navedenim slučajevima, postoji, naime, privremeno povećanje obima posla, dok je, suprotno, isti sud kvalifikovao kao sezonski – posao sakupljanja pernate divljači i selekcije njihovih jaja tokom lovnog perioda.²² Potonja kvalifikacija je zasnovana na činjenici da je u ovom predmetu, posao zaposlenog bio vremenski određen trajanjem sezone reprodukcije pernate divljači, odnosno sezone nošenja jaja i sezone lova na pernatu divljač.

ZAPOŠLJAVANJE SEZONSKIH RADNIKA MIGRANATA U EU

Opšta razmatranja

Dobro osmišljeni i upravljani programi migracija, u načelu, omogućavaju sezonskim radnicima da u državi prijema steknu radno iskustvo i zarade visoka primanja, uz očuvanje veza s državom porekla.²³ Sezonske migracije su korisne

¹⁹ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, op. cit., 336.

²⁰ Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 5 décembre 2007, n° 06-41.313P, nav. prema: G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, op. cit., 336.

²¹ Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 25 mars 2015, n° 13-27.695P, nav. prema: G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, op. cit., 336.

²² Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 6 mai 2015, n° 13-27.999D, nav. prema: G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, op. cit., 336.

²³ Judy Fudge, „Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 3, 2015, 335. Ovo tim pre što sezonski rad u inostranstvu redovno pretpostavlja i postojanje lica koja će se, tokom ovog perioda, brinuti o deci i drugim članovima porodice sezonskog radnika koji su zavisni od tuđe nege i pomoći. Isto vredi i za brigu o životinjama, kući ili zemljištu koje sezonski radnik ima u državi porekla. Ben Rogaly, „Who goes? Who stays back? Seasonal migration and staying put among rural manual workers in Eastern India“, *Journal of International Development*, 2003, 627.

i za države prijema, jer angažovanjem migranata mogu brzo da prevaziđu problem manjka radnika, kao i za države porekla, zbog mogućnosti rešavanja problema viška radnika, uz jačanje lokalne ekonomije prilivom novih veština i kapitala s kojima se sezonski radnici vraćaju iz inostranstva.²⁴ Isto vredi i za *cirkularne migracije*, kao privremeno kretanje radnika migranata između države porekla i države prijema, koje se, po pravilu ponavlja. Time se radnicima migrantima omogućava da se više godina zaredom vrate u određenu stranu državu radi obavljanja sezonskih poslova, a što se u mnogim državama podstiče bilateralnim sporazumima zaključenim između zainteresovanih strana. Za isti pristup odlučila se i EU, gde su, uz bilateralne sporazume, redovno korišćeni i različiti vidovi multilateralnih partnerstava s trećim državama.²⁵ Zapošljavanje sezonskih radnika praćeno je, međutim, i rizikom eksploatacije njihovog rada, odnosno rizikom rada u nepovoljnim uslovima, često uz svođenje radnika (dakle, ljudi) na „ekonomske inpute koji napuštaju državu prijema onda kada njihov rad više nije neophodan“.²⁶ Ovo tim pre što je u sektorima s najvećim brojem sezonskih poslova, poput poljoprivrede i turizma, najrasprostranjeniji rizik radnog angažovanja subjekata neregularnih migracija.²⁷ Neki od naznačenih rizika prepoznati su na nivou EU, posebno imajući u vidu to da su iz područja primene direktiva kojima je uređen rad državljana trećih država u EU isprva bili isključeni sezonski radnici i drugi privremeni migranti.

Zaštita državljana trećih država proširena je na *nekvalifikovane i niskokvalifikovane sezonske radnike* tek Direktivom 2014/36/EU, koja se primenjuje na radnike

²⁴ J. Fudge (2015), op. cit., 335.

²⁵ J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 444.

²⁶ Margerite Helena Zoeteweyj, „The Seasonal Workers Directive. Another vicious circle?“, *Towards a decent labour market for low waged migrant workers* (eds. Conny Rijken, Tesseltje de Lange), Amsterdam, 2018, 132.

²⁷ Elaine Dewhurst, „Directive 2014/36/EU“, *International and European labour law – a commentary* (eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 823. Ovu konstataciju ilustruje, primera radi, presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Chowdhury* i drugi protiv Grčke (predstavka broj 21884/15), od 30. marta 2017. godine. Predmet se ticao sezonskih radnika iz Bangladeša, čiji je položaj bio presudno određen njihovim neregulisanim migrantskim statusom, kao i strahom da će zbog toga biti uhapšeni i proterani. Oni su, naime, radili po 12 sati dnevno u nebezbednim i nezdravim uslovima na jednoj plantaži malina u Grčkoj, i to pod stalnim nadzorom naoružanih čuvara. Poslodavac im nije isplaćivao zarade, uz obećanje da će to učiniti ako nastave da rade za njega. Kako ovo obećanje nije ispunjeno ni nakon što je poslodavac angažovao novu grupu radnika migranata, radnici su obustavili rad i zahtevali neisplaćene zarade, zbog čega je jedan od čuvara pucao, povredivši nekoliko radnika. Sud je utvrdio postojanje prinudnog rada i trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije, budući da su radnici dobrovoljno prihvatili da rade za poslodavca, ali su njihovi uslovi rada bili znatno nepovoljniji od dogovorenih, a bilo im je i zaprećeno da im zarade neće biti isplaćene ako prestanu s radom za poslodavca.

koji zakonito borave i rade najduže devet meseci godišnje na teritoriji neke države članice EU (uz izuzetak Danske, Irske i Velike Britanije). Time je uvažena potreba država članica EU za radnicima koji obavljaju prekarne poslove, koji, po pravilu, nisu privlačni domaćim državljanima, ali ni drugim državljanima EU, čak ni u periodima visoke nezaposlenosti.²⁸ O tome živo svedoči podatak da svake godine u EU radi više od 100.000 sezonskih radnika iz trećih država.²⁹ Među njima su naročito brojni berači bobičastog voća u Švedskoj, koji su mahom poreklom iz Tajlanda,³⁰ dok su ranije to bili ukrajinski radnici angažovani za obavljanje sezonskih poslova u Poljskoj, Češkoj i Slovačkoj. Takođe, u nekim državama članicama EU, sezonske poslove u poljoprivredi obavljaju radnici iz drugih, manje razvijenih država članica EU, te su radnici iz Litvanije najčešće angažovani u Irskoj, radnici iz Bugarske obavljaju sezonske poslove u Grčkoj, Italiji i Španiji, a u poslednjim dvema državama radi i jedan broj sezonskih radnika iz Rumunije.³¹ Direktivom su, otud, uvedena transparentna pravila o ulasku i boravku sezonskih radnika u državama članicama EU, kao i o jednakom postupanju prema ovim licima i domaćim državljanima u pogledu uslovâ za zapošljavanje i uslova rada.

Pravila o ulasku i boravku sezonskih radnika migranata u državama članicama EU

Sloboda kretanja radnikâ jedan je od kamena temeljaca evropske ekonomske integracije,³² dok je Amsterdamskim ugovorom Uniji poverena nadležnost u oblasti azila i imigracija. To je uticalo na razvoj pravnog i političkog okvira ne samo za

²⁸ J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 444.

²⁹ Karla Kotulovski, Sandra Laleta, „The abuse and exploitation of foreign seasonal workers: Did the Coronavirus emergency worsen already precarious working conditions in the agricultural sector?“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, br. 5, 2021, 328.

³⁰ V. Charles Woolfson, Petra Herzfeld Olsson, Christer Thörnqvist, „Forced labour and migrant berry pickers in Sweden“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 2, 2012, 147–176.

³¹ V. Rossen Koroutchev, „Seasonal workers before the Covid-19 era: analysis of the legislation within the context of Eastern Europe“, *Journal of Liberty and International Affairs*, br. 1, 2020, 100–111; Ana López-Sala, „Induced circularity for selective workers. The case of seasonal labor mobility schemes in the Spanish agriculture“, *ARBOR – Ciencia, Pesamiento y Cultura*, 2016, 1–12; Ruth McAreevey, „Seasonal worker schemes: Can they achieve social justice?“, *EUROPA XXI*, 2019, 37–52; Christine Brickenstein, „Social protection of foreign seasonal workers: from state to best practice“, *Comparative Migration Studies*, br. 2, 2015, 1–18.

³² Više o ovom pitanju v. u: Radovan Vukadinović, „Načelo slobode kretanja lica u Evropskoj ekonomskoj zajednici“, *Pravo i privreda*, br. 7-8, 1993, 5–20.

migracije državljana EU, već i za migracije državljana tzv. trećih država, u smislu uređivanja granične kontrole, azila, useljavanja i položaja migranata – zaposlenih lica, tražilaca zaposlenja i članova njihovih porodica. Na ovaj način su uspostavljena dva migraciona pravna okvira, koji se međusobno bitno razlikuju. Prvi pravni okvir važi za *građane EU*, koji uživaju slobodu kretanja i zapošljavanja na teritoriji svih država članica, uz očuvanje očekivanih i stečenih prava iz sistema socijalne sigurnosti. Od tog pravila postoje i izuzeci u pogledu državljana novopridruženih država članica, u smislu kontrole priliva radne snage u „starim“ državama članicama EU tokom prelaznog perioda (derogacija odredaba o slobodnom kretanju radnikâ u prve dve godine od pristupanja, uz mogućnost produženja na još tri godine, a u slučaju ozbiljnih poremećaja na tržištu rada ili ozbiljnih pretnji – za još dve godine). S druge strane, pravni okvir koji važi za *državljanke trećih država* odlikuje stroga kontrola spoljašnjih granica EU i ulaska državljana trećih država na njenu teritoriju, uz delimično uređivanje boravka nekih kategorija državljana trećih država u EU.³³ Direktivama su, naime, uređeni ulazak i boravak visokokvalifikovanih i niskokvalifikovanih radnika (Direktiva Saveta 2009/50/EZ i Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2011/98/EU), sezonskih radnika (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2014/36/EU) i radnika koji se kreću unutar preduzeća (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2014/66/EU).

Direktiva 2014/36/EU se u literaturi prevashodno smatra instrumentom za upravljanje migracijama, iako uređuje i radnopravni položaj sezonskih radnika migranata. Ovo posebno ako se ima u vidu široki katalog prava koji Direktiva Saveta 2009/50/EZ³⁴ priznaje visokokvalifikovanim radnicima migrantima, jer činjenica da se nekvalifikovanim i niskokvalifikovanim radnicima – koji se inače nalaze u nepovoljnom položaju – priznaje tek mali broj prava, ukazuje da su u EU niskokvalifikovani sezonski radnici i dalje nepoželjni. Direktiva 2014/36/EU, otud, teži da ih odvрати od trajnog nastanjivanja u EU,³⁵ te su pravila vezana za ulazak i boravak državljana trećih država radi obavljanja sezonskih poslova razvijena kako bi se uvažile potrebe država članica EU za radnicima koji će obavljati prekarne poslove, za čije obavljanje redovno nisu potrebne kvalifikacije (bilo uopšte bilo kvalifikacije višeg nivoa). To ove poslove čini nedovoljno atraktivnim za tražioce zaposlenja koji su državljanjani EU,

³³ Helga Špadina, „Radne migracije državljana trećih država u EU: pravni okvir, problemi i perspektive“, doktorski rad (neobjavljen), Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2012, 73–74.

³⁴ Council Directive 2009/50/EC of 25 May 2009 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment, *OJ L* 155, 18. 6. 2009, 17–29.

³⁵ J. Fudge (2015), op. cit., 341; J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 440; M. H. Zoetewij-Turhan, op. cit., 43–44.

zbog čega se na nivou EU podstiču cirkularne migracije i sprečava stalno nastanjenje nekvalifikovanih i niskokvalifikovanih radnika, kao i njihove neregularne migracije u EU.³⁶ Direktiva 2014/36/EU se, pritom, primenjuje na lica koja „zadržavaju svoje osnovno mesto prebivališta u trećoj državi i koja zakonito privremeno borave na teritoriji države članice EU“.³⁷ Njihov boravak u EU je motivisan obavljanjem „aktivnosti koja zavisi od smene godišnjih doba, i to na osnovu jednog ili više ugovora o radu na određeno vreme koje su ova lica neposredno zaključila s poslodavcem sa sedištem u toj državi članici“.³⁸ Sezonski radnici migranti, pritom, mogu boraviti u državi članici EU najduže devet meseci tokom perioda od 12 meseci, čime je uvažena potreba da se, i na ovaj, način, spreči korišćenje rada sezonskih radnika za obavljanje poslova koji suštinski nisu sezonski, već su redovni poslovi kod poslodavaca.³⁹ Direktiva, pritom, ograničava države članice EU u pogledu utvrđivanja kriterijuma za ulazak i boravak državljana trećih država u EU, ali im, s druge strane, prepušta odlučivanje o broju sezonskih radnika koje će primiti na svoju teritoriju, uz primenu testa tržišta rada.⁴⁰

Sezonskim radnicima je, dakle, priznato pravo na ulazak, boravak i slobodan pristup teritoriji države članice EU koja im za to izda dozvolu. Pravila njihovog prijema u EU zavise, međutim, od države porekla radnika migranta, tj. od činjenice da li određena država u potpunosti primenjuje Šengenski *acquis*, kao i od dužine boravka radnika migranta u državi prijema. Direktivom je, otud, uvedeno *šest različitih režima ulaska sezonskih radnika migranata u EU*.

Kada je pak reč o *dozvoli za rad* u državi članici EU, fleksibilnost Direktive ispoljava se u slobodi država da izaberu da li će kao kriterijum za prijem nekvalifikovanih i niskokvalifikovanih sezonskih radnika koristiti vizu za duži boravak (s naznakom izdata za obavljanje sezonskog rada), dozvolu za sezonski rad, ili dozvolu za sezonski rad i vizu za duži boravak. Nadalje, države su slobodne da odluče i da li će zahtev za prijem u EU podnositi sâm sezonski radnik ili njegov poslodavac, s tim što u oba slučaja, uz zahtev, mora biti podnet važeći ugovor o radu ili ponuda za posao. U potonjim aktima treba naznačiti vrstu sezonskog rada, mesto izvršavanja

³⁶ J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 440.

³⁷ Direktiva 2014/36/EU, čl. 3, st. b).

³⁸ Direktiva 2014/36/EU, čl. 3, st. c).

³⁹ J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 456.

⁴⁰ Primena *testa tržišta rada* omogućava procenu dostupnosti domaćih radnika s odgovarajućim kvalifikacijama. Reč je, preciznije, o meri posredstvom koje se, radi zaštite domaćih radnika, mogućnost za zapošljavanje migranata otvara samo za slučaj da domaći radnici ne poseduju znanja, sposobnosti i veštine potrebne za rad na slobodnim poslovima. Isto vredi i ako domaći radnici nisu zainteresovani za obavljanje slobodnih poslova, najčešće zbog niskih zarada ili potcenjivanja (značaja i ugleda) određene vrste poslova u društvu. H. Špadina, op. cit., 138.

radnih zadataka, trajanje zaposlenja, radno vreme, zaradu i plaćeni odmor radnika. U svetlu načela jednakosti, ovi uslovi rada, pritom, moraju biti usklađeni s mero-davnim zakonima, kolektivnim ugovorima i praksom u državi prijema. Prikazana pravila omogućavaju sezonskim radnicima upoznavanje s uslovima rada, a u sluča-ju spora – dokaz o uslovima rada, s tim što poziv na ponudu za zaposlenje ne stvara obaveze za poslodavca, budući da ne predstavlja izvor obligacija.⁴¹

Nadalje, podnosilac zahteva za ulazak sezonskog radnika u EU treba da pruži dokaz o zdravstvenom osiguranju radnika, kao i o postojanju odgovarajućeg smeštaja i dovoljnih sredstava za njegovo izdržavanje. Poslodavci koji radnicima obezbeđuju smeštaj, pritom, ne smeju da zahtevaju previsoke stanarine niti da ih naplaćuju automatskom obustavom od dela zarade, dok smeštaj mora da zadovoljava opšte zdravstvene i bezbednosne standarde. Konačno, država prijema treba da za svakog radnika migranta utvrdi da ne postoji rizik neregularne migracije i da ima važeću putnu ispravu. Ona slobodno određuje troškove za podnošenje zahteva za ulazak sezonskog radnika, s tim što se previsoke takse smatraju indikatorom radne eksploatacije.

Države su dužne da što je moguće pre, a najkasnije u roku od 90 dana od podnošenja zahteva, odluče o zahtevima za ulazak sezonskih radnika na njihovu teritoriju. S druge strane, država prijema može da dozvoli radniku da, tokom perioda za koji mu je izdata dozvola, *jednom promeni poslodavca*, osim ukoliko slobodan posao može biti popunjen zapošljavanjem državljanina EU.⁴² Navedeno pravilo doprinosi zaštiti radnika migranata, jer slabi, tj. relativizuje njihovu zavisnost od određenog poslodavca, i omogućava im da, u slučaju da im poslodavac ne obezbeđuje odgovarajuće uslove rada, iniciraju prestanak radnog odnosa i traže zaposlenje kod novog poslodavca.

S druge strane, pravila vezana za *odbijanje zahteva za ulazak sezonskih radnika u EU* treba da doprinesu obezbeđivanju dostojanstvenih uslova rada. Poslodavčev zahtev za ulazak sezonskog radnika, tako, može biti odbijen ako je poslodavac prethodno bio kažnjen za korišćenje rada „na crno“ ili za povredu imigracionih propisa, kao i ako je protiv njega pokrenut stečajni postupak, odnosno ako ne vrši nikakvu ekonomsku aktivnost. Takođe, zahtev može biti odbijen ukoliko poslodavac krši socijalno, poresko i radno zakonodavstvo, kao i ako je u 12 meseci pre podnošenja zahteva ukinuo posao na kom se radi s punim radnim vremenom – da bi

⁴¹ J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 452.

⁴² Sezonski radnik može pronaći novog poslodavca *samo u okviru iste države članice EU*, budući da EU želi da spreči da sezonski radnik iz treće države koji je jednom primljen u EU pređe u drugu državu članicu EU koja ga izvorno ne bi primila, a zbog različite procene kriterijuma za prijem ili zbog dostupnosti radne snage u toj državi. M. H. Zoetewij-Turhan, op. cit., 38.

angažovao sezonskog radnika za isti posao. Konačno, države su slobodne da odbiju zahteve migranata koji su ranije kršili migracione propise.

Premda je jedan od ciljeva Direktive vezan za podsticanje cirkularnih migracija, u njenom konačnom tekstu nisu sadržana rešenja koja je predlagala Komisija vezano za izdavanje dozvola za više sezona. Umesto toga, države članice EU *moгу* uvesti *mere za lakši ponovni ulazak istog sezonskog radnika u državu prijema*. Mehanizam za primenu tih mera je, međutim, ostao nerazrađen, čime su sužene stvarne mogućnosti za razvijanje cirkularnih migracija, dok su migrantima otežani pravljene i realizacija dugoročnih profesionalnih i životnih planova.⁴³ Premda se odbijanje država članica EU da se odreknu dela suverenosti u ovoj oblasti može objasniti političkim i ekonomskim razlozima, čini se da razloge treba tražiti i u uvreženom mišljenju da rad sezonskih radnika migranta pre treba koristiti za obavljanje tzv. prljavih, opasnih i ponižavajućih poslova („3D“ / *dirty, dangerous and demeaning jobs*), nego za obezbeđivanje uspešnih programa cirkularnih migracija.⁴⁴ Ovaj problem postaje veći ako imamo u vidu da države članice EU u kojima radnici ostvaruju više zarade i uživaju povoljnije uslove rada – redovno privlače sezonske radnike iz država članica EU s manje povoljnim uslovima rada. Poslodavci iz potonje grupe država stoga često zadovoljavaju potrebu za obavljanjem sezonskih poslova angažovanjem državljana trećih država, dok se u nekim državama članicama EU ova potreba zadovoljava zapošljavanjem subjekata neregularnih migracija.⁴⁵ Time se dovodi u pitanje kapacitet Direktive da stvarno doprinese obezbeđivanju solidnog upravljanja migracijama i sprečavanju neregularnih migracija, što su i osnovni ciljevi njenog usvajanja.

USLOVI RADA SEZONSKIH RADNIKA U EU

Potreba za pojednostavljenim zapošljavanjem sezonskih radnika i rizik radne eksploatacije

Uređivanje pravnog položaja sezonskih radnika migranata u EU treba da doprinese, između ostalog, i borbi protiv radne eksploatacije. Ovo stoga što poslodavci neretko iskorišćavaju osetljiv položaj sezonskih radnika za ostvarivanja profita.

⁴³ J. Fudge (2015), op. cit., 15; J. Fudge, P. Herzfeld Olsson, op. cit., 456–457.

⁴⁴ J. Fudge (2015), op. cit., 16. U delu literature se upozorava da Direktiva, štaviše, doprinosi stigmatizaciji sezonskih radnika migranata kao potencijalnih subjekata neregularnih migracija. Stoga je prilikom uređivanja njihovog položaja u fokus stavljena potreba za uvođenjem novih pravnih pravila od značaja za upravljanje migracijama, uz zanemarivanje činjenice da (i) sezonski radnici migranti imaju pravo na rad u dostojanstvenim uslovima. M. H. Zoetewij, op. cit., 143.

⁴⁵ M. H. Zoetewij-Turhan, op. cit., 43.

To se redovno postiže snižavanjem troškova rada zaobilaženjem primene radnog zakonodavstva, odnosno uvođenjem nedostojanstvenih uslova rada (npr. rad bez zaključenog ugovora o radu/radnom angažovanju, s nepravničnim naknadama, u nezdravim i nebezbednim uslovima, uz nezakoniti prekovremeni rad, bez prijave radnika na obavezno socijalno osiguranje), koji su često praćeni i društvenom segregacijom i neobezbeđivanjem dostojanstvenog smeštaja za sezonske radnike.⁴⁶ Takav položaj sezonskih radnika migranata određuje više činilaca, uključujući potražnju na tržištu rada, mogućnosti za migracije i fleksibilno zapošljavanje stranih sezonskih radnika (ili sezonskih radnika uopšte).

Povremenost potrebe poslodavca za radom sezonskih radnika predstavlja, naime, razlog za njihovo fleksibilno radno angažovanje, posebno ako imamo u vidu da poslodavac može imati potrebu za radom sezonskih radnika svega par dana u mesecu, i da od danas do sutra odlučuje da li će sezonskog radnika angažovati i narednog dana. Sezonski poslovi se, otud, mogu obavljati na osnovu ugovora o radu na određeno vreme, ili pak na osnovu ugovora kojima se ne zasniva radni odnos. Rad na osnovu *ugovora o radu na određeno vreme*, pritom, podrazumeva da je trajanje ugovora unapred (relativno) određeno, u smislu vezivanja prestanka ugovora za nastupanje određene činjenice, koja mora biti tesno povezana s ciljem, prirodom i sadržajem sezonskog posla (npr. završetak žetve ili berbe). Pojedini zakonodavci uređuju i pitanje *rada istog zaposlenog na sezonskim poslovima iz godine u godinu*, tj. pitanje rada sezonskog radnika za istog poslodavca u istoj sezoni naredne godine, budući da su sezonske potrebe predvidive i rekurentne, te je moguće da poslodavac angažuje isto lice i u narednoj godini, posebno u sektorima s hroničnim manjkom sezonskih radnika.⁴⁷ To je izuzetno značajno pitanje za normiranje, budući da se u praksi može desiti da radnik čitavu deceniju radi za istog poslodavca, a što se, primera radi, u francuskoj sudskoj praksi razume kao postojanje „globalnog radnog odnosa na neodređeno vreme“.⁴⁸ U Hrvatskoj je, s druge strane, poslodavac koji je za obavljanje stalnih sezonskih poslova s radnikom zaključio ugovor o radu na određeno vreme dužan da radniku, u ugovorenom periodu, ponudi zaključenje

⁴⁶ E. Dewhurst, op. cit., 826. Za probleme koji prate obezbeđivanje zaštite sezonskih radnika od socijalnih rizika, posebno imajući u vidu njihove osobene potrebe vezane za privremenost boravka u državi prijema i teškoću da ispune uslove koji se tiču minimalnog staža osiguranja ili minimalnog perioda boravka na teritoriji države prijema v. C. Brickenstein, op. cit., 1 i dalje.

⁴⁷ Susan Ainsworth, Alice Purss, „Same time, next year? Human resource management and seasonal workers“, *Personnel Review*, br. 3/2009, 221; cf. Kevin Walker, Besim Agušaj, Ivana Čuljak, „Seasonal workforce management: Exploring employees' intention to return“, *Ekonomski vjesnik / Econviews*, br. 2, 2020, 573–586.

⁴⁸ Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 26 octobre 2011, n° 09-43.205D, nav. prema: G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, 378.

ugovora o radu za obavljanje sezonskih poslova u sledećoj sezoni.⁴⁹ U tom slučaju, poslodavac prijavljuje radnika na produženo penzijsko osiguranje i za njega uplaćuje doprinose tokom privremenog prekida u obavljanju posla, osim ako su se oni drukčije sporazumeli. Ako, međutim, radnik neopravdano odbije poslodavčevu ponudu za zaključenje ugovora o radu u sledećoj sezoni, poslodavac ima pravo da od njega zahteva povraćaj sredstava za uplaćene doprinose.⁵⁰ Potonja situacija se, preciznije, odnosi na odbijanje ponude za zaključenje ugovora po kojoj su obim prava i obaveza jednaki ili veći u odnosu na ranije zaključen ugovor o radu s poslodavcem. Štaviše, hrvatski Zakon o radu omogućava i zaključivanje *ugovora o radu na neodređeno vreme za stalne sezonske poslove*. U ovom slučaju, radnik i poslodavac mogu dogovoriti međusobna prava i obaveze za vreme privremenog prekida u obavljanju sezonskih poslova, počevši od pravila da, zbog privremenog prekida, radnik nije u obavezi da obavlja ugovorene poslove, a poslodavac nema obavezu isplaćivanja zarada/naknada zarada, ali je dužan da uplaćuje doprinose za obavezno socijalno osiguranje prema posebnom propisu.⁵¹ Alternativno, ugovorom može biti utvrđeno mirovanje radnog odnosa za vreme privremenog prekida u obavljanju posla, uz odjavu radnika s obaveznog socijalnog osiguranja, i pravo radnika da u ovom periodu zaključi ugovor o radu s nekim drugim poslodavcem.⁵²

U nekim evropskim državama postoje i posebni režimi rada sezonskih radnika, uključujući i njihovo *pojednostavljeno zapošljavanje*. Tako je, primera radi, u Rumuniji, 2011. godine uvedeno pojednostavljeno radno angažovanje nekvalifikovanih sezonskih radnika za obavljanje povremenih poslova.⁵³ U Mađarskoj je, slično, uređeno pojednostavljeno zapošljavanje sezonskih radnika u poljoprivredi, s tim što je primena merodavnih pravnih propisa dovela do brojnih zloupotreba, posebno u vidu neprijavljivanja ovih radnih aktivnosti.⁵⁴ Takođe, u nekim državama, mogućnost pojednostavljenog zapošljavanja uvedena je samo u pogledu radnika migranata, istina samo onih koji dolaze iz susednih država ili država s kojima postoji određeni vid bilateralne ili multilateralne saradnje. To je, primera radi, bio slučaj s Poljskom, gde je državljanima Belorusije, Gruzije, Jermenije, Moldavije, Rusije i Ukrajine bilo dopušteno da rade najduže šest meseci neprekidno na svakih 12 meseci, bez radne dozvole.⁵⁵ Ovaj poseban režim zapošljavanja radnika migranata

⁴⁹ Zakon o radu, *Narodne novine*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23, čl. 16, st. 5.

⁵⁰ *Ibidem*, čl. 16, st. 8.

⁵¹ *Ibidem*, čl. 16, st. 4, tač. 1.

⁵² *Ibidem*, čl. 16, st. 4, tač. 2.

⁵³ K. Kotulovski, S. Laleta, op. cit., 336.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Á. Töttös, op. cit., 58.

naročito je bio rasprostranjen u poljoprivredi i građevinarstvu, uz pozitivna iskustva u primeni, u delu koji se tiče suzbijanja rada „na crno“. Taj režim je, međutim, morao biti izmenjen po stupanju na snagu Direktive 2014/36/EU, kojom je država-ma članicama dopušteno da uvide povoljnija pravila o ulasku sezonskih radnika iz trećih država samo na osnovu međunarodnih ugovora, koje Poljska, međutim, nije bila zaključila s navedenim istočnoevropskim državama.⁵⁶

Konačno, treba imati u vidu i to da u nekim pravnim sistemima (Austrija, Belgija, Grčka, Litvanija, Slovenija, Francuska, Holandija i Hrvatska),⁵⁷ sezonski radnici rade na osnovu vaučera izdatih od strane organa državne uprave. Rad posredstvom vaučera uveden je u cilju unapređenja zaštite pomoćnog kućnog osoblja, ali i suzbijanja rada „na crno“ u poljoprivredi i drugim delatnostima, pre svega na sezonskim poslovima i drugim poslovima koji se obavljaju povremeno, čak i na dnevnoj osnovi.⁵⁸ U nekim pravnim sistemima, poput belgijskog i francuskog, za angažovanje radnikâ na osnovu vaučera se, pritom, delom koriste usluge organizacija za posredovanje, koje zapošljavaju radnike, vode evidenciju o radnicima i upućuju ih na rad kod klijenata, dok se u drugim državama veza između radnika i poslodavca uspostavlja neposredno.⁵⁹ No, nezavisno od ove razlike, poslodavci kupovinom vaučera unapred plaćaju doprinose za obavezno socijalno osiguranje radnikâ na dnevnoj osnovi, čime se pojednostavljuje radno angažovanje, a što bi trebalo da podstakne poslodavce na legalizaciju rada „na crno“ u delatnostima

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ V. Colin C Williams, *Elements of a preventative approach towards undeclared work: An evaluation of service vouchers and awareness raising campaigns*, European Platform Undeclared Work, 2018, 38–53.

⁵⁸ Interesantno je pomenuti i italijanski pravni sistem, gde je rad na osnovu vaučera uveden 2008. godine, i to samo kao vid angažovanja studenata i korisnika starosnih penzija u poljoprivredi, pri čemu su poslodavci mogli da za vaučere potroše najviše 5.000 evra godišnje za svakog radnika. Vremenom je ova mogućnost proširena i na ostale kategorije radnika u poljoprivredi, a zatim i u maloprodaji, turizmu, sektoru usluga, kao i za obavljanje pomoćnih kućnih poslova, dok je 2017. rad na osnovu vaučera omogućen u svim granama i delatnostima. Godišnji maksimalni iznos naknade je u međuvremenu podignut na 7.000 evra, zbog čega je broj prodatih vaučera porastao s početnih nekoliko hiljada na 20 miliona u 2016. godini. Ubrzo pošto je broj prodatih vaučera dostigao maksimum, propisana je obaveza poslodavaca da najmanje 60 minuta pre potpisivanja ugovora, prijave radnika fondovima obaveznog socijalnog osiguranja. Ipak, pod pritiskom sindikatâ, rad na osnovu vaučera je ukinut, pre svega zato što je ova forma rada, umesto suzbijanja rada „na crno“, upravo suprotno, dovela do povećanja broja neprijavljenih radnika. Nav. prema: Edoardo di Porto, Pietro Garibaldi, Giovanni Mastrobuoni, Paolo Naticchioni, *The perverse effect of flexible labor regulation on informality*, Banca d'Italia, 2020, 5–6.

⁵⁹ Irene Mandl, Maurizio Curtarelli, Sara Riso, Oscar Vargas, Elias Gerogiannis, *New forms of employment*, EUROFOUND, Luxembourg, 2015, 83.

u kojima se on najčešće koristi. Ipak, treba imati u vidu da se u zakonodavstvima pomenutih država, strogo ograničava upotreba rada na osnovu vaučera, kako mogućnost pojednostavljenog zapošljavanja ne bi bila zloupotrebljena i za obavljanje aktivnosti koje nisu sezonske (tj. privremene), po svojoj prirodi. Tako, primera radi, u Hrvatskoj, sezonske poslove na osnovu vaučera mogu obavljati samo domaći državljani koji su zaključili poseban ugovor za obavljanje privremenih, odnosno povremenih poslova u poljoprivredi i to najduže 90 dana u kalendarskoj godini.⁶⁰ Radnik i poslodavac zaključuju ovaj ugovor pre početka rada, za svaki radni dan, i to predajom i prijemom vaučera, uz obavezu radnika da vaučer nosi sa sobom. Poslodavac nije dužan da vodi evidenciju o ovim sezonskim radnicima, kao ni o naknadama za njihov rad, dok radnik uživa sva prava priznata Zakonom o radu.

Načelo jednakog postupanja – izazovi u primeni

Direktiva 2014/36/EU nastoji da sezonskim radnicima iz trećih država obezbedi jednak tretman kao i domaćim državljanima u pogledu zapošljavanja i uslovâ rada. U srcu Direktive se, otud, nalazi pravilo o *jednakom postupanju*. Jednak tretman se, međutim, ne garantuje u pogledu svih, već samo nekih radnih prava, i to prava koja su naročito značajna za sezonske radnike, imajući u vidu njihov osetljiv položaj, kao i privremenost njihovog rada.⁶¹

Jednak tretman stranih i domaći radnika je, naime, potvrđen u pogledu uslovâ za zasnivanje radnog odnosa/zapošljavanje, uključujući pravilo o minimalnom uzrastu za rad.⁶² Za tim sledi jednakost tretmana u pogledu naknade za rad, a u skladu s načelom „ista naknada za isti rad na istom radnom mestu“. Sigurnosti prihoda sezonskih radnika doprinosi i garantija načela jednakosti u pogledu namirenja naknada za rad, budući da isplata nenamirenih dospelih potraživanja radnika migranata može biti ugrožena zbog privremenosti njihovog boravka u državi prijema.⁶³ Takođe, pravilo o jednakom postupanju pokriva i pravo na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, ograničeno radno vreme, te pravo na odmore i odsustva.⁶⁴

Primena načela jednakosti proširena je i na kolektivna radna prava, čije je delotvorno ostvarivanje preduslov zaštite uslovâ rada. Po odredbama Direktive, to se odnosi na slobodu udruživanja, pravo na štrajk, kao i pravo na kolektivno

⁶⁰ K. Kotulovski, S. Laleta, op. cit., 336.

⁶¹ E. Dewhurst, op. cit., 826.

⁶² Direktiva 2014/36/EU, čl. 23, st. 1, tač. a).

⁶³ *Ibidem*, čl. 23, st. 1, tač. c).

⁶⁴ *Ibidem*, čl. 23, st. 1, tač. a).

pregovaranje, koje, inače, nije potvrđeno u drugim direktivama o radnicima migrantima.⁶⁵ Nadalje, sezonskim radnicima migrantima se garantuje i jednak tretman u pogledu ostvarivanja socijalnih prestacija, između ostalog, za slučaj bolesti, povreda, materinstva, invalidnosti, smrti izdržavaoca i izdržavanja porodice. Za tim sledi jednakost tretmana u pogledu pristupa javnim dobrima, uslugama savetovanja koje pružaju službe za zapošljavanje, obrazovanju i stručnoj obuci, kao i u pogledu priznavanja profesionalnih kvalifikacija i poreskih pogodnosti.

Države mogu da suspenduju primenu načela jednakog postupanja samo u pogledu stipendija i pozajmica za studiranje i izdržavanje, kao i u pogledu postupka za dobijanje stanova. Na prvi pogled, tako postavljeno područje primene načela jednakog postupanja može se učiniti povoljnim, ali ne treba gubiti iz vida da države članice EU imaju široka diskreciona ovlašćenja za donošenje odluke da sezonskim radnicima uskrate pristup prestacijama za izdržavanje porodice, kao i za slučaj nezaposlenosti. Isto vredi i za obezbeđivanje poreskih pogodnosti, dok pristup obrazovanju i stručnoj obuci država može obezbeđivati samo za programe koji su neposredno povezani sa specifičnom aktivnošću za čije se obavljanje migrant zapošljava. Potonje ograničenje se, s pravom, kritikuje u literaturi, jer sprečava sezonske radnike da tokom boravka u inostranstvu steknu dragocene veštine i znanja, s kojima će se vratiti u državu porekla,⁶⁶ a i koja im mogu pomoći da se u budućnosti vrate u EU, ali s drugačijim osnovom za odobrenje boravka u EU.

U literaturi se, s pravom, ukazuje da delotvornost načela jednakosti presudno zavisi od dvaju činilaca: a) uslovâ rada domaćih radnika u sektorima u kojima dominiraju sezonski poslovi; b) mehanizama za obezbeđivanje delotvorne primene merodavnih pravnih propisa.⁶⁷ Drugi činilac će biti razmotren u narednom poglavlju našeg rada, dok se prvi činilac odnosi na pravilo da, u slučaju da država prijema obezbeđuje domaćim sezonskim radnicima nizak nivo radnopravne zaštite, nezavidan radnopravni položaj imaju i svi radnici migranti. U tom smislu, posebno zabrinjava trend uvođenja odviše ekstenzivnog pojednostavljenog zapošljavanja sezonskih radnika, a vispreno se ukazuje i na činjenicu da u mnogim državama skoro da i nema domaćih državljana koji obavljaju sezonske poslove i koji bi trebalo da predstavljaju uporednu grupu za primenu načela jednakog postupanja.⁶⁸ Situaciju ne olakšava ni činjenica da u nekim državama članicama EU sezonske poslove obavljaju mahom državljanima drugih država članica EU (pretežno s istoka i juga Evrope). Ovo tim pre što je državljanima tih država članica EU jednostavnije

⁶⁵ *Ibidem*, čl. 23, st. 1, tač. b).

⁶⁶ M. H. Zoetewij-Turhan, op. cit., 35.

⁶⁷ J. Fudge (2015), op. cit., 15.

⁶⁸ M. H. Zoetewij-Turhan, op. cit., 28.

da ostvare pravo na jednak tretman, pre svega zato što im je, u poređenju s državljanima trećih država, lakše da iniciraju prestanak radnog odnosa u slučaju povrede radnih prava.⁶⁹ S druge strane, ne treba zaboraviti na činjenicu da neke države članice nisu privlačne radnicima iz drugih država članica EU, zbog čega tu nema mogućnosti čak ni za posredno obezbeđivanje jednakog postupanja prema radnicima iz trećih država. U tim slučajevima, nije lako, nekada čak ni moguće, odrediti stvarnu sadržinu prava sezonskih radnika migranata na jednak tretman, jer je za to neophodno postojanje domaćih sezonskih radnika ili s njima izjednačenih sezonskih radnika (tj. sezonskih radnika iz drugih država članica EU), s čijim bi položajem trebalo da se upoređuje položaj državljana trećih država.⁷⁰

Konačno, treba uočiti i to da kategorija sezonskih radnika nije homogena, te se pojedine grupe sezonskih radnika suočavaju s osobenim teškoćama vezanim za ostvarivanje radnih prava. To, između ostalog, vredi za radnice migrantkinje, budući da se Direktiva ne bavi pitanjem *jednakog postupanja prema muškarcima i ženama*. Ipak, te naizgled neutralne odredbe Direktive mogu dovesti migrantkinje u nepovoljniji položaj, jer Direktiva ne sadrži pravilo o spajanju porodice, tj. ne dopušta članovima porodica sezonskih radnika migranata da im se priključe u EU.⁷¹ Premda ovo rešenje dovodi u nepovoljan položaj radnike oba pola koji imaju porodične dužnosti, posledice pravne praznine teže pogađaju žene. Ovo stoga što za većinu žena, rad za poslodavca ne predstavlja jedino angažovanje, već ga prati neplaćeni rad u domaćinstvu, tj. obavljanje kućnih poslova i briga o deci (i to ne samo briga majki o deci, već i učešće baba u podizanju unučadi) i članovima porodice zavisnim od tuđe nege i pomoći.⁷² To dvostruko radno angažovanje žena predstavlja, naime, veliki izazov i za sezone radnice migrantkinje, budući da velika većina njih snosi najveći teret porodičnih dužnosti, posebno brige o deci. Stoga se može očekivati da većina žena neće moći i želeći da napusti državu porekla radi obavljanja sezonskih poslova u inostranstvu, posebno ako traju više meseci. Ovo tim pre što u mnogim društvima, posebno kada je reč o trećim državama iz kojih dolazi najveći broj sezonskih radnika migranata, zbog osobenih društvenih i kulturnih normi, žene imaju manju geografsku i profesionalnu mobilnost od muškaraca.⁷³

⁶⁹ *Ibidem*, 35–36.

⁷⁰ *Ibidem*, 35.

⁷¹ *Ibidem*, 40.

⁷² European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Future of work, future of society*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019, 33.

⁷³ Ljubinka Kovačević, „Gender perspective of development of labour law“, *Gender perspectives in private law* (eds. Gabriele Carapezza Figlia, Ljubinka Kovačević, Eleonor Kristoffersson), Cham, 2023, 122.

PRAVNA SREDSTVA I SANKCIJE ZA SLUČAJ KRŠENJA
RADNIH PRAVA SEZONSKIH RADNIKA MIGRANATA

Imajući u vidu teškoće na koje radnici migranti nailaze prilikom ostvarivanja radnih prava, Direktiva 2014/36/EU uređuje i pravna sredstva za njihovu zaštitu, kao i sankcije koje se mogu izreći protiv poslodavaca u slučaju povrede merodavnih propisa. Ove odredbe su važne imajući u vidu prekaran položaj i zavisnost radnika migranata od njihovih poslodavaca, kao i teškoće u dokazivanju postojanja radnog odnosa / radnog angažovanja (u smislu nepostojanja ugovora o radu, obračuna zarada ili drugih dokaza, nespremnosti kolega da svedoče o postojanju faktičkog rada, zbog straha od poslodavčeve odmazde i sl.). Zatim sledi i činjenica da se radnici migranti redovno ne odlučuju za pokretanje postupka protiv poslodavca, pre svega zbog rizika gubitka zaposlenja ili drugog vida poslodavčeve odmazde, nepoznavanja objektivnog prava države prijema, odnosno svojih radnih prava i postupaka za njihovu zaštitu, kao i nemogućnosti da podnesu dugotrajne i skupe sudske postupke. Konačno, treba uzeti u obzir i fenomen koji se u literaturi označava izrazom *dual frame of reference*, koji podrazumeva da su sezonski radnici iz trećih država neretko spremni ili čak voljni da rade pod uslovima koji su nepovoljniji od uslova u kojima rade domaći radnici.⁷⁴ Velika većina sezonskih radnika dolazi, naime, iz država s nižim standardima radnopravne zaštite od zaštite koja se obezbeđuje u državi prijema, zbog čega se uslovi rada u državi prijema procenjuju u svetlu standarda radnopravne zaštite u državi iz koje migrant dolazi. Migranti su, stoga, često zadovoljni uslovima rada u državi prijema, uprkos tome što su oni nepovoljniji od zakonskih minimalnih standarda. Stoga je za delotvornu primenu pravila sadržanih u Direktivi važno postojanje delotvorne inspekcije rada i drugih mehanizama nadzora nad primenom merodavnih propisa.⁷⁵ Ispunjavanje ovih pretpostavki nije, međutim, lak zadatak, ako imamo u vidu probleme koji prate inspekciju rada, posebno kada je reč o nedovoljnom broju i nedovoljnoj obučenosti inspektorâ rada, ali i nedostatku volje i/ili ovlašćenjâ inspektorâ rada da intervenišu, čak i u slučajevima radne eksploatacije.⁷⁶

Pored toga, sezonskim radnicima treba obezbediti *pravo na delotvorno pravno sredstvo*. To pretpostavlja uspostavljanje mehanizama posredstvom kojih nadležni subjekti mogu da zaštite lice čije je pravo povređeno, a, zatim, i pravo tog lica

⁷⁴ M. H. Zoetewij, op. cit., 137.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ *Ibidem*. Više o ovom problemu v. u: Ljubinka Kovačević, „Delotvornost radnog zakonodavstva i uloga inspekcije rada u svetlu standarda Međunarodne organizacije rada“, *Strani pravni život*, br. 1, 2022, 1–41.

na pokretanje postupka zbog povrede nekog radnog prava.⁷⁷ Zatim sledi ovlašćenje sindikatâ, nevladinih organizacija i drugih subjekata koji imaju legitimni interes za obezbeđivanje poštovanja pravnih pravila – da, u ime radnika, pokrenu postupak za zaštitu prava ili da radniku pružaju podršku u tom postupku. Prikazana mogućnost je izuzetno važna za zaštitu sezonskih radnika migranata koji ne mogu da priušte pokretanje skupih i dugotrajnih postupaka za zaštitu prava, posebno ako imamo u vidu privremenost njihovog boravka u državi prijema. Ovaj vid posredne zaštite radnih prava značajan je i za radnike koji se ustručavaju da pokrenu postupak protiv poslodavca bilo zbog nepoznavanja mehanizama za zaštitu prava, bilo zbog straha od mogućih negativnih posledica.⁷⁸ To, konačno, znači da države imaju široke mogućnosti da, u skladu sa svojom pravnom tradicijom, obezbede zaštitu radnikâ, a što u praksi podrazumeva vrlo raznovrsne pristupe, često zasnovane na kombinovanju (građanskopravne, radnopravne, upravne, prekršajne ili krivične) sudske zaštite ili upravnog postupka, sa sistemom alternativnog rešavanja sporova.

Kada je pak reč o *sankcijama*, Direktiva uvodi instrumente koji prevazilaze klasična pravila vezana za jednaku dostupnost određenih radnih prava, upravo, zbog rizika koji natkriljuju obavljanje sezonskih poslova. Države članice EU su, otud, dužne da, radi sprečavanja eksploatacije rada sezonskih radnika migranata, kao i njihovih neregularnih migracija, uvedu *delotvorne, srazmerne i odvraćajuće sankcije* (engl. *effective, proportionate and dissuasive sanctions*) protiv poslodavaca koji krše obaveze prema sezonskim radnicima.⁷⁹ Ova obeležja se smatraju poželjnim kako za prekršajne i krivične kazne i upravne sankcije, tako i za radnopravne i građanskopravne sankcije,⁸⁰ iako je zahtev da sankcija treba da bude odvraćajuća redovno skopčan s funkcijom kažnjavanja (odnosno preventivnom funkcijom), koja, u načelu, nije svojstvena građanskopravnim sankcijama.⁸¹

U praksi Evropskog suda pravde / Suda pravde EU, navedena obeležja sankcija nisu, međutim, izbrušena s matematičkom preciznošću. Jedan od razloga za to leži u činjenici da se sva tri obeležja u izvesnoj meri preklapaju i da su međusobno čvrsto povezana.⁸² Ocena ispunjenosti zahteva da sankcija bude delotvorna, srazmerna

⁷⁷ María Amparo Ballester Pastor, *Reparation and penalties in discrimination cases*, Academy of European Law, Trier, 2016, 6.

⁷⁸ E. Dewhurst, op. cit., 826.

⁷⁹ Direktiva 2014/36/EU, čl. 17, st. 1.

⁸⁰ M. Amparo Ballester Pastor, op. cit., 1–2.

⁸¹ Manuela Grévy, *La sanction civile en droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2002, 311–312.

⁸² Fabrizio Cafaggi, Federica Casarosa, Madalina Moraru, Nicole Lazerini, *ACTIONES handbook on the techniques of judicial interactions in the application of the EU Charter. Module 3:*

i odvrćuća, otud, pretpostavlja preispitivanje ovih obeležja u svetlu uloge koju prekršeno pravilo ima u čitavom pravnom sistemu, kao i u svetlu obeležja postupka u kom se određena sankcija izriče.⁸³

Delotvornost sankcije, tako, odslikava odnos između cilja koji donosioci političkih odluka žele da postignu primenom nekog pravila (npr. regulisanje tržišta rada, uspostavljanje stvarne jednakosti na tržištu rada, zaštita domaćih radnika od neloyalne konkurencije stranih radnika), s jedne strane, i pravnih sredstava koja je zakonodavac predvideo za postizanje tog cilja, s druge strane.⁸⁴ Razmatranje ovih pravnih sredstava, pritom, treba da uključi i razmatranje faktičkih prepreka za njihovu primenu, poput složenosti i nejasnoće merodavnih pravnih propisa, te visokih troškova i dugotrajnosti postupka za zaštitu prava.

Kada je reč o *srazmernosti*, ovo obeležje podrazumeva da je sankcija odgovarajuća (iz ugla postizanja legitimne svrhe kojoj služi), kao i da je neophodna.⁸⁵ Srazmernost sankcije, otud, treba procenjivati u svetlu ozbiljnosti povrede određenog pravnog pravila i ozbiljnosti svih posledica uzrokovanih tom povredom. Takođe, srazmernost treba ceniti i u svetlu vrste i visine sankcije koja se primenjuje protiv poslodavca, a što, dalje, podrazumeva i sagledavanje njegovih finansijskih mogućnosti, eventualno ponavljanje povrede i slične okolnosti.⁸⁶ Reč je, dakle, o zahtevu koji počiva na moralnom uverenju da poslodavci ne treba da budu kažnjeni strože od onoga što je opravdano, a imajući u vidu težinu učinjene povrede. Preblage sankcije često ne mogu da ostvare ciljeve vezane za (generalnu i specijalnu) prevenciju, dok odviše oštre sankcije, dupliranje sankcija ili nekontrolisano određivanje sporednih sankcija – dovode od nepravednog kažnjavanja.⁸⁷

Sankcija se smatra *odvrćućom* ako pojedinca sprečava u povredi ciljeva i pravila određenog pravnog sistema, odnosno ako je u stanju da utiče na potencijalne učinioce tih povreda da se ponašaju u skladu s merodavnim pravilima. Ovo obeležje, otud, nemaju čisto simbolične sankcije, posebno što sankcija treba da

Right to effective remedy, European University Institute, Florence, 25, <https://cjc.eui.eu/wp-content/uploads/2019/03/D1.1.c-Module-3.pdf>, 29. 7. 2023.

⁸³ Opinion of Advocate General Kokott delivered on 14 October 2004, Criminal proceedings against Silvio Berlusconi (C-387/02), Sergio Adelchi (C-391/02) and Marcello Dell'Utri and Others (C-403/02), ECLI:EU:C:2004:624, st. 91.

⁸⁴ F. Cafaggi, F. Casarosa, M. Moraru, N. Lazzarini, op. cit., 24.

⁸⁵ Opinion of Advocate General Kokott, st. 90.

⁸⁶ F. Cafaggi, F. Casarosa, M. Moraru, N. Lazzarini, op. cit., 26.

⁸⁷ David Yellen, Carl J. Mayer, „Coordinating sanctions for corporate misconduct: Civil or criminal punishment“, *American Criminal Law Review*, br. 3, 1992, 1004.

obeshrabri i recidivizam i šire nepoštovanje pravnih pravila.⁸⁸ S tim u vezi, treba imati u vidu da se generalna prevencija može postizati kako kroz zaprećenu sankciju, tako i prilikom odmeravanja sankcije. Stoga je neprihvatljivo davanje prednosti generalnoj prevenciji prilikom odmeravanja sankcije,⁸⁹ posebno što i samo propisivanje sankcije utiče na jačanje morala u radnim sredinama i društvu uopšte. Odvraćajući efekat sankcije, pritom, zavisi od prirode i visine sankcije, kao i od verovatnoće da će ona stvarno biti primenjena.

Konačno, kao pravna posledica ozbiljnog kršenja obaveza propisanih Direktivom 2014/36/EU utvrđena je i mogućnost *zabrane daljeg zapošljavanja sezonskih radnika*,⁹⁰ s tim što odredbama Direktive nije precizirano šta se smatra ozbiljnim kršenjem obaveza poslodavca. S tim u vezi, treba imati u vidu da je na nivou EU slična sankcija uvedena i u cilju borbe protiv radne eksploatacije subjekata neregularnih migracija. U tom smislu je Direktivom Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ kao smetnja za zasnivanje radnog odnosa na strani poslodavca utvrđena zabrana rada, odnosno oduzimanje licence za rad poslodavcima koji zapošljavaju državljane trećih država bez zakonitog boravka na teritoriji države članice EU. Takođe, u 12 država članica EU predviđena je i kazna oduzimanja odobrenja za boravak ili nastanjenje, ako je poslodavac stranac, dok u Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Češkoj i na Kipru sankciju predstavlja ograničavanje poslodavčevog prava da u budućnosti zapošljava državljane trećih država.⁹¹ Slično rešenje postoji i u Kanadi, gde se poslodavcu za kog se utvrdi da ne ispunjava uslove za dobijanje ovlašćenja za zapošljavanje radnika migranata (poštovanje merodavnih radnopravnih propisa i izostanak u sudskom postupku utvrđene odgovornosti poslodavca za kršenje radnih standarda), uskraćuje mogućnost da u naredne dve godine zapošljava strance pod okriljem Programa za zapošljavanje privremenih migranata.⁹² Time se za ove poslodavce uvodi i smetnja za zasnivanje radnog odnosa s novim radnicima,

⁸⁸ Sara Benedi Lahuerta, „Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin“, *International and European labour law – a commentary* (eds. Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier), Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, 519; presuda Evropskog suda pravde u predmetu S-81/12 (*Asociația Accept v. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*), od 25. aprila 2013. godine, ECLI:EU:C:2013:275, st. 64.

⁸⁹ Zoran Stojanović, „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen*, br. 1, 2011, 11.

⁹⁰ Direktiva 2014/36/EU, čl. 17, st. 1.

⁹¹ *Ibidem*, 29.

⁹² Beate Andrees, Alix Nasri, Peter Swuniarski, *Regulating labour recruitment to prevent human trafficking and to foster fair migration: Models, challenges and opportunities*, International Labour Office, Geneva, 2015, 19.

ali se, nažalost, ne obezbeđuje zaštita od radne eksploatacije u periodu koji traje do podnošenja zahteva za obnavljanje postojećeg ili izdavanje novog ovlašćenja za zapošljavanje.⁹³

ZNAČAJ EVROPSKIH STANDARDA ZA UREĐIVANJE POLOŽAJA STRANIH SEZONSKIH RADNIKA U REPUBLICI SRBIJI⁹⁴

U svetlu rešenja sadržanih u Direktivi 2014/36/EU i izazova u njihovoj primeni treba sagledati i uređivanje zapošljavanja / radnog angažovanja stranaca za obavljanje sezonskih poslova u Republici Srbiji.

U našoj državi, poslodavci mogu da zadovolje potrebu za obavljanjem sezonskih poslova angažovanjem radnika na osnovu ugovora o radu na određeno vreme, ili na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima, kojima se ne zasniva radni odnos. U prvom slučaju, na sezonske radnike se primenjuju opšta pravila Zakona o radu, s tim što naš zakonodavac ne definiše sezonske poslove, ne ograničava maksimalno trajanje ugovora o radu na određeno vreme koji se zaključuje za obavljanje sezonskih poslova, niti uređuje pitanje rada sezonskog radnika za istog poslodavca sledeće godine. U tom smislu, definicija sezonskog posla i pravilo o maksimalnom trajanju rada sezonskog radnika iz Direktive mogli bi poslužiti kao inspiracija ili model našem zakonodavcu prilikom uređivanja ovog pitanja Zakonom o radu.

Kada je reč o radu sezonskih radnika na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima, mogu se pojaviti dve pravne situacije. U skladu sa Zakonom o radu, sezonski radnici mogu biti angažovani na osnovu pisanog ugovora o privremenim i povremenim poslovima najduže 120 radnih dana u kalendarskoj godini,⁹⁵ uz obavezno osiguranje od rizikâ povrede, bolesti, povrede na radu, profesionalne bolesti, starosti, invalidnosti, telesnog oštećenja, smrti izdržavaoca i nezaposlenosti. Takođe, sezonski poslovi se mogu obavljati i u skladu sa Zakonom o zadrugama, jer studentsko-omladinske zadruge obezbeđuju zadrugarima uzrasta od 15 do 30 godina obavljanje privremenih i povremenih poslova kod privrednih

⁹³ Judy Fudge, „Making claims for migrant workers: Human rights and citizenship“, *Citizenship Studies*, br. 1, 2014, 36.

⁹⁴ U ovom poglavlju izloženi su, između ostalog, i rezultati našeg ranijeg istraživanja koji su objavljeni u: Ljubinka Kovačević, „Seasonal workers in the Republic of Serbia – between new flexibilization (and precarization of work), and catalogue of minimum rights for all workers“, *Svet na radu*, br. 2, 2023, 30–55.

⁹⁵ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 i 95/18, čl. 197.

subjekata, u cilju sticanja dopunskih sredstava za školovanje i zadovoljenje osnovnih socijalnih, kulturnih i drugih potreba.⁹⁶

Poseban režim obavljanja sezonskih poslova uspostavlja Zakon o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima (ZPRA), po kom sezonski radnici mogu biti angažovani na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima za koji se ne zahteva pisana forma, dok njihovo obavezno socijalno osiguranje obuhvata samo zdravstveno osiguranje za slučaj povrede na radu i profesionalne bolesti, kao i odgovarajuća prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja ako su povreda na radu ili profesionalna bolest uzrokovali invalidnost ili telesno oštećenje. ZPRA, pritom, uređuje, angažovanje radnikâ samo u sektoru poljoprivrede, šumarstva i ribarstva, dok se sezonskim poslovima smatraju „poslovi koji se obavljaju samo u određeno vreme tokom godine“.⁹⁷ Poslodavac može da angažuje sezonske radnike najviše 180 dana u toku kalendarske godine, s tim što oni, u skladu sa ZPRA, ne ostvaruju prava iz radnog odnosa. Izuzetak predstavljaju pravo na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, pravo na zaštitu od diskriminacije, pravo na zaštitu od zlostavljanja na radu, i pravo uzbunjivača na zaštitu od poslodavčeve odmazde, budući da je personalno područje primene posebnih zakona koji uređuju ova pitanja prošireno (sa zaposlenih) i na neke kategorije lica angažovanih na osnovu ugovora građanskog i poslovnog prava, uključujući ugovor o privremenim i povremenim poslovima.⁹⁸ U tom smislu, Direktiva može poslužiti našem zakonodavcu kao model prilikom potvrđivanja minimalnog kataloga radnih prava koji sezonski radnici moraju uživati, uključujući slobodu udruživanja, pravo na štrajk i pravo na kolektivno pregovaranje. ZPRA, naime, ne priznaje sezonskim radnicima ova kolektivna prava, što je ozbiljan propust, i sa stanovišta koncepcije dostojanstvenog

⁹⁶ Sezonski radnik, pritom, treba da ima uput od zadruge za rad kod poslodavca, a može biti angažovan i ako su zadruga i poslodavac zaključili ugovor kojim se uređuju prava, obaveze i uslovi rada člana zadruge. Poslodavac, pritom, uplaćuje naknadu zadruzi, dok zadruga isplaćuje zadrugaru naknadu za rad, te uplaćuje poreze i doprinose za obavezno osiguranje za slučaj povrede na radu i profesionalne bolesti. Nažalost, u praksi se dešava da se, preko zadruge, za obavljanje sezonskih poslova angažuju i lica starija od 30 godina, uključujući čak i korisnike starosnih penzija. Bojan Urđarević, *Usluge sezonskog rada prema novoj zakonskoj regulativi, XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2019, 170.

⁹⁷ Zakon o pojednostavljenom radnom angažovanju na sezonskim poslovima u određenim delatnostima, *Službeni glasnik RS*, br. 50/18, čl. 4, st. 1.

⁹⁸ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 35/23, čl. 4, st. 1, tač. 1; Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/09 i 52/21, čl. 16, st. 2; Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/10, čl. 2; Zakon o zaštiti uzbunjivača, *Službeni glasnik RS*, br. 128/14, čl. 2, tač. 2 i 5.

rada i sa stanovišta ratifikovanih konvencija Međunarodne organizacije rada koje čine sastavni deo našeg pravnog sistema.

Na strance koji obavljaju sezonske poslove u skladu sa Zakonom o radu primenjuju se odredbe Zakona o zapošljavanju stranaca, po kojima je njihov rad uslovljen dobijanjem jedinstvene dozvole.⁹⁹ Potonji zakon ne prepoznaje, međutim, sve osobenosti obavljanja sezonskih poslova, niti predviđa mere za lakši ponovni ulazak istog sezonskog radnika u Republiku Srbiju, a što Direktiva 2014/36/EU podstiče kao podršku cirkularnim migracijama nekvalifikovanih i niskokvalifikovanih sezonskih radnika migranata. Kada je, međutim, reč o strancima koji obavljaju sezonske poslove na osnovu ZPRA, na njih se, za vreme boravka na teritoriji Republike Srbije, ne primenjuju posebni uslovi za zapošljavanje stranaca. To, preciznije, znači da se za pojednostavljeno radno angažovanje stranih sezonskih radnika ne zahteva jedinstvena dozvola. Takođe, treba pomenuti i vid regionalne saradnje država zapadnog Balkana, koji se od 2021. godine ostvaruje kroz sporazume i memorandume kojima se potvrđuje sloboda kretanja roba, usluga, kapitala i ljudi, uključujući radnike (inicijativa Otvoreni Balkan). Državljanima Albanije, Severne Makedonije i Srbije je, tako, na osnovu Sporazuma o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na zapadnom Balkanu,¹⁰⁰ kao i Sporazuma i Memoranduma o razumevanju o radnim dozvolama, obezbeđen jednak (i pojednostavljen) pristup tržištima rada ovih triju država. Državljanin bilo koje od ovih država može, naime, da radi u Republici Srbiji, ukoliko ima važeći lični dokument i ako mu je država porekla izdala identifikacioni broj Otvorenog Balkana. Identifikacioni broj se, naime, izdaje kao vid odobrenja za rad u drugoj državi, zbog čega se smatra da je određeno lice, dobijanjem identifikacionog broja, uspešno registrovano za slobodan pristup tržištu rada Republike Srbije. Posedovanje identifikacionog broja zamenjuje dozvolu za rad u državi prijema, te lice koje je elektronskim putem obavešteno da je postupak registracije završen stiče pravo na slobodan pristup tržištu rada Republike Srbije. Budući da inicijativa Otvoreni Balkan ne predstavlja zamenu za pristupanje zapadnobalkanskih država EU, već se razume kao sastavni deo postupka pridruživanja, postojanje ovog posebnog režima zapošljavanja stranaca nije suprotno Direktivi 2014/36/EU, kojom je državama dopušteno da na osnovu međunarodnog ugovora uvode povoljnija pravila o ulasku sezonskih radnika.

Konačno, treba istaći da je usvajanje ZPRA bilo motivisano potrebom da se spreči praksa angažovanja sezonskih radnika u poljoprivredi u tzv. sivoj zoni, jer je

⁹⁹ Zakon o zapošljavanju stranaca, *Službeni glasnik RS*, br. 128/14, 113/17, 50/18, 31/19 i 62/23, čl. 9.

¹⁰⁰ Sporazum o uslovima za slobodan pristup tržištu rada na zapadnom Balkanu, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 27/21.

u 2019. godini, stopa neformalne zaposlenosti u Republici Srbiji iznosila 15,7%, pri čemu su neformalno zaposlena lica u poljoprivredi činila čak 48,4% ukupnog broja zaposlenih u ovom sektoru.¹⁰¹ Ta praksa je široko rasprostranjena zbog visokih troškova rada po osnovu ugovora o radu i ugovora o privremenim i povremenim poslovima zaključenih u skladu sa Zakonom o radu, kao i zbog više ili manje komplikovanog postupka zapošljavanja i prijavljivanja radnikâ, odnosno zbog pristajanja radnika da rade bez odgovarajućih prijava kako ne bi izgubili socijalne prestacije koje ostvaruju.¹⁰² U tom smislu se kao pozitivna posledica primene ZPRA ističe podatak da je u 2019. godini formalno bilo angažovano čak 8,5 puta više sezonskih radnika (29.778 sezonskih radnika) od ukupnog broja sezonskih radnika prijavljenih u prethodnoj godini. Ipak, broj formalno angažovanih sezonskih radnika činio je u 2019. godini svega 37% od procenjenog ukupnog broja sezonskih radnika u Republici Srbiji, budući da je neprijavljeni rad i dalje široko rasprostranjen.¹⁰³ To je opredelilo Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja da 2020. godine pristupi izradi predloga novele ZPRA kojom bi mogućnost pojednostavljenog zapošljavanja bila proširena i na sezonske radnike u građevinarstvu, turizmu i ugostiteljstvu, kao i na kućno pomoćno osoblje.¹⁰⁴ Takođe, Nacrtom je predviđeno da stranac kome nije potrebna viza za boravak u Republici Srbiji (a to su državljani blizu 90 država) može biti angažovan za obavljanje sezonskih i drugih povremenim poslova, bez obaveze pribavljanja dozvole, ako poseduje evidencijski broj stranca. Premda ovo rešenje može, u izvesnoj meri, doprineti izlasku tražilaca azila i izbeglica iz neformalnog sektora, ostaje bojazan da se na ovaj način mogu otvoriti vrata za eksploataciju rada stranaca, imajući u vidu izuzetno prekaran položaj radnika koji rade po ovom posebnom režimu.

¹⁰¹ Strategija zapošljavanja u Republici Srbiji za period od 2021. do 2026. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 18/21 i 36/21.

¹⁰² Tako je, primera radi, u 2017. godini, broj neprijavljenih sezonskih radnika u poljoprivredi procenjen na 70.000, dok je svega 3.585 sezonskih radnika radilo na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima; godinu dana kasnije, svega 3.500 radnika bilo je angažovano na osnovu ugovora o privremenim i povremenim poslovima, dok je 65.000 sezonskih radnika u poljoprivredi radilo bez pravnog osnova i bez podnošenja prijave Poreskoj upravi i Centralnom registru obaveznog socijalnog osiguranja. Irena Đorđević, *Ex ante analiza proširenja sistema pojednostavljenog angažovanja radnika na privremenim i povremenim poslovima*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Beograd, 2020, 27; Milica Anđelković Đoković, Isidora Šmigić, Miloš Jovanović, *Sezonsko zapošljavanje u poljoprivredi: analiza efekata reforme*, Nacionalna alijansa za lokalni ekonomski razvoj, Beograd, 2020, 58.

¹⁰³ M. Anđelković Đoković, I. Šmigić, M. Jovanović, op. cit., 6.

¹⁰⁴ Procenjuje se da 11,3% od ukupnog broja radnika koji rade u neformalnoj ekonomiji radi u građevinarstvu, dok u ugostiteljstvu i turizmu taj broj iznosi 15%. Takođe, procenjuje se da više od 55.000 domaćinstava angažuje kućno pomoćno osoblje bez pravnog osnova. I. Đorđević, op. cit., 15.

Nacrt zakona je naišao na oštre kritike naučne i stručne javnosti, kao i sindikata i nevladinih organizacija. Većina ovih kritika vezuje se za mogućnost daljeg sužavanja radnopravne zaštite, kao i za dalju fragmentaciju radnog zakonodavstva, u smislu usvajanja posebnih zakona koji uređuju pojedine oblike radnog angažovanja van radnog odnosa i sužavaju zaštitu radnika u odnosu na opšti režim radnih odnosa, iako bi ista materija mogla biti uređena novelama Zakona o radu.¹⁰⁵ 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 predmetnog pitanja, iako primenu važećeg Zakona o radu prate brojni problemi. Takođe, na određene slabosti Nacrta ukazano je i u Memorandumu tehničkih komentara Međunarodne organizacije rada.¹⁰⁶

Neke od ovih primedaba uvažene su u kasnijim verzijama Nacrta, pri čemu nam je poslednja dostupna verzija ovog teksta bio Nacrt zakona o radnom angažovanju na sezonskim i drugim povremenim poslovima u određenim delatnostima, od 4. jula 2022. godine. S tim u vezi, najpre, treba istaći da je dobra ideja Nacrta da poslodavci mogu pribеći pojednostavljenom radnom angažovanju samo u izuzetnim slučajevima povećanog obima posla, koji uključuje i sezonske poslove. U Nacrtu nisu, međutim, definisani pojmovi „sezonski posao“ i „povremeni posao“, niti je precizirano šta se smatra povećanim obimom posla. Ta praznina nam se čini neprihvatljivom, ako imamo u vidu potrebu da mogućnost pojednostavljenog radnog angažovanja bude izričito i stvarno ograničena samo na slučajeve povećanih potreba za tuđim radom. Takođe, iz Nacrta izostaje određivanje odnosa obavljanja sezonskih poslova s privremenim povećanjem obima posla kod poslodavca, odnosno s radom za kojim poslodavac ima trajnu potrebu, ali se radni zadaci obavljaju naizmenično, o čemu je ranije bilo reči.

Dakle, ideja da se mogućnost pojednostavljenog radnog angažovanja ograniči samo na tačno određene poslove i samo za slučaj povećanog obima posla *a priori* nije loša, jer ograničava mogućnost rada van radnog odnosa na krajnje uzak krug slučajeva. Ovo tim pre što Nacrt dopušta pojednostavljeno radno angažovanje i na poslovima koji nisu vezani za aktivnosti koje zavise od izmene godišnjih doba (u smislu klimatskih i ekoloških procesa i ciklusa). Vezivanje pojednostavljenog zapošljavanja samo i isključivo za sezonske poslove predstavljalo je, međutim, značajnu branu zloupotrebama, jer su poslodavci, na relativno jasan način, sprečeni

¹⁰⁵ Mario Reljanović, Nacrt zakona o radnoj praksi, <https://pescanik.net/nacrt-zakona-o-radnoj-praksi/>, 29. 7. 2023.

¹⁰⁶ International Labour Organization, Memorandum of technical comments on the draft amendments to the Labour Code of the Republic of Serbia, International Labour Office, February 2022.

da onda kada imaju trajnu ili trajniju potrebu za radom drugog lica, izbegavaju troškove primene radnog, socijalnog i poreskog zakonodavstva – angažovanjem radnika po pojednostavljenom režimu. U tom smislu postoji potreba da se zabrani pojednostavljeno radno angažovanje radnika radi zadovoljavanja redovnih potreba poslodavaca. To, konačno, znači da mogućnost pojednostavljenog radnog angažovanja treba rezervisati samo za slučajeve u kojima postoje objektivni razlozi koji opravdavaju ovako intenzivnu fleksibilizaciju rada (objektivne potrebe procesa ili organizacije rada), uz fikciju zasnivanja radnog odnosa (i obavezu uplate pripadajućih doprinosa za obavezno socijalno osiguranje), ako je došlo do pojednostavljenog zapošljavanja bez postojanja legitimnih razloga za to. Ipak, i ovaj predlog zahteva oprez jer postoji rizik rascepkavanja poslova s punim radnim vremenom u mnoštvo mini poslova, na kojima se radi van radnog odnosa. S tim u vezi, nameće se i potreba intenzivnijeg učešća socijalnih partnera u kontroli korišćenja sezonskog rada, pre svega kroz postupak kolektivnog pregovaranja.

S druge strane, otvara se i pitanje opravdanosti korišćenja izraza sezonski poslovi za označavanje privremenih i povremenih poslova u delatnostima u kojima, za razliku od poljoprivrede, ne postoje tako izražene sezonske varijacije. Tako se, primera radi, danas i u lošijim klimatskim uslovima može obezbediti obavljanje nemalog broja građevinskih poslova, dok u ugostiteljstvu i turizmu, poslodavci imaju potrebu za angažovanjem radnika po pozivu, što nužno ne znači i sezonski karakter njihovih poslova. U tom smislu, čini se da bi postojanje preciznije zakonske definicije sezonskog posla bilo neophodno da se izbegnu zloupotrebe vezane za pojednostavljeno zapošljavanje sezonskih radnika i onda kada određene aktivnosti nisu vezane za godišnje doba ili sezonu, kao kontinuirani vremenski period. Tome bi mogao doprineti i indikativni zakonski spisak sezonskih poslova, kakav je u ZPRA dat za poljoprivredu. Isto vredi i za pojašnjenje sezonske prirode ovih poslova, takođe, po uzoru na rešenja iz Direktive, tj. u smislu tesne povezanosti radne aktivnosti s klimatskim i ekološkim procesima i ciklusima, što znači da su određeni poslovi sezonski (odnosno privremeni ili povremeni), po svojoj prirodi, nezavisno od odluke poslodavca (i radnika).

S druge strane, proširenje područja primene Zakona na građevinarstvo sporno je i zbog činjenice da ovaj sektor obuhvata veliki broj poslova s povećanim rizikom, tj. da, uz industriju, spada u najrizičnije delatnosti, zbog svih specifičnosti i opasnosti vezanih za izvođenje građevinskih radova, primenu mera za bezbednost i zdravlje na radu, kao i broj povreda na radu u ovom sektoru.¹⁰⁷ Otud se proširenje

¹⁰⁷ Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2021. godinu, Beograd, 2022, 54. Ne treba, međutim, gubiti iz vida ni rizike koji ugrožavaju bezbednost i zdravlje poljoprivrednih sezonskih radnika, poput izloženosti

čak i na samo određene poslove u građevinarstvu ne čini prihvatljivim, osim, eventualno, u slučaju maksimalnog ograničavanja perioda angažovanja sezonskih radnika na tačno određenim poslovima. Kada je, pak, reč o predlogu proširenja personalnog područja primene Zakona kućnim pomoćnim osobljem, čini se neprihvatljivim predlog da pojednostavljeno radno angažovanje važi za poslove pomoći u kući za potrebe fizičkih lica, i to: „čuvanje dece, čuvanje starijih lica i čišćenje“. Ovo stoga što poslovi čuvanja dece i starijih lica zahtevaju posebne sposobnosti i znanja radnikâ, zbog čega je, primera radi, u Austriji, pojednostavljeno zapošljavanje kućnog pomoćnog osoblja putem vaučera dopušteno samo u pogledu poslova koji se obavljaju određeno vreme i, po pravilu, s nepunim radnim vremenom (tj. sa skromnim/marginalnim) fondom radnih sati.¹⁰⁸ S druge strane, ovaj predlog čini se spornim i iz ugla osnovnih postavki o dostojanstvenom plaćenom radu u domaćinstvu poslodavca, koji afirmiše Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 189, budući da bi pojednostavljeno zapošljavanje samo ojačalo stereotip da rad kućnog pomoćnog osoblja nije kao svaki drugi rad i da je, zbog toga, prihvatljivo da radnici koji ga obavljaju ne uživaju punu radnopravnu zaštitu.

Može se konstatovati da se kao formalni razlog za uključivanje novih delatnosti u domen primene ZPRA pojavljuje potreba da se spreči neprijavljeni rad. Iako je to legitiman i važan cilj, ne čini se prihvatljivim da se kao osnovni instrument borbe protiv neprijavljenog rada koristi sužavanje zaštite sezonskih radnika. Ovo posebno stoga što u Republici Srbiji ima mesta za unapređenje inspeksijskog nadzora, kako u vezi s radom poreske inspekcije, tako i u vezi s aktivnostima inspekcije rada, koja je suočena s brojnim teškoćama, uključujući manjak inspektora rada: 203 inspektora rada trenutno vrši nadzor nad primenom radnopravnih propisa u svim registrovanim i neregistrovanim subjektima u Srbiji. Ipak, ne sme se gubiti iz vida ni ukupan broj poslodavaca u našoj državi, budući da se privredna aktivnost najčešće obavlja kroz organizacione forme s malim brojem zaposlenih (u proseku sa šest zaposlenih po jednom poslodavcu). Iz tog razloga, inspeksijskim kontrolama ne mogu biti obuhvaćeni svi poslodavci na godišnjem, a čak ni na petogodišnjem

ekstremnim temperaturama, (ne)organskoj prašini, opasnim biljkama i životinjama (npr. zmijama), oštrim oruđima, pesticidima i buci. Otud se beleži nemali broj povreda na radu ovih radnika, naročito oderotine, mišičnoskelteni problemi, neinfektivne respiratorne bolesti, kontaktni dermatitis i druge bolesti kože, te oštećenje sluha. Nav. prema: K. Mobed, E. B. Gold, M. B. Schenker, „Occupational health problems among migrant and seasonal farm workers“, *The Western Journal of Medicine*, br. 3, 1992, 367–373; Kenneth Culp, Michelle Umbarger, „Seasonal and migrant agricultural workers: A neglected work force“, *American Association of Occupational Health Nursing Journal*, br. 9, 2004, 385–387.

¹⁰⁸ Franz Marhold, Social protection of contingent work: Austria and the full coverage social insurance system, *Core and contingent work in the European Union: A comparative analysis* (eds. Edoardo Ales, Olaf Deinert, Jeff Kenner), Oxford–Portland, Oregon, 2017, 249.

nivou: prema relevantnim parametrima, svaki poslodavac bi mogao biti obuhvaćen inspeksijskom kontrolom tek jedanput u svakih osam godina!¹⁰⁹ Dodatno zabrinjava i nepovoljna starosna struktura inspektora rada, kao i izostanak sistema njihovog kontinuiranog stručnog usavršavanja.¹¹⁰ S druge strane, predlog o proširenju područja primene ZPRA ne čini se prihvatljivim zbog bojazni da će se poslodavci, motivisani potrebom da snize troškove rada (bilo da bi očuvali kontinuitet poslovanja, bilo da bi maksimizirali profit), odlučiti da deo postojećih zaposlenih otpuste i da potrebu za njihovim radom nadomeste pojednostavljenim angažovanjem sezonskih radnika, što ne isključuje rizik da otpušteni radnici budu ponovo angažovani, ali kao sezonski radnici koji nemaju prava iz radnog odnosa. Širenje kruga radnika koji bi mogli biti angažovani za rad van radnog odnosa, bez garantija minimuma radnih prava ne čini se prihvatljivim ni iz ugla koncepcije dostojanstvenog rada razvijene na nivou Međunarodne organizacije rada, kao i Evropskog stuba socijalnih prava¹¹¹ i Direktive Evropskog parlamenta i Saveta 2019/1152 o transparentnim i predvidivim uslovima rada u EU¹¹². Naznačeni akti potvrđuju, naime, zahtev da svim radnicima, uključujući (domaće i strane) sezonske radnike, moraju biti obezbeđeni minimalni dostojanstveni uslovi rada, bez obzira na njihov radnopravni status. Taj zahtev pretpostavlja, naravno, i utvrđivanje kataloga fundamentalnih (individualnih i kolektivnih) radnih prava.¹¹³

¹⁰⁹ Nav. prema Ljiljana Stojić, „Inspeksijski nadzor u oblasti rada“, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, 451.

¹¹⁰ *Ibidem*, 452. U 2021. godini, inspektori rada su zatekli 5.261 lice koje obavlja rad „na crno“. Iako su poslovi koje ova lica obavljaju najčešće rizični, u praksi ih je teško identifikovati, jer zbog straha radnika od gubitka i takvog posla, između radnika i poslodavca postoji saglasnost da se u trenutku inspeksijskog nadzora izbegne legalizovanje tog odnosa. To je naročito bilo prisutno u ugostiteljskoj delatnosti u letnjem periodu, dok je u građevinarstvu broj radnika „na crno“ naglo povećan pred kraj građevinske sezone, zbog težnje poslodavaca da ispune zadate rokove i što veći broj poslova završe u tekućoj sezoni. Radu „na crno“ u građevinarstvu pogoduje i velika fluktuacija radnika i često premeštanje s jednog na drugo gradilište. Kada je, pak, reč o poljoprivredi, šumarstvu i ribarstvu, inspektori su u 2021. godini zatekli 146 sezonskih radnika, od kojih za 13 sezonskih radnika Poreskoj upravi nisu bile podnete evidencione prijave. Svi zatečeni sezonski radnici bili su državljani Republike Srbije. Inspektori su podneli osam zahteva za pokretanje prekršajnog postupka zbog angažovanja sezonskog radnika suprotno odredbama ZPRA (Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2021. godinu, Beograd, 2022).

¹¹¹ Commission Recommendation of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights, C(2017) 2600 final.

¹¹² Directive (EU) 2019/1152 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on transparent and predictable working conditions in the European Union, *OJ L* 186, 11. 7. 2019, 105–121.

¹¹³ Cf. R. Pedersini, D. Coletto, *Self-employed workers: industrial relations and working conditions*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2010, 27–37.

Prof. Dr. LJUBINKA KOVAČEVIĆ
Full Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

EUROPEAN STANDARDS ON SEASONAL MIGRANT WORKERS
– NORMATIVE CONTENT AND SCOPE OF DIRECTIVE 2014/36/EU

Summary

The article shall discuss the provisions of the Directive 2014/36/EU, which governs both immigration law and labour law issues related to seasonal work that is performed by unskilled and low-skilled migrant workers. These issues have been regulated in order to ensure legal certainty when employing migrant workers and developing circular migration programs in the EU, as well as to prevent the labour exploitation of these persons. The article starts by defining seasonal jobs, pointing out their characteristics and goes on to critically review the legal grounds for their performance, since, in most European countries, they carry the risk of having indecent working conditions. The author then identifies the major challenges to the implementation of the principle of equality in terms of employment and working conditions for seasonal migrant workers, and analyses the availability of (effective) judicial and other legal remedies, as well as (effective, proportionate and dissuasive) sanctions for violations of the labour rights of seasonal workers. The aforementioned issues have also been analysed from the point of view of regulating seasonal work in the Republic of Serbia, as we have seen efforts, in recent years, to further simplify employment of (domestic and foreign) seasonal workers, unfortunately, without considering the need of this sensitive group of workers for special protection.

Key words: seasonal jobs, migrant worker, labour exploitation, principle of equality, European Union

Literatura

- Ainsworth S., Purss A., „Same time, next year? Human resource management and seasonal workers“, *Personnel Review*, br. 3, 2009.
- Andrees B., Nasri A., Swuniarski P., *Regulating labour recruitment to prevent human trafficking and to foster fair migration: Models, challenges and opportunities*, International Labour Office, Geneva, 2015.
- Anđelković Đoković M., Šmigić I., Jovanović M., *Sezonsko zapošljavanje u poljoprivredi: analiza efekata reforme*, Nacionalna alijansa za lokalni ekonomski razvoj, Beograd, 2020.
- Amparo Ballester Pastor M., *Reparation and penalties in discrimination cases*, Academy of European Law, Trier, 2016.
- Auzero G., Baugard D., Dockès E., *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2023.
- Benedi Lahuerta S., „Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin“, *International and European labour law – a commentary* (eds. E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier), Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018.

- Brickenstein C., „Social protection of foreign seasonal workers: from state to best practice“, *Comparative Migration Studies*, br. 2, 2015.
- Cafaggi F., Casarosa F., Moraru M., Lazzerini N., *ACTIONES handbook on the techniques of judicial interactions in the application of the EU Charter. Module 3: Right to effective remedy*, European University Institute, Florence, <https://cjc.eui.eu/wp-content/uploads/2019/03/D1.1.c-Module-3.pdf>, 29. 7. 2023.
- Culp K., Umbarger M., „Seasonal and migrant agricultural workers: A neglected work force“, *American Association of Occupational Health Nursing Journal*, br. 9, 2004.
- Dewhurst E., „Directive 2014/36/EU“, *International and European labour law – a commentary* (eds. E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier), Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018.
- Di Porto E., Garibaldi P., Mastrobuoni G., Naticchioni P., *The perverse effect of flexible labor regulation on informality*, Banca d'Italia, 2020.
- Dorđević I., *Ex ante analiza proširenja sistema pojednostavljenog angažovanja radnika na privremenim i povremenim poslovima*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Beograd, 2020.
- European Group on Ethics in Science and New Technologies, *Future of work, future of society*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.
- Fudge J., „Making claims for migrant workers: Human rights and citizenship“, *Citizenship Studies*, br. 1, 2014.
- Fudge J., „Migration and sustainable development in the EU: A case study of the Seasonal Workers Directive“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 3, 2015.
- Fudge J., Herzfeld Olsson P., „The EU Seasonal Workers Directive: When immigration controls meet labour rights“, *European Journal of Migration and Law*, 2014.
- Grévy M., *La sanction civile en droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- International Labour Organization, Memorandum of technical comments on the draft amendments to the Labour Code of the Republic of Serbia, International Labour Office, February 2022.
- Končar L., „O položaju i iskustvima sezonskih radnica u poljoprivredi u savremenoj Srbiji. Može li se govoriti o elementima strukturnog nasilja?“, *Antropologija*, br. 3, 2020.
- Koroutchev R., „Seasonal workers before the Covid-19 era: analysis of the legislation within the context of Eastern Europe“, *Journal of Liberty and International Affairs*, br. 1/2020.
- Kotulovski K., Laleta S., „The abuse and exploitation of foreign seasonal workers: Did the Coronavirus emergency worsen already precarious working conditions in the agricultural sector?“, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, br. 5, 2021.
- Kovačević Lj., „Delotvornost radnog zakonodavstva i uloga inspekcije rada u svetlu standarda Međunarodne organizacije rada“, *Strani pravni život*, br. 1, Vol. 66, 2022.

- Kovačević Lj., „Seasonal workers in the Republic of Serbia – between new flexibilization (and precarization of work), and catalogue of minimum rights for all workers“, *Svet na rabotata*, br. 2, 2023.
- Kovačević Lj., „Gender perspective of development of labour law“, *Gender perspectives in private law* (eds. Gabriele Carapezza Figlia, Ljubinka Kovačević, Eleonor Kristoffersson), Cham, 2023.
- López-Sala A., „Induced circularity for selective workers. The case of seasonal labor mobility schemes in the Spanish agriculture“, *ARBOR – Ciencia, Pesamiento y Cultura*, 2016.
- López-Sala A., Molinero Y., Jolivet M., Eremenko T., Beauchemin C., Samuk S., Consterdine E., „Seasonal immigrant workers and programs in UK, France, Spain and Italy“, Working Paper Series „Temporary versus Permanent Migration“ – Working Paper, br. 1, 2016.
- Mandl I., Curtarelli M., Riso S., Vargas O., Gerogiannis E., *New forms of employment*, EUROFOUND, Luxembourg, 2015.
- Marhold F., „Social protection of contingent work: Austria and the full coverage social insurance system“, *Core and contingent work in the European Union: A comparative analysis* (eds. E. Ales, O. Deinert, J. Kenner), Oxford–Portland, Oregon, 2017.
- McAreavey R., „Seasonal worker schemes: Can they achieve social justice?“, *EUROPA XXI*, 2019.
- Medland L., „Misconceiving 'seasons' in global food systems: The case of the EU Seasonal Workers Directive“, *European Law Journal*, 2017.
- Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2021. godinu, Beograd, 2022.
- Mobed K., Gold E. B., Schenker M. B., „Occupational health problems among migrant and seasonal farm workers“, *The Western Journal of Medicine*, br. 3, 1992.
- Pedersini R., Coletto D., *Self-employed workers: industrial relations and working conditions*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2010.
- Rogaly B., „Who goes? Who stays back? Seasonal migration and staying put among rural manual workers in Eastern India“, *Journal of International Development*, 2003.
- Reljanović M., Nacrt zakona o radnoj praksi, <https://pecanik.net/nacrt-zakona-o-radnoj-praksi/>, 29. 7. 2023.
- Stojanović Z., „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen*, br. 1, Beograd, 2011.
- Stojić Lj., „Inspeksijski nadzor u oblasti rada“, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2013.
- Špadina H., „Radne migracije državljana trećih država u EU: pravni okvir, problemi i perspektive“, doktorski rad (neobjavljen), Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2012.

- Töttös Á., „The past, the present and the future of the Seasonal Workers Directive“, *Pécs Journal of International and European Law*, br. 1, 2014.
- Ünsal-Akbiyik B., Övgü Çakmak-Otuoğlu K., De Witte H., „Job insecurity and affective commitment in seasonal versus permanent workers“, *International Journal of Humanities and Social Science*, br. 24, 2012.
- Urdarević B., Usluge sezonskog rada prema novoj zakonskoj regulativi, *XXI vek – vek usluga i Uslužnog prava* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2019.
- Yellen D., Mayer C. J., „Coordinating sanctions for corporate misconduct: Civil or criminal punishment“, *American Criminal Law Review*, br. 3, 1992.
- Vukadinović R., „Načelo slobode kretanja lica u Evropskoj ekonomskoj zajednici“, *Pravo i privreda*, br. 7-8, 1993.
- Walker K., Agušaj B., Čuljak I., „Seasonal workforce management: Exploring employees' intention to return“, *Ekonomski vjesnik / Econviews*, br. 2, 2020.
- Williams C., *Elements of a preventative approach towards undeclared work: An evaluation of service vouchers and awareness raising campaigns*, European Platform Undeclared Work, 2018.
- Woolfson S., Herzfeld Olsson P., Thörnqvist C., „Forced labour and migrant berry pickers in Sweden“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, br. 2, 2012.
- Zoetewij M. H., „The Seasonal Workers Directive. Another vicious circle?“, *Towards a decent labour market for low waged migrant workers* (eds. Conny Rijken, Tesseltje de Lange), Amsterdam, 2018.
- Zoetewij-Turhan M. H., „The Seasonal Workers Directive: '?... but some are more equal than others'“, *European Labour Law Journal*, br. 1, 2017.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

ALEKSANDAR RISTOVSKI
TODOR KALAMATIEV

PRAVO NA PRIVATNOST U RADNOM ODNOSU I EVROPSKA KONVENCIJA O LJUDSKIM PRAVIMA

Pravo na privatnost u radnom odnosu i zaštita privatnosti radnika uopšte dobijaju sve veći značaj u savremenom društvu zasnovanom na informacijama i znanju. U uslovima tektonskih promena u svetu rada, koje obuhvataju savremene tehnologije i oblike komunikacije, menjaju se i oblici nadzora i kontrole koje poslodavci vrše u procesu rada. Novi oblici nadzora i kontrole preko kojih poslodavci vrše upravljačka ovlašćenja u radnom odnosu obuhvataju različite oblike elektronskog nadzora korišćenja računara (npr. pristup internetu, elektronskoj pošti), telefona i mobilnih telefona, video-nadzor, praćenje lokacije na kojima se zaposleni nalaze i tako dalje. Savremeni pravni sistemi se suočavaju sa sve većim izazovima u uspostavljanju odgovarajućeg nivoa ravnoteže između zaštite osnovnog prava na privatnost radnika, s jedne strane, i imovinskih prava i prerogativa upravljanja poslodavaca, s druge strane. U tom pravcu se sve češće postavljaju dileme o dozvoljenosti mešanja, odnosno zadiranja poslodavaca u privatnu sferu radnika, kao i o granicama takvog mešanja. U ovom radu, pravo na privatnost u radnom odnosu analizirano je kroz prizmu propisa Saveta Evrope (pre svega čl. 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima) i jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava. Autori se osvrću na dva važna pitanja: obim prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa i obim zaštite od ometanja prava na privatnost radnika.

Ključne reči: pravo na privatnost, radni odnos, Evropska konvencija o ljudskim pravima

Dr Aleksandar Ristovski, vanredni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju, e-mail: a.ristovski@pf.ukim.edu.mk.

Prof. dr Todor Kalamatiev, redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju, e-mail: t.kalamatiev@pf.ukim.edu.mk.

U V O D

Jedna od osnovnih karakteristika radnog prava jeste njegova dinamičnost, tj. sposobnost praćenja i prilagođavanja aktuelnim društveno-ekonomskim promenama, koje su, između ostalih faktora, obično vođene tehničko-tehnološkim napretkom i uticajem digitalizacije u svetu rada. U uslovima u kojima prerogativi poslodavca da nadgleda i kontroliše radni proces ne samo da ne blede, već se dalje produbljuju, uzimajući u obzir različite sofisticirane metode posmatranja, nadzora i kontrole, privatnost zaposlenog je izložena ozbiljnim pretnjama koje stavljaju pod znak pitanja njeno postojanje. Savremene informaciono-komunikacione tehnologije i „pametni“ uređaji omogućavaju poslodavcima ne samo da pribegnu „uobičajenim“ metodama posmatranja i nadzora, kao što je praćenje veb-stranica koje posećuju radnici ili čitanje njihove privatne elektronske pošte, već i ka sofisticiranijim načinima nadzora, kao što je instaliranje aplikacija na elektronske uređaje koje koriste radnici preko kojih se može pratiti njihovo kretanje 24 sata dnevno, biološki uređaji za praćenje njihovog metabolizma itd.¹ Dopunski način za posmatranje i nadzor radnika jesu društveni mediji na kojima radnici iznose svoje stavove i mišljenja. Pravo zaposlenog na privatnost u kontekstu radnog odnosa i njegovo balansiranje sa legitimnim interesom poslodavca da nadgleda i kontroliše rad jeste fluidno pravo koje podleže različitim tumačenjima.

Pravo na privatnost ima pravni tretman osnovnog ljudskog prava. Zaštita prava na privatnost je predmet regulisanja nekoliko univerzalnih pravnih instrumenata Organizacije ujedinjenih nacija koji garantuju ljudska prava.² Genealogija ovog prava, na osnovu evropskih organizacija (Savet Evrope i Evropska unija), datira od usvajanja Evropske konvencije o ljudskim pravima 1950. godine. Savet Evrope je kasnije doneo još jedan značajan pravni instrument kojim se reguliše zaštita privatnosti. Reč je o Konvenciji za zaštitu pojedinaca u pogledu automatske obrade podataka o ličnosti iz 1981. godine, koja utvrđuje osnovne principe za prikupljanje, čuvanje i korišćenje podataka o ličnosti i koja predstavlja osnovu za kasnije donošenje Preporuke za zaštitu ličnih podataka namenjenih potrebama zapošljavanja od 2015. godine.³ Pravo na zaštitu privatnosti, uključujući pravo na zaštitu podataka

¹ Tammy Katsabian, „Employees’ Privacy in the Internet Age: Towards a New Procedural Approach“, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2019, 205.

² Takvi su, na primer, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (čl. 12) i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (čl. 17).

³ U teoriji se navodi da se usvajanjem Konvencije za zaštitu pojedinaca u pogledu automatske obrade ličnih podataka uspostavlja „paralelni režim“ zaštite prava na privatnost u odnosu na opšti režim, koji proizilazi iz pristupa zauzetog u čl. 8 EKLJP. Paralelni režim zapravo znači uspostavljanje novog kanala zaštite privatnosti koji ima praktičniju prirodu u odnosu na opšti režim, jer, bar u početnoj fazi razvoja ovog prava (60-e i 70-e godine prošlog veka), pojam „privatni život“ je tumačen

o ličnosti, podleže propisima i pravnim instrumentima usvojenim u Evropskoj uniji. U tom pravcu za regulaciju su od značaja *Direktiva 95/46/EZ o zaštiti pojedinaca u pogledu obrade ličnih podataka i slobodnom kretanju takvih podataka iz 1995. godine*, *Direktiva 2002/58/EZ o privatnosti i elektronskim komunikacijama iz 2002. godine*, kao i Povelja o osnovnim pravima EU iz 2000. godine (koja po prvi put, u jednom dokumentu, konsoliduje ljudska prava, uključujući i *pravo na privatni život*, bez obzira da li takva prava imaju tretman građanskih i političkih ili ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava) i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije iz Lisabona od 2007. godine (koji u čl. 16 reguliše pravo na zaštitu podataka o ličnosti). Prethodnoj „listi“ pravnih instrumenata, od kojih većina ima obavezujuću pravnu prirodu, mogu se dodati i Kodeks prakse Međunarodne organizacije rada (MOR) za zaštitu ličnih podataka iz 1996. godine i *Smernice OECD za zaštitu privatnost i prekogranični tok ličnih podataka* od 1980. godine. Normativnim pristupom primenjenim u gotovo svim prethodno navedenim pravnim instrumentima, pravo na zaštitu privatnosti, uključujući i pravo na zaštitu podataka o ličnosti, regulisano je na opšti način, bez prilagođavanja i stavljanja u kontekst radnog odnosa.

Jedan od najvažnijih pravnih izvora u Evropi koji reguliše pravo na privatnost jeste Evropska konvencija o ljudskim pravima (EKLJP), dok je jedan od najvažnijih organa koji je nadležan da odlučuje u slučajevima povrede ovih prava i da tumači njegov obim Evropski sud za ljudska prava u Strazburu (ESLJP). U nastavku rada oslanjamo se upravo na ulogu EKLJP i ESLJP u regulisanju i tumačenju prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa, kako bismo, između ostalog, stavili ovo delikatno pitanje u fokus stručne javnosti i doprineli adekvatnijem povlačenju granica između zaštite prava na privatnost radnika s jedne strane i opravdanom mešanju u ovo pravo od strane poslodavaca, s druge strane.

DEFINISANJE PRAVA NA PRIVATNOST U OKVIRU
EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I EVROPSKOG SUDA
ZA LJUDSKA PRAVA I NJEGOVA ADAPTACIJA
U KONTEKSTU RADNOG ODNOSA

Pravo na privatnost podleže regulaciji Evropske konvencije o ljudskim pravima. EKLJP u čl. 8 reguliše pravo na privatnost na sledeći način:

restriktivno i stavljen je u kontekst zaštite od mešanja javnih organa, ali ne i u kontekst zaštite od mešanja privatnih subjekata, kao što su, na primer, poslodavci. Međutim, dva „paralelna režima“ za regulisanje zaštite podataka o ličnosti ne isključuju jedan drugog, već pružaju komplementarnu zaštitu prava ljudi na privatnost. O ovome v. Marta Otto, *The Right to Privacy in Employment: A comparative analysis*, Hart Publishing, 2016, 70.

„(1) Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

(2) Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

Analizirajući normativni okvir prava poznatog kao „pravo na privatnost“ koji primenjuje EKLJP, dve njegove karakteristike odmah dolaze do izražaja. Prvo, pravo na privatnost je sveobuhvatno pravo koje se sastoji od četiri sastavna elementa (pravo na privatni život, pravo na porodični život, pravo na dom i pravo na prepisku). Svi konstitutivni elementi su međusobno komplementarni i objedinjeni su u kolo-kvijalnom terminu „pravo na privatnost“. Drugo, način na koji se formuliše pravo na privatnost je prilično amorfan. Ovo pravo nije regulisano ni u formi „zabrane“ ni u formi „eksplicitne garancije“, već kao „pravo svakog *da se poštuje njegova* privatnost“, što zapravo predstavlja negativno pravo i znači uzdržavanje od delovanja.⁴ U teoriji se nalaze različita objašnjenja prava na privatnost. Prema jednom takvom objašnjenju, pravo na privatnost znači pravo da budete ostavljeni na miru.⁵ Njegov glavni cilj je očuvanje „privatnog prostora“ pojedinca, koji treba da bude zaštićen od uplitanja drugih. Shvaćeno na ovaj način, pravo na privatnost obuhvata svaki aspekt našeg svakodnevnog života, od odeće koju nosimo, hrane koju jedemo i televizijskih programa koje gledamo, do seksualnih opredeljenja koja imamo ili prijateljstva koja razvijamo.⁶ Prema drugom objašnjenju, pravo na privatnost se svodi na neophodnost kontrole nad ličnim podacima (tj. ličnim podacima koje ne želimo da učinimo dostupnim bez naše saglasnosti) uz pomoć kojih se uspostavlja kontrola nad sopstvenim životom. Pravo na privatnost, bar u početnim fazama svog razvoja, prvo se analizira u kontekstu zaštite pojedinca od zloupotreba i potencijalnih povreda koje nanosi javna vlast (pre svega u totalitarnim režimima). Međutim, javna vlast nije jedina vlast koja može ugroziti privatnost ljudi. Moć, definisana kao pozicija „superiornosti“, zapravo, proizilazi iz odnosa moći koji postoje u oblasti radnih odnosa. Otuda se pravo na privatnost, kao ljudsko pravo, sve više stavlja u kontekst radnih odnosa, pri čemu su subjekti zaštite ovog prava, pored građana (u najopštijem smislu), i radnici u domenu njihovih odnosa sa poslodavcima.

⁴ M. Otto, op. cit, 69.

⁵ David S. Hames and Nickie Diersen, „The Common Law Right to Privacy: Another Incur-sion Into Employers’ Rights to Manage Their Employees?“, *Labor Law Journal*, 1991, 757.

⁶ Hugh Collins, Keith D. Ewing and Aileen McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, 2012, 415.

Adaptacija prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa posledica je značajnog proširenja shvatanja pojma privatnosti kao prava koje „napušta granice doma pojedinca“.⁷ Ovo tumačenje, pre svega, proizilazi iz presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Niemietz v. Germany* iz 1992.⁸ U presudi, ESLJP navodi da „bi bilo previše restriktivno ograničiti koncept privatnosti na određeni unutrašnji krug u kojem pojedinac živi svoj lični život na način na koji on odabere da ga živi, i kao posledica toga, da bi se u potpunosti isključio spoljašnji svet koji nije obuhvaćen tim unutrašnjim krugom“. Dalje, Sud navodi da „pravo na poštovanje privatnog života, takođe, mora, u određenoj meri, da obuhvata i pravo uspostavljanja i razvijanja odnosa sa drugim ljudskim bićima [...] dakle, privatni život treba da uključuje i poslovne aktivnosti pojedinca koje su od vitalnog značaja za razvoj takvih odnosa“. Značaj ove presude ogleda se u činjenici da kroz nju Evropski sud za ljudska prava implicitno proširuje obim prava na privatnost na sfere i odnose koji izlaze iz okvira privatnog doma i obuhvataju, između ostalog, radne odnose, odnosno odnose koji se uspostavljaju između radnika i poslodavaca u okviru radnog odnosa. Ovo ekstenzivno shvatanje prava na privatnost sve više se prihvata, a istovremeno počinje da aktuelizuje problem zaštite ljudskih prava na radnom mestu. Međutim, uprkos značaju ove presude, ostaje nejasno u kojoj meri će se pravo na privatnost proširiti i na radno mesto kako bi se radnici zaštitili od nezakonitog mešanja poslodavaca u njihovu privatnu sferu. Rešavanje ove dileme i pokušaj otkrivanja slučajeva u kojima će se utvrditi da postoji mešanje u pravo na privatnost radnika izuzetno je složen pravni izazov sa kojim se suočava sudska praksa u Strazburu, tj. ESLJP. Ovo zato što je granica između onoga što čini legitimni interes radnika za zaštitu njihovog ljudskog prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa, s jedne strane, i onoga što čini legitimni prerogativ upravljanja, nadzora i kontrole poslodavaca, s druge strane, veoma tesna. Jedan od ključnih indikatora koji služe za utvrđivanje obima prava na privatnost (u kontekstu radnog odnosa), tj. za utvrđivanje da li u određenom slučaju postoji ili nema mešanja (uplitanja) u pravo zaposlenog na privatnost od strane poslodavca je tzv. razumno očekivanje privatnosti radnika. Koncept „razumnog očekivanja privatnosti“ u sporovima za utvrđivanje povrede prava na privatnost u radnim odnosima, prvi put se pojavljuje u jurisprudenciji sudova Sjedinjenih Američkih Država.⁹ Ovaj koncept

⁷ Arturo Bronstein, *International and Comparative Labour Law: Current Challenges*, Palgrave MacMillan, ILO, 2009, 181.

⁸ Slučaj *Niemietz v. Germany* (72/1991/324/396, European Court of Human Rights, 16 December 1992), tiče se pretresa kancelarije gospodina Nimica, advokata i antiklerikalnog aktiviste, osumnjičenog za pisanje uvredljivog pisma lokalnom sudiji.

⁹ V. presude u slučaju *Katz v. US*, 389 US 347 (1967) i *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987).

je zatim preuzela i prilagodila sudska praksa u Strazburu, uprkos činjenici da se njegov koncept i tumačenje značajno razlikuju od onih u Sjedinjenim Državama. Prema američkom tumačenju, razumno očekivanje privatnosti radnika u kontekstu radnog odnosa, prilično je ograničeno. Tumačenje ovog koncepta u Sjedinjenim Državama polazi od pretpostavke da su za čitav vremenski period dok su radnici pod upravljačkim, nadzorno-kontrolnim i normativnim autoritetom poslodavaca, njihova očekivanja privatnosti veoma niska i ne mogu automatski tražiti zaštitu privatnosti. Zaštita prava na privatnost se čak ni u evropskom okviru ne tretira kao apsolutno pravo, a lica koja se pozivaju na to pravo, moraju imati i dokazati postojanje razumnog očekivanja privatnosti.¹⁰ Dobar primer za to je slučaj *Halford v. UK* što ilustruje pristup koji je ESLJP zauzeo u jednoj od prvih značajnih odluka suda o zaštiti prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa, u kojoj Sud tumači princip „razumnog očekivanja privatnosti“,¹¹ ali u izvesnom smislu ocrtava i obim ovog principa. U konkretnom slučaju, Sud ocenjuje da li postoji povreda prava na privatnost zaposlene (gđa Halford, zamenik šefa policije *Merseyside*) od strane poslodavca (policija *Merseyside*) izazvana prisluškivanjem telefonskih razgovora zaposlene obavljenih preko službenog telefona koji joj je obezbedio poslodavac. U postupku pred ESLJP, Vlada Ujedinjenog Kraljevstva je tvrdila da je osnova na koju se tužilja (gđa Halford) pozvala za povredu njenog prava na privatnost bila neosnovana jer je gospođa Halford koristila telefon koji je obezbedila policija *Merseyside* i dok je činila telefonske pozive sa radnog mesta, *nije imala ili nije mogla imati razumno očekivanje privatnosti*. Vlada Ujedinjenog Kraljevstva je dalje navela da bi poslodavac *normalno trebalo da bude u mogućnosti da prati telefonske razgovore zaposlenih bez prethodne najave zaposlenima*, ako se takvi razgovori vode na telefonskim uređajima koje obezbeđuje poslodavac. Evropski sud za ljudska prava u svojoj presudi

¹⁰ Na primer, u predmetu *Lüdi v Switzerland* (Application no 12433/86) ECHR 15 June 1992, ESLJP je utvrdio da je u uslovima vršenja kriminalne radnje (prodaja dva kilograma kokaina) koju je presreo prikriveni agent, osoba morala znati da je umešana u kriminalne aktivnosti i kao posledica toga biti svesna da su njegoa očekivanja privatnosti smanjena. Dakle, Sud nalazi da se „mešanje u privatnost“ osobe od strane tajnog agenta sa zadatkom da otkrije kriminalnu aktivnost u koju je lice umešano, neće smatrati povredom prava na privatnost.

¹¹ Slučaj *Halford v. UK*, (Application no. 20605/92) je postupak za zaštitu od diskriminacije na osnovu pola, koji je gospođa Halford (pomoćnik šefa policije *Merseyside*) pokrenula protiv svog poslodavca (policija *Merseyside*) zbog nenapredovanja gđe Halford u viši čin u policiji. Za vreme trajanja postupka, gospođa Halford navodi da je suočena sa „kampanjom“ koju protiv nje vode pojedini pripadnici policije Merzisajda, kao „odgovor“ na postupak koji je pokrenula za zaštitu od diskriminacije. Radnje koje su preduzete protiv gospođe Halford uključivale su presretanje telefonskih razgovora koje je gospođa Halford vodila iz svoje kuće ili kancelarije, sa ciljem da se te informacije upotrebe protiv nje u sporu o diskriminaciji.

ne samo da utvrđuje da je u predmetu povređen čl. 8, st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima (tj. pravo na privatnost), već i jasno navodi da telefonski razgovori obavljani iz poslovnih prostorija poslodavca, kao i oni koji se obavljaju od kuće, spadaju u delokrug primene prava na „privatni život“ i „prepiske“. Za ovaj slučaj je takođe od velike važnosti to što je ESLJP utvrdio da je *očekivanje gospođe Halford o privatnosti bilo razumno*, s obzirom na to da u predmetu nije pronađena evidencija policije *Merseyside* da na bilo koji način obaveštava gospođu Halford da interni telekomunikacioni sistem koji ona koristi može biti predmet presretanja od strane policije, ili drugim rečima, da njeni telefonski pozivi sa njenog kancelarijskog telefona mogu biti prisluškivani.¹² Iz analize ove presude vidljivo je da radnici uživaju solidnu zaštitu privatnosti u radnom odnosu, kroz čl. 8, st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Uzimajući u obzir tumačenje principa „razumnog očekivanja privatnosti“ od strane ESLJP u predmetu *Halford v. UK*, ali i u nekoliko drugih slučajeva, može se zaključiti da je pristup Suda orijentisan na ekstenzivno razumevanje prava na privatnost. U dosadašnjoj sudskoj praksi, Evropski sud za ljudska prava je imao priliku da odlučuje o obimu primene prava na privatnost u mnogim drugim predmetima (pored *Halford v. UK*) koji uključuju i druge *oblike presretanje komunikacija na radnom mestu*. To su, na primer, slučajevi *Copland v. UK*¹³ (u kojoj je ESLJP utvrdio da je gospođa *Copland* razumno očekivala privatnost jer nije bila unapred obavještena da su elektronska pošta koju je poslala iz poslovnih prostorija poslodavca i internet koji je koristila u privatne svrhe podvrgnuti nadzoru od strane poslodavac) i *Barbulescu v. Romania*¹⁴ (u kojoj je ESLJP utvrdio povredu prava

¹² Kao dodatni argument u prilog razumnog očekivanja gospođe Halford o privatnosti, ESLJP navodi i činjenicu da je, kao pomoćnica načelnika policije, imala svoju kancelariju sa dva telefona, od kojih je jedan bio posebno namenjen za privatnu upotrebu. Gospođi Halford je takođe jasno stavljeno do znanja da može da koristi telefonske uređaje instalirane u njenoj kancelariji za potrebe svog slučaja vezanog za zaštitu od polne diskriminacije.

¹³ Slučaj *Copland v. UK* (Application no. 62617/00) po svojoj prirodi i karakteristikama je predmet koji se nadovezuje na predmet *Halford v. UK*. Gospođa Copland je bila zaposlena na Državnom koledžu *Carmarthenshire* kao sekretar (lični asistent). Na zahtev zamenika direktora koledža, telefonski razgovori, internet i e-pošta koje je koristila gospođa Copland postali su predmet nadzora, kako bi se utvrdilo da li je bilo prevelikog obima njihovog korišćenja.

¹⁴ Predmet *Barbulescu v. Romania* (Application no. 61496/08) odnosi se na postupak za zaštitu prava na privatnost koji je pokrenuo gospodin Barbulescu (inženjer prodaje u privatnoj kompaniji), koji je po nalogu svog poslodavca, otvorio account na *Yahoo Messenger* kako bi odgovorio na zahteve kupaca kompanije. Poslodavac je 13. jula 2007. obavestio gospodina Barbuleskua da je nakon praćenja njegove komunikacije preko *Yahoo Messenger* ustanovljeno da gospodin Barbulesku koristi pristup Internetu za ličnu upotrebu, suprotno internim pravilima kompanije. Kao posledica toga, s gospodinom Barbuleskuom je raskinut ugovor o radu.

g. Barbuleskua na privatnost, koja se sastoji u tome što je poslodavac pristupio njegovoj komunikaciji sa privatnim sadržajem putem platforme za instant poruke *Yahoo messenger*, a zatim koristio transkripte tih poruka u postupku pred sudom za radne sporove). Kao „mešanje“ u pravo na privatnost u kontekstu radnog odnosa, prema čl. 8, st. 1 EKLJP, ocenjeno je nekoliko drugih praksi koje su proizašle iz predmeta pred ESLJP. Takve prakse su uključivale: *testiranje na upotrebu droga* (na primer, u slučaju *Madsen v. Denmark*¹⁵ ili *Wretlung v. Sweden*¹⁶), *obavljanje video nadzora* (npr. u slučaju *Köpke v. Germany*)¹⁷ *privremena zabrana zapošljavanja bivših pripadnika KGB-a u javnoj službi, kao i na određenim poslovima u privatnom sektoru* (na primer, u slučaju *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*)¹⁸, *čuvanje i deljenje informacija iz registra tajne policije obezbeđenih bezbednosnom proverom i nedavanje mogućnosti zaposlenom da ospori takve informacije* (kao u slučaju *Leander v. Sweden*)¹⁹; *zasnivanje vanbračne zajednice* (na primer, u slučajevima

¹⁵ U predmetu *Madsen v. Denmark* (Application no. 58341/00) ispituje se da li se uvođenje nasumično obaveznog testa na alkohol i drogu za zaposlene u jednoj danskoj broderskoj kompaniji, koji se sastojao od provere njihovog uzorka urina pre polaska na putovanje, smatra nerazumnim mešanjem u pravo zaposlenih na privatnost.

¹⁶ Slučaj *Wretlung v. Sweden* (Application no. 46210/99) tiče se higijeničarke zadužene za čišćenje kancelarija u nuklearnoj elektrani, koja osporava internu politiku kompanije da uzima uzorke urina od zaposlenih u cilju otkrivanja upotrebe alkohola ili droge (kanabis).

¹⁷ Predmet *Köpke v. Germany* (Application no. 420/07) odnosi se na prodavačicu u samoposluzi koja je otpuštena sa posla zbog krađe na poslu. Poslodavac je krađu utvrdio korišćenjem skrivene video-nadzora uz pomoć privatne detektivske agencije. Video-nadzor je obavljen bez prethodne najave zaposlenoj, snimke nastale video-nadzorom obradilo je i pregledalo još nekoliko zaposlenih, a korišćeni su i u postupku pred nadležnim sudom.

¹⁸ Predmet *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (Applications nos. 55480/00 and 59330/00) odnosi se na dva državljana Litvanije (g. Sidabras – zaposlen kao poreski inspektor u poreskoj upravi i g. Dziautas – zaposlen kao javni tužilac za organizovani kriminal i korupciju). Pošto su u maju 1999. g. Sidabras i g. Dziautas identifikovani kao „bivši agenti KGB-a“, za njih su počela da važe ograničenja u zapošljavanju regulisana posebnim zakonom i, kao posledica toga, obojici je prestao radni odnos.

¹⁹ U predmetu *Leander v. Sweden* (Application no. 9248/81), radi se o stolaru (g. Leander), koji 20. avgusta 1979. godine počinje da radi kao privremeni zamenik u pomorskom muzeju u Karlskronu (deo pomorske baze u Karlskronu, koji ima tretman zaštićene vojno-bezbednosne zone) na radnom mestu muzejski tehničar. Iako je očekivano trajanje ugovora o radu gospodina Leandera bilo 10 meseci, radni odnos mu prestaje 3. septembra. Razlog za prestanak radnog odnosa gospodina Leandera je to što su učinjeni propusti u postupku zapošljavanja koji je predviđao obaveznu prethodnu bezbednosnu proveru, što u slučaju gospodina Leandera nije učinjeno. Nakon ponovnog raspisivanja oglasa za isti posao, gospodin Leander ne zasniva radni odnos, iz razloga što je ishod izvršene bezbednosne kontrole kod njega nepovoljan, a posao za koji se prijavio podrazumeva slobodno kretanje i rad u delovima muzeja u kojima za to postoje posebna bezbednosna ograničenja i procedure

*Obst v. Germany*²⁰ i *Schuth v. Germany*²¹), ispitivanje seksualne orijentacije (na primer, u slučajevima *Lustig-Praen and Beckett v. UK* i *Smith and Grady v. UK*²²) i drugi.

Uzimajući u obzir sve prethodno navedene slučajeve koji se odnose na različite aspekte i pojavne oblike zadiranja u pravo na privatnost, evidentno je da ESLJP, tumačeći obim ovog prava u oblasti radnih odnosa, ima dovoljno širok pristup, što doprinosi sveobuhvatnosti prakse u različitim fazama radnog odnosa (od faze pristupa radu i zasnivanja radnog odnosa, do otkaza ugovora o radu i prestanka radnog odnosa) koje se mogu oceniti kao ugrožavanje privatnosti radnika. Takav pristup Suda naziva se „integrativni pristup“ i polazi od pretpostavke da postoji nedeljivost i međuzavisnost osnovnih ljudskih prava.²³ Integrativni pristup koji primenjuje ESLJP je interpretativna tehnika suda, kojom se prava koja imaju karakter socijalnih prava stavljaju u kontekst opštih ljudskih prava predviđenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.²⁴ U tom pravcu, na primer, pravo na privatnost (čl. 8 EKLJP), koje ima status građanskog prava, postavlja se u blisku vezu i korelaciju sa pravom na rad (kao pravo regulisano čl. 1 Evropske

ulaska. U stvari, primarni razlog zbog kojeg je g. Leander otpušten i nakon toga tretiran kao nepodoban za zapošljavanje bio je taj što je policijska služba, prema informacijama koje su im dostupne, klasifikovala gospodina Leandera kao „sigurnosni rizik“.

²⁰ U slučaju *Obst v. Germany* (Application no. 425/03), radi se o članu Mormonske crkve u Nemačkoj (g. Obst), zaposlenom na poziciji direktora crkvenog odeljenja za odnose sa javnošću za duženog za Evropu. U ispovesti svom duhovnom pastoru, gospodin Obst je priznao da je počinio preljubu i da je imao seksualni odnos sa drugom ženom. Po uputstvu svog duhovnog pastora, g. Obst priznaje preljubu i pred pretpostavljenim rukovodiocem crkve, koji sa svoje strane nije pokazao razumevanje za vanbračnu vezu gospodina Obsta i uručio mu otkaz zbog narušavanja ugleda crkve.

²¹ U predmetu *Schuth v. Germany* (Application no. 1620/03), radi se o orguljašu i dirigen-tu hora (g. Schuth), zaposlenom u katoličkoj župnoj crkvi, kojem je otkazan ugovor o radu bez otkaznog roka zbog kršenja crkvenih načela, po kojima se brak tretira kao svetinja, a preljuba i dvobračnost imaju status teže povrede ugovorne obaveza lojalnosti u skladu sa unutrašnjim pravilima crkve.

²² Slučajevi *Lustig-Praen and Beckett v. UK* (Applications nos. 31417/96 and 32377/96) i *Smith and Grady v. UK* (Applications Nos. 33985/96 and 33986/96), su dva različita predmeta pred ESLJP koji obuhvataju identičan predmet spora. U oba slučaja, radnici su bili pripadnici oružanih snaga Ujedinjenog Kraljevstva koji su bili homoseksualci. Ministarstvo odbrane Ujedinjenog Kraljevstva vodilo je politiku koja je isključivala homoseksualce iz oružanih snaga zemlje. Sva četiri podnosioca predstave su podvrgnuta testovima vezanim za njihovu seksualnu orijentaciju, a zatim otpušteni zbog svoje homoseksualnosti.

²³ F. Hendrickx and A. Van Bever, *Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection, The European Convention on Human Rights and The Employment Relations*, Hart Publishing, 2013, 190.

²⁴ Virginia Mantouvalou, „Are Labour Rights Human Rights?“, *European Labour Law Journal*, 2012, 158.

socijalne povelje). Ovaj holistički pristup u tumačenju prava na privatnost prvi put je primenjen u pomenutom predmetu *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, u kojoj ESLJP, uzimajući u obzir posledice zabrane zapošljavanja bivših agenata KGB-a u javnom sektoru, ali i ograničenja zapošljavanja ovih lica u nekoliko sfera privatnog sektora, zauzima stav da tako široko postavljena ograničenja „ometaju ostvarivanje prava na privatnost“ zaštićenog čl. 8 Konvencije, jer utiču na „razvoj odnosa uspostavljenih sa spoljnim svetom“ i izazivaju „ozbiljne poteškoće [...] za ostvarivanje zarade za život“.²⁵ Otuda suštinski značaj presude ESLJP u predmetu *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* se ne sastoji samo u tome što Sud ističe nedeljivost građanskih i političkih ljudskih prava (s jedne strane) i ekonomskih i socijalnih ljudskih prava (s druge strane), već i u tome što kroz takvu nedeljivost (tzv. integrativni pristup) vrši reviziju, odnosno dalje proširenje obima prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa.

OBIM ZAŠTITE PRAVA NA PRIVATNOST U KONTEKSTU
RADNOG ODNOSA I (NE)DOZVOLJENO MEŠANJE U PRAVO
NA PRIVATNOST OD STRANE POSLODAVCA

Ostvarivanje zaštite prava na privatnost, uopšteno, a posebno u kontekstu radnog odnosa, ne zavisi samo od toga da li će se u određenom, konkretnom slučaju, detektovati praksa ili mere kojima se zadire u privatnu sferu pojedinca, odnosno zaposlenog, već i da li će takvo uznemiravanje biti ocenjeno kao neosnovano, odnosno protivzakonito. Drugim rečima, uprkos činjenici da je postojanje razumnog očekivanja zaposlenog o privatnosti jedan od ključnih kriterijuma pri utvrđivanju ometanja njegove privatnosti, to ne znači automatski da će se takvo mešanje smatrati neopravdanim i, kao posledica toga, nezakonitim. Dok je utvrđivanje obima primene prava na privatnost (čl. 8, st. 1 EKLJP) samo prva faza u ukupnoj zaštiti prava na privatnost, utvrđivanje granica nedozvoljenog mešanja u privatnost zaposlenog (čl. 8, st. 2 EKLJP) je druga i možda ključna faza u operacionalizaciji i ostvarivanju zaštite prava na privatnost u radnom odnosu. Otuda se u praksi javljaju dileme: „da li će se svako mešanje i zadiranje u privatnost zaposlenog smatrati neopravdanim, neosnovanim i nedopustivim“; „kako odrediti kada će se i u kojim slučajevima mešanje i zadiranje u privatnost zaposlenog od strane poslodavca smatrati opravdanim, osnovanim i dozvoljenim“; i na kraju, „kako postići i uspostaviti ravnotežu između legitimnih prava i interesa zaposlenog i poslodavca u vezi sa operacionalizacijom praksi i mera koje se kvalifikuju ili bi se mogle kvalifikovati kao zadiranje u privatnost zaposlenog u kontekstu radnog odnosa“.

²⁵ V. *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (Applications nos. 55480/00 and 59330/00).

U principu, odgovor na prethodne dileme treba tražiti u čl. 8, st. 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima, koji predviđa „izuzetke“ od apsolutne zaštite prava na privatnost, u slučajevima *u skladu sa zakonom i ako je u demokratskom društvu neophodno da se zaštiti nacionalna bezbednost, javna bezbednost ili ekonomsko blagostanje zemlje, da se spreči nered ili izvršenje krivičnog dela, da se zaštite zdravlje i moral, ili da se zaštite prava i slobode drugih*. Ovim postaje evidentno da pravo na privatnost nema status apsolutnog, već kvalifikovanog prava, čija zaštita zavisi od načina tumačenja ograničenja, odnosno abrogacija predviđenih u st. 2, čl. 8 EKLJP.²⁶ Zaštita prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa, između ostalog, zavisi i od dominantnog pristupa domaćih sudova, jer nije isto da li će se, prilikom utvrđivanja ravnoteže interesa radnika i poslodavaca (odnosno tumačenje zakona o privatnosti), primeniti pravni mehanizam zaštite ljudskih prava koji se sastoji od direktnog pozivanja na čl. 8 EKLJP ili njegov pandan u ustavu određene zemlje u okviru primene EKLJP, ili pozivanjem na pravila i principe regulisane opštim ugovornim pravom (na primer, princip „dobre vere“ ili „razumnosti“).²⁷ U svakom slučaju, nesporno je da u postupku pred ESLJP sud primenjuje pristup koji proizilazi iz mehanizma zaštite ljudskih prava, ali stavljen u kontekst radnog odnosa i prilagođen potrebi pronalaženja pravične ravnoteže između prava i interesa radnika, s jedne strane, i poslodavaca, s druge strane. U tom pravcu, u svakom predmetu koji se vodi, ESLJP ocenjuje da li i u kojoj meri praksa utvrđena kao ometanje privatnosti zaposlenog podleže ograničenjima predviđenim čl. 8, st. 2 EKLJP.

Ograničenja (abrogacija) predviđena čl. 8, st. 2 EKLJP proizilaze iz primene tri principa, i to: 1. *zakonitost*; 2. *legitimitet* i 3. *proporcionalnost*. Uzimajući u obzir pravnu, društvenu i moralnu vrednost prava na privatnost, kao i suštinsku potrebu za zaštitom ovog osnovnog prava, principi zakonitosti, legitimnosti i proporcionalnosti mogu ispuniti svoju svrhu kao komponente „protivteže“ u proceni pravične ravnoteže, između prava i interesa zainteresovanih strana, samo ako se primenjuju kumulativno. Drugim rečima, zasebno i nezavisno postojanje bilo kog od ovih principa ne može dovesti do ograničenja neotuđivog prava na zaštitu privatnosti.

²⁶ M. Otto, op. cit., 79.

²⁷ Dva mehanizma zaštite osnovnih ljudskih prava (uključujući pravo na privatnost), u principu, sastavni su deo koncepta tzv. horizontalne primene osnovnih ljudskih prava u nacionalnim pravnim porecima. Horizontalna primena osnovnih ljudskih prava omogućava zaštitu prava pojedinaca u sporovima protiv drugih pojedinaca ili subjekata privatnog prava. Razlika između predviđenih mehanizama zaštite sastoji se u tome što, dok prvi dozvoljava direktno pozivanje na odredbe EKLJP koje štite određena osnovna prava (npr. čl. 8) ili na njihove parnjake u ustavnim propisima zemalja na koji se primenjuje EKLJP (tzv. direktna horizontalna zaštita), drugi se sastoji u posrednoj primeni zajemčenih osnovnih prava, ali posredstvom pravila i principa opšteg ugovornog prava (tzv. indirektna horizontalna zaštita). V. F. Hendrickx and A. Van Bever, op. cit., 200.

*Princip zakonitosti kao kriterijum za ograničavanje
prava na zaštitu privatnosti*

Načelo zakonitosti izvire iz prvog dela čl. 8, st. 2 EKLJP, iz čega proizilazi da će mešanje u pravo na privatnost biti dozvoljeno ako je „u skladu sa zakonom“. To znači da prvi aspekt koji treba uzeti u obzir kada se ocenjuje dozvoljenost ili nedozvoljenost mešanja u pravo na privatnost pojedinca, odnosno zaposlenog, jeste to da li je takvo mešanje predviđeno nacionalnim pravnim poretom, tj. domaćim pravom zemlje podvedenim pod delokrug primene EKLJP. Spektar nacionalnih pravnih izvora koji regulišu potencijalno dozvoljeno mešanje u pravo na privatnost obično je postavljen na širi način, kako bi se obuhvatili svi relevantni pravni izvori koji se mogu koristiti za regulisanje ovog pitanja (ustavne odredbe, zakoni, podzakonski akti, kolektivni ugovori, ugovori o radu, opšti akti poslodavca i dr.), ali i sudska praksa, kao i ustaljena tradicija i običaji.²⁸ Pri tome, principijelno je pravilo da u slučaju ograničenja prava na privatnost (u kontekstu radnog odnosa) zaposleni treba da prethodno bude jasno i nedvosmisleno svestan mogućnosti takvog ograničenja (mešanja), uzimajući u obzir pravni izvor kojim se predviđa,²⁹ kao i da je slobodno i bez ikakvih nedostataka volje (prinuda, pretnja, prevara) pristao da njegovo pravo na privatnost bude ograničeno. U teoriji, ova vrsta principa se naziva i principom *transparentnosti*.³⁰ Međutim, imajući u vidu *de facto* podelu vlasti između zaposlenog i poslodavca u okviru radnog odnosa, sporno je da li postoji i u kojoj meri slobodna volja zaposlenog da prihvati ograničenje svog razumnog ograničenja privatnosti i kao posledicu toga da se odrekne svog prava na privatnost na radnom mestu. Otuda, u tumačenju prava na privatnost i pokušajima da se pronađe pravičnana ravnoteža između prava i interesa radnika, s jedne strane, i poslodavca, s druge strane, Evropski sud za ljudska prava je prilikom donošenja odluke o opravdanom ili neopravdanom mešanju u pravo na privatnost zaposlenog od strane poslodavca, zaeo stav da ono nije vezano isključivo za „dobrovoljnu“ saglasnost zaposlenog. Naprotiv, u praksi Suda u Strazburu dominira shvatanje da, i pored činjenice da se zaposleni „dobrovoljno“ odrekao prava na privatnost u radnom odnosu, sud ipak može oceniti *srazmernost* preduzetih mera od strane poslodavca kojima je ograničio

²⁸ O ovome v. presudu u slučaju *Wretlung v. Sweden* (Application no. 46210/99).

²⁹ Potvrda ovakvog tumačenja je obrazloženje ESLJP u navedenim slučajevima *Halford v. UK* i *Copland v. UK*, u kojima je, kao jedan od glavnih razloga zbog kojih je sud utvrdio nedozvoljeno mešanje u privatnost dotičnih radnika, nepostojanje bilo kakvog internog akta njihovih poslodavaca koji bi regulisao obim elektronskog nadzora i praćenja na radnom mestu, a samim tim i o konturama razumnog očekivanja radnika o privatnosti.

³⁰ Shelley Wallach. „The Medusa Stare: Surveillance and Monitoring of Employees and the Right to Privacy“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2011, 207.

privatnost zaposlenih.³¹ Ovo shvatanje značajno doprinosi boljoj i adekvatnijoj zaštiti objektivno slabije strane u radnom odnosu, a to je zaposleni.

*Princip legitimiteta kao kriterijum za ograničavanje
prava na zaštitu privatnosti*

Kao i princip zakonitosti, princip legitimiteta, kao kriterijum za ograničavanje prava na zaštitu privatnosti, proizilazi iz čl. 8, st. 2 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Princip legitimiteta se ogleda u relativno širokoj listi „*legitimnih ciljeva*“ predviđenih Konvencijom, kroz koje se može opravdati ograničenje prava na zaštitu privatnosti. Kao „*legitimne ciljeve*“ u tu svrhu, čl. 8, st. 2 EKLP navodi: *nacionalnu bezbednost, javnu bezbednost, ekonomsku situaciju u zemlji, sprečavanje nereda ili činjenja zločina, zaštitu zdravlja i morala, kao i zaštitu prava i sloboda drugih*. Analizirajući „*razloge*“ kojima se mogu opravdati ograničenja u ostvarivanju osnovnog prava na privatnost, potrebno je apostrofirati dva značajna zaključka. Prvo, prema čl. 8, st. 2 legitimni ciljevi koji omogućavaju mešanje u pravo na privatnost odnose se na „*javnu vlast*“. Ovo je donekle razumljivo, jer pravni status prava na privatnost kao građanskog (ljudskog) prava i pravna konstrukcija Konvencije o ljudskim pravima kao instrumenta za zaštitu ljudskih prava imaju za cilj, pre svega, da zaštite ljudska prava od povreda izazvanih od strane javne vlasti. Međutim, imajući u vidu napredak u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava i prilagođavanje čl. 8. u kontekstu radnog odnosa, nesporno je da lista legitimnih ciljeva može poslužiti i za balansiranje interesa između zaposlenog i poslodavca i opravdavaju mešanje u privatnost zaposlenog od strane poslodavca (i pored toga što poslodavac ne mora da ima status organa javne vlasti). Ovo mišljenje je praktično podržano u nekoliko slučajeva pred ESLJP, kao što su: *Madsen v. Denmark* (gde je ESLJP smatrao da ograničavanje privatnosti zaposlenih putem obaveznih testova na alkohol i drogu od strane poslodavca može biti opravdano razlozima *javne bezbednosti*, imajući u vidu da su zaposleni članovi posade pomorskog obezbeđenja i da se kao posledica toga od njih očekuje da u potpunosti i kontinuirano, savesno obavljaju svoje radne obaveze), *Pay v. UK*³² (gde je ESLJP utvrdio da se u slučaju otpuštanja zbog određenih

³¹ M. Otto, op. cit., 86.

³² U slučaju *Pay v. UK* (Application no. 32792/05) radi se o policijskom službeniku zaduženom za praćenje i nadzor prestupnika sa uslovnom osudom, za kojeg služba u kojoj je zaposlen (njegov poslodavac) saznaje da u slobodno vreme nastupa u hedonističkim i fetiš klubovima i istovremeno je direktor kompanije koja se bavi prodajom proizvoda za sadomazohizam na internetu, a na internetu su objavljene i njegove fotografije na kojima se vidi sa polugolim ženama i muškarcima. Iako je gospodin Pej uživao poštovanje u obavljanju svojih radnih obaveza, njegov poslodavac je smatrao da su ponašanje i aktivnosti g. Peja u slobodno vreme nespojive sa njegovim profesionalnim

aktivnosti seksualne prirode koje zaposleni obavlja u slobodno vreme, utiče na pravo zaposlenog na privatnost, ali je mešanje u pravo na privatnost opravdano zbog zaštite ugleda poslodavca, odnosno zbog legitimnosti zaštite *javnog morala*) i dr. U prethodnim slučajevima, zapravo, radi se o balansiranju između osnovnog prava na privatnost radnika i interesa poslodavaca potkrepljenih legitimnim razlozima navedenim u čl. 8, st. 2 Konvencije, koji se u principu mogu podvesti pod termin razlozi javnog interesa. Drugi zaključak, koji proizilazi iz tumačenja izuzetaka od zaštite prava na privatnost regulisanih čl. 8, st. 2 Konvencije, sastoji se u tome da, pored posebno navedenih legitimnih ciljeva, Konvencija predviđa i cilj „zaštite prava i sloboda“. Ovaj legitimni cilj, ma koliko izgledao širok, nalazi izuzetno široku i odlučnu primenu u sporovima o zaštiti prava na privatnost koji se vode pred Evropskim sudom za ljudska prava. U ovom kontekstu, valja istaći da legitimna svrha, kako je propisano, deluje isuviše uopšteno sa aspekta zaštite privatnosti u kontekstu radnog odnosa, pa čak, na neki način, dovodi u opasnost efikasnu zaštitu prava na privatnost, jer se čini da poslodavcima nudi neograničen obim da opravdaju većinu praksi i mera koje ugrožavaju privatnost radnika. Istina je da poslodavci mogu imati niz legitimnih razloga za preduzimanje mera koje bi se mogle okarakterisati kao ugrožavanje privatnosti radnika (na primer, poslodavac zabrinut za zdravlje i bezbednost radnika može insistirati na uvođenju medicinskog pregleda ili testiranja na upotrebu alkohola i droga, ili, u cilju sprečavanja krađe i pronevere, korišćenje skrivenog video-nadzora radi otkrivanja krivca i sl.), međutim, najveći izazov se sastoji u rešavanju dileme kako odrediti granice takvih legitimnih razloga koji se mogu podvesti pod legitimni cilj „zaštita prava i sloboda drugih“. Dakle, načelno shvatanje koje prevladava u pristupu ESLJP polazi od pretpostavke da isticanje „čistog“ ekonomskog ili finansijskog interesa poslodavca ima za cilj da opravda njihovo mešanje u privatnost radnika pod maskom legitimnog razloga „zaštita prava i slobode drugih“, nedovoljno je da opravda prakse i mere koje zadiru u privatnost radnika. U svakom slučaju, ključni kriterijum za ispitivanje ravnoteže između prava i interesa radnika i poslodavaca, a u tom pravcu i zaštite prava radnika na privatnost u radnom odnosu, proizilazi iz principa proporcionalnosti, što je predmet razrade u sledećoj tački.

*Princip proporcionalnosti kao kriterijum za ocenu ograničenja
prava na zaštitu privatnosti*

Načelo proporcionalnosti je treći, ali ne i najmanje važan kriterijum za procenu ograničenja prava na privatnost. Značaj ovog principa ogleda se u tome što on

obavezama, a posebno zato što je on radio sa seksualnim prestupnicima, nad kojima je morao da uspostavi autoritet i od kojih je morao da stekne poštovanje.

obično služi kao „poslednji filter“ ocene legitimnosti (postojanja legitimne svrhe) u zadiranju u pravo na privatnost, a samim tim i kao „poslednji bastion“ u zaštita privatnosti radnika u radnom odnosu. Kao i sva ranija načela, princip proporcionalnosti nalazi svoj osnov u čl. 8, st. 2 EKLJP, odnosno u novom delu odredbe koji se odnosi na mogućnost izuzetka od ograničenja javne vlasti da se ne meša u ostvarivanje prava na privatnost „osim ako je to *neophodno u demokratskom društvu*“. U stvari, princip proporcionalnosti je izveden iz koncepta „nužnosti“, koji pretpostavlja da mešanje u pravo na privatnost (zaposlenog) mora biti neophodno, da bi javni organ (tj. poslodavac) postigao legitiman cilj, a da se takvo mešanje ne smatra kršenjem prava na privatnost. Ali imajući u vidu rastegljiv karakter atributa „nužnost“, s pravom se nameće dilema o obimu i granicama u razumevanju i tumačenju ovog pojma. Prvi „pravni forum“ pred kojim se ispituje obim principa proporcionalnosti (tj. neophodnosti) jeste nacionalno zakonodavstvo, odnosno sudska praksa. Ovde obično dolazi do primene tzv. doktrina „polja slobodne procene“, prema kojoj zemlje obuhvaćene EKLJP samostalno odlučuju šta za njih, tj. za njihove demokratske pravne sisteme predstavljajući dozvoljeno mešanje u pravo na privatnost opravdano postojanjem određenog legitimnog cilja i da li su mere, odnosno prakse kojima se taj cilj postiže „neophodne“ i proporcionalne cilju koji treba postići.³³ Ova doktrina svoj pravni osnov crpi iz jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava u nekoliko predmeta, među kojima je od posebnog značaja slučaj *Handyside v. UK*.³⁴ Uprkos činjenici da se predmet *Handyside v. UK* ne odnosi na pravo na privatnost (čl. 8 EKLJP), već prvenstveno na pravo na slobodu izražavanja (čl. 10 EKLJP), on ima suštinski značaj u kvalifikaciji „granične procene“ nacionalnih pravnih poredaka, kada se uravnoteži potencijalna pretnja pojedinačnim osnovnim ljudskim pravima i nacionalnim interesima (u ovom slučaju, javni moral), iz čega se, dalje, povlače značajne paralele u sporovima koji se odnose na zaštitu drugih ljudskih prava zagarantovanih Konvencijom, uključujući pravo na privatnost i njegove implikacije na radni odnos. U presudi u prethodno pomenutom slučaju, ESLJP ističe da je „nemoguće naći jednoobrazno shvatanje pojma morala [...] stoga su nacionalne vlasti, po pravilu, u boljem položaju u odnosu na sudije ESLJP pri proceni 'neophodnosti', 'ograničenja' ili 'sankcija'“ prava zagarantovanih Konvencijom, tj. postojanje „ozbiljne društvene potrebe“ koja će

³³ F. Hendrickx, A. Van Bever, op. cit., 202.

³⁴ Slučaj *Handyside v. UK* (Application no. 5493/72), odnosi se na izdavačku kuću (*Handyside*) koja je objavila knjigu pod nazivom *The Little Red Schoolbook* namenjenu deci uzrasta od 12 godina i starijoj. Knjiga je sadržala podatke o pitanjima seksualne prirode (pornografija, abortus, masturbacija) i ilegalnoj upotrebi droga. Britanske javne vlasti su zaplenile i uništile primerke koje je izdala izdavačka kuća, u skladu sa važećim nacionalnim zakonom.

opravdati „neophodnost“ ograničenja korišćenja i primene određenog osnovnog ljudskog prava. Međutim, polje slobodne procene koje uživaju nacionalni organi (zakonodavac i nadležni sudovi) nije neograničeno. Konačna ocena domaćeg polja slobodne procene podleže sudskoj kontroli suda u Strazburu i može se odnositi i na „legitimni cilj“ i na „neophodnost“ mere koja ugrožava zagarantovana ljudska prava.

Pricip proporcionalnosti je izuzetno važan u slučajevima u kojima se procenjuje „neophodnost“ intervencije u privatnost radnika u radnom odnosu. Načelno, ugrožavanje prava radnika na privatnost smatra se opravdanim, ako se utvrdi da postoji „razumna veza između mera koje ometaju ovo pravo i prirode radnog odnosa“ ili, ako se uspostavi razumna veza *između cilja koji se želi postići* (na primer, pravilnog funkcionisanja poslodavca, sprečavanja nezakonitih radnji zaposlenih koje bi bile suprotne moralu ili bi štetile dostojanstvu drugih lica – na primer, elektronska pošta sa govorom mržnje ili uznemiravanja, bezbednost i efikasnost u funkcionisanju mrežnog sistema i sl.) i *mere koje su preduzete za postizanje tog cilja* (npr. elektronski nadzor i nadzor ili drugi oblik mešanja u privatnost radnika koje može ali i ne mora nužno dovesti do otpuštanja itd.). Evropski sud za ljudska prava je u nizu slučajeva imao priliku da ilustruje sopstveno razumevanje i tumačenje principa proporcionalnosti. Ishodi ovakvih slučajeva su različiti, nekada u korist radnika, a nekada u korist poslodavaca. Na primer, u pomenutim slučajevima *Lustig-Praen and Beckett v. UK* i *Smith Grady v. UK* koji su se ticali intervjuisanja i naknadnog otpuštanja podnosilaca predstavke (zaposlenih u bezbednosnim snagama Ujedinjenog Kraljevstva) isključivo zbog njihove homoseksualne orijentacije, ESLJP utvrđuje neosnovano (neopravdano) mešanje u pravo podnosilaca predstavke na privatnost. Iako Velika Britanija u svojoj odbrani navodi da u konkretnom slučaju postoji legitiman cilj (a to je politika Ministarstva odbrane koja dozvoljava otpuštanje homoseksualnih kadrova iz službe u vojsci, polazeći od pretpostavke da je homoseksualnost nespojiva sa bliskim fizičkim kontaktom prisutnim u vojsci i sposobna da poremeti disciplinu i moral između pripadnika vojske), ESLJP je, uzimajući u obzir mere kojima su podnosioci predstavke bili podvrgnuti (usledile su istrage o seksualnoj orijentaciji dotičnih radnika, sa detaljnim intervjuima i sastavljanjem izveštaja o njihovoj homoseksualnosti, nakon čega je usledio i otkaz iz vojske), ocenio da ovakve mere predstavljaju izuzetno ozbiljno kršenje prava na privatnost i da se kao takve ne mogu smatrati „neophodnim u demokratskom društvu“. Suprotno ovom slučaju, u pomenutom predmetu *Köpke v. Germany*, Sud nalazi da je molba gđe Köpke (kasirka i prodavačica) pred ESLJP za zaštitu njenog prava na privatnost neosnovana. Povodom ovog slučaja, Evropski sud za ljudska prava ocenjuje

da su nacionalni sudovi u Nemačkoj postigli pravičnu ravnotežu između različitih prava i interesa zainteresovanih strana (pravo na privatnost radnika naspram prava na imovinu poslodavca i opšteg javnog interesa). Naime, uprkos činjenici da ESLJP smatra da „skriveni video nadzor“ i snimanje i obrada ličnih podataka, kao posledica takvog video-nadzora, predstavljaju mešanje u pravo zaposlenog na privatnost. Ovo stoga što je nadzor bio sproveden tek nakon što je poslodavac utvrdio nepravilnosti u prometu i naznake krađe iz kase, kao i da je video-nadzor vremenski ograničen (preduziman je dve nedelje) i prostorno (pokrivao je samo prostor oko kasa), a lični podaci dobijeni ovakvim video-nadzorom se dele samo ograničenom krugu ljudi u cilju otkrivanja odgovornosti za zloupotrebe, te Sud nalazi da je otkaz ugovora o radu gđi Kopke bez otkaznog roka srazmeran ispunjenju legitimnog cilja poslodavca (zaštita njegove imovine). Ponekad je ishod presuda ESLJP u vezi sa zaštitom prava na privatnost različit, u smislu da li je to u interesu zaposlenog ili poslodavca, uprkos činjenici da je predmet spora gotovo identičan. Na primer, dok je u pomenutom sporu *Obst v. Germany* (koji se ticao otpuštanja bez obaveštenja lica zaposlenog na mestu šefa službe za odnose s javnošću za Evropu Mormonske crkve, zbog stupanja u i održavanja vanbračne veze), ESLJP je utvrdio da davanjem otkaza poslodavac (Mormonska crkva) *nije narušio* pravo zaposlenog na privatnost zagantovano čl. 8 EKLJP. U drugom pomenutom sporu sličnog sadržaja *Schuth v. Germany* (koji se tiče otpuštanja bez otkaznog roka orguljaša i dirigenta hora zaposlenog u Katoličkoj župnoj crkvi, zbog stupanja u vanbračnu vezu i očekivanja deteta sa drugom ženom), ESLJP je utvrdio da je davanjem otkaza poslodavac (katolička parohijska crkva) povredio pravo zaposlenog na privatnost zagantovano čl. 8 EKLJP. U prvom slučaju, ESLJP potvrđuje test balansiranja interesa između dve strane u sporu koji su sproveli nemački sudovi i ponovo potvrđuje zaključak da je zadiranje u pravo zaposlenog na privatnost opravdano, uzimajući u obzir činjenicu da je zaposleni dobrovoljno priznao preljubu (a samim tim i kršenje principa Mormonske crkve), vidljivost i značaj pozicije na kojoj je bio zaposlen u Crkvi bili su nespojivi sa njegovim ponašanjem i konačno, mladi uzrast u kom je bio i profesija koju je vršio, dali su za pravo da veruje da će uskoro naći drugo odgovarajuće zaposlenje. U drugom slučaju, ESLJP različito „procenjuje“ interese između strana u predmetnom sporu, opravdanost zadiranja u pravo na privatnost i „neophodnost“ otkaza od strane poslodavca (katoličke župnijske crkve), uzimajući u obzir činjenicu da je zaposleni, tokom čitavog perioda, bio tajanstven i ćutao u vezi sa svojim vanbračnim odnosom i nikada nije kritikovao principe i pravila Katoličke crkve. Konačno, krunski argument u predmetu *Schuth v. Germany*, zbog kojeg je ESLJP utvrdio povredu i neosnovano mešanje u pravo na privatnost jeste da

bi, nastupanjem posledice – otkaza, došlo do značajnog ograničenja perspektive i mogućnosti za drugo odgovarajuće zaposlenje gospodina Deana Šuta kao orguljaša i dirigenta crkvenog hora. Dakle, za razliku od slučaja *Obst v. Germany*, u slučaju *Schuth v. Germany*, ESLJP je utvrdio da bi šteta koja bi nastala otpuštanjem g. Šuta bez otkaznog roka bila „nesrazmerna“ legitimnom cilju zaštite ugleda Katoličke crkve.

ZAKLJUČAK

Zaštita prava na privatnost, kao osnovnog ljudskog prava, postaje sve aktuelnija tema, s obzirom na sve češće prisustvo digitalnih tehnologija u svakodnevnom životu ljudi. Zaštita privatnosti radnika, odnosno zaštita prava na privatnost u okviru radnog odnosa, nije predmet posebne regulative Evropske konvencije o ljudskim pravima. Međutim, imajući u vidu oblast radnih odnosa, kao oblast u kojoj postoje brojni slučajevi mešanja u privatnu sferu radnika, prouzrokovanih sprovođenjem upravnih i nadzorno-kontrolnih ovlašćenja od strane poslodavaca, pravo na privatnost u EKLJP dobija prošireni obim primene i obuhvata slučajeve ugrožavanja privatnosti radnika u radnom odnosu. Adaptacija prava na privatnost u oblasti radnih odnosa je prvenstveno rezultat interpretativne uloge Evropskog suda za ljudska prava. Uprkos ekstenzivnom pristupu Evropskog suda za ljudska prava u tumačenju „razumnih očekivanja privatnosti“ radnika, kako bi se omogućila široka platforma praksi koja će se kvalifikovati kao mešanje u privatnost radnika, Sud još uvek nije utvrdio dovoljno jasna i dosledna pravila kojima bi se balansiralo između interesa radnika (za zaštitu njihove privatnosti) i poslodavaca (za zaštitu njihovih vlasničkih, ekonomskih i drugih komercijalnih interesa). Otuda, u velikom broju slučajeva, bez obzira na to što je ESLJP utvrdio mešanje u prava zaposlenog na privatnost, na kraju je ocenio da je takvo mešanje legitimno i srazmerno ostvarivanju legitimnog cilja zbog kojeg je izvršeno.

Bogata sudska praksa ESLJP u vezi sa predmetima koji utiču na čl. 8 EKLJP (zaštita privatnosti) nudi korisne mogućnosti nacionalnim pravnim porecima i pravosudnim organima da steknu predstavu o smernicama koje je Sud u Strazburu zauzeo pri tumačenju prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa. I pored toga što se ovaj rad ne bavi proučavanjem i analizom prava na privatnost kroz prizmu makedonskog radnog prava, stoga što je pitanje zaštite privatnosti radnika u okviru makedonskog zakonodavstva pitanje koje je u povelju, smatramo da će rad biti od koristi za aktuelizaciju i pravilno razumevanje i tumačenje prava na privatnost u kontekstu radnog odnosa.

Dr. ALEKSANDAR RISTOVSKI
Associate Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law
University Ss. Cyril and Methodius, Skopje
Prof. Dr. TODOR KALAMATIEV
Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law
University Ss. Cyril and Methodius, Skopje

THE RIGHT TO PRIVACY IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Summary

The right to privacy in employment and the protection of the privacy of workers in general, is gaining increasing importance in the information and knowledge-based society. Tectonic changes in the world of work involving new technologies and forms of communication are also shaping the methods of supervision and control performed by employers in the working process. The new methods of surveillance and control through which employers exercise their managerial prerogatives include various forms of electronic surveillance over the use of computers (e.g. Internet access, e-mail), telephones and mobile phones, video surveillance, GPS location and the like. Privacy in the field of employment relations can be problematized in other ways and through the application of other methods too (processing personal data of employees, body checks, medical screening, psychological and polygraph testing, etc.). Hence, modern legal systems face increasing challenges in establishing the appropriate level of balance between protecting workers' fundamental right to privacy on the one hand, and employers' property rights and managerial prerogatives on the other. In this regard, major concerns are raised about the admissibility and limits of the intrusion of employers into the private life of workers. In this paper, the right to privacy in employment will be analyzed through the prism of Council of Europe regulations (primarily Article 8 of the European Convention on Human Rights) and the jurisprudence of the European Court of Human Rights. The authors will address two important issues: the scope of the right to privacy in the context of employment (ie in which situations, employees have the right to protection of their privacy) and the scope of protection against intrusion into the right to privacy of workers (ie in which situations, employers have the right to justified interference).

Key words: right to privacy, employment relationship, European Convention on Human Rights

Literatura

- Bronstein A., *International and Comparative Labour Law: Current Challenges*, Palgrave MacMillan and ILO, 2009.
- Collins H., Ewing. K. D., McColgan A., *Labour Law*, Cambridge University Press, 2012.
- Hames D. S., Diersen N., „The Common Law Right to Privacy: Another Incursion Into Employers' Rights to Manage Their Employees?“, *Labor Law Journal*, 1991.
- Hendrickx F., Van Bever A., *Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection, The European Convention on Human Rights and The Employment Relations*, Hart Publishing, 2013.

- Katsabian T., „Employees’ Privacy in the Internet Age: Towards a New Procedural Approach“, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2019.
- Mantouvalou V., „Are Labour Rights Human Rights?“, *European Labour Law Journal*, 2012.
- Otto M., *The Right to Privacy in Employment: A Comparative Aanalysis*, Hart Publishing, 2016.
- Wallach S., „The Medusa Stare: Surveillance and Monitoring of Employees and the Right to Privacy“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2011.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

DARKO SPASEVSKI
BINGWAN XIONG

CRAFTING MACEDONIA'S SOCIAL ENTREPRENEURSHIP LEGAL FRAMEWORK: CHOOSING THE BEST LEGAL FORM FOR SOCIAL ENTERPRISE BASED ON THE EXPERIENCES OF CHINA, EUROPE, AND THE USA

This paper conducts a comparative analysis of legal frameworks for social entrepreneurship, focusing on Europe, the US, China, and Macedonia. It evaluates diverse legal structures for social enterprises, emphasizing their impact on social initiatives, flexibility, inclusivity, and support mechanisms. Furthermore, it examines legislative developments and the best-suited form for social enterprises in Macedonia, presenting the practice of social enterprise development in the absence of a formal legal framework. This analysis underscores the pivotal role of legal frameworks in nurturing social entrepreneurship and provides insights into potential legal reforms for its advancement.

Key words: Social Entrepreneurship, Legal Frameworks, Comparative Analysis

A BRIEF EXPLANATION OF THE MACEDONIAN LEGISLATIVE CONTEXT FOR SOCIAL ENTERPRISES

It has been nearly eight years since the initial draft of the Law on Social Entrepreneurship was made public in Macedonia. Following several years of discussion,

Prof. Dr. Darko Spasevski, Full Professor, Iustinianus Primus Faculty of Law University Ss. Cyril and Methodius, Skopje, e-mail: d.spasevski@pf.ukim.edu.mk.

Dr. Bingwan Xiong, Associate Professor, Ph.D., LL.M. (Harvard), Renmin University of China, School of Law, Beijing, China, e-mail: bxiong@ruc.edu.cn.

this law was eventually withdrawn from the process, and the announcement of a new law is still pending. This approach naturally raises the question: “Is Social Entrepreneurship Achievable in Macedonia?”¹

The Government of the Republic of North Macedonia approved the National Strategy for Social Enterprise Development (2021–2027) and the 2021–2023 Action Plan in its 108th session on September 28, 2021.² The strategy prioritizes the enactment of a Social Entrepreneurship Law to define social enterprises’ characteristics, principles, and benefits.³ This law aims to boost their recognition, government support, and visibility.⁴ As of September 2023, the Law on Social Entrepreneurship, originally scheduled for adoption in Q4 2022, remains pending.⁵

In spite of the absence of comprehensive legal regulations governing various aspects of social entrepreneurship, notable initiatives embodying social entrepreneurship principles have emerged in recent years in Macedonia. Supported by the EU, Skopje’s Arno Association in 2022 has established a voluntary registry of 57 self-declared social enterprises, as Macedonia lacks formal legal procedures for this status. The majority, nearly 23, are located in the Skopje region, while the rest are distributed across seven state-level planning regions. The classification of these social enterprises comprises 12 as citizens’ associations, 2 as foundations, 11 as limited liability companies, and 32 with unspecified legal forms.⁶ Drawing from this practical experience, a crucial questions emerge: To what extent does the lack of a legal framework impede the progress of social entrepreneurship in Macedonia? Would the presence of such a legal instrument accelerate the advancement of social entrepreneurship?

¹ In 2016, Professor Darko Spasevski, Mišo Dokmanović and Goran Koevski published a paper titled “Is Social Entrepreneurship Achievable in Macedonia? An Analysis of the Historical Background, Potentials, and Perspectives for Concept Development”, *Revija za socijalnu politiku*, No. 23, 2016. This paper delved into the potential of social entrepreneurship in Macedonia and explored the possibilities for legislative development. Regrettably, in the realm of legislative progress, we find ourselves in a *status quo* situation. For more details, refer to: M. Dokmanović, G. Koevski, D. Spasevski, op. cit.

² Ministry of Labor and Social Policy, The National Strategy for the Development of Social Enterprises in the Republic of North Macedonia 2021–2027, <https://shorturl.at/nqR68>, 2. 9. 2023.

³ Ministry of Labor and Social Policy, The National Strategy for the Development of Social Enterprises in the Republic of North Macedonia 2021–2027, <https://shorturl.at/nqR68>, 24–25.

⁴ Ministry of Labor and Social Policy, The National Strategy for the Development of Social Enterprises in the Republic of North Macedonia 2021–2027, <https://shorturl.at/nqR68>.

⁵ Ministry of Labor and Social Policy, The National Strategy for the Development of Social Enterprises in the Republic of North Macedonia 2021–2027, <https://shorturl.at/nqR68>, 41.

⁶ The Register is available at: <https://shorturl.at/EIW06>, 18. 9. 2023.

Keeping in mind the significance of social entrepreneurship, whether formalized or organized informally, this paper explores formal aspects of social entrepreneurship by assessing ideal legal entity forms. Chapter Two surveys global preferences, while Chapter Three evaluates Macedonian entities for social enterprise designation.

When discussing specific systemic (but sporadic) mechanisms to support the concept of social entrepreneurship in a general context, it's important to highlight Article 29(1) of the Law on Public Procurement.⁷ This article allows contracting authorities to reserve the right to include economic operators whose primary aim is the social and professional integration of individuals with disabilities or those from socially vulnerable groups, reinvesting profits accordingly as per the law. Notably, previous iterations of public procurement laws lacked such a provision, and even with its inclusion, it remains discretionary for the contracting authority.

TYPES OF LEGAL ENTITIES FOR ORGANIZING SOCIAL ENTREPRENEURSHIP – A COMPARATIVE APPROACH

Comparing Legal Forms for Organizing Social Enterprises in Europe and the USA

Choosing a legal form for social entrepreneurship poses challenges in comparative legal systems. Three legislative models emerge: First, existing entities gain social enterprise status through a special procedure. Second, a new hybrid legal entity for social entrepreneurship is created. Third, a combination of the first two models is employed. The first model involves accrediting an organization as a social enterprise, based on common characteristics like a social purpose, activities of general interest, profit use, and governance.⁸ This model is prevalent in most EU countries, including Bulgaria, Cyprus, Denmark, Finland, France, Greece, Italy, Lithuania, Luxembourg, Malta, with some variations in which entities can qualify as social enterprises based on their legal form.⁹

⁷ *Official Gazette of Republic of North Macedonia*, No. 24/19 and 87/21.

⁸ A. Fici, "Models and Trends of Social Enterprise Regulation in the European Union", *International Handbook of Social Enterprise Law-Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (eds. Henry Peter, Carlos Vargas Vasserot, Jaime Alcalde Silva), Springer, 2023, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-14216-1>, 22. 9. 2023, 159–165.

⁹ *Ibidem*.

Tailored legal forms for Social Enterprises offer advantages: reduced startup costs and risks, improved visibility, and simplified identification and support for growth.¹⁰

Hybrid forms of legal entities, which are purpose-built exclusively for social enterprises (the second model), first became noticeable in the United States. This was exemplified by the introduction of a special form known as the low-profit limited liability company (L3C) in the federal state of Vermont in 2008.¹¹ Additionally, the federal state of California introduced the so-called social purpose corporation (SPC) in 2011, and the benefit corporation was introduced in Maryland in 2010.¹²

Described as a “for-profit with a nonprofit soul,” the low-profit limited liability company (L3C) is a relatively recent hybrid business entity form designed to occupy the space between for-profit and nonprofit companies.¹³ The L3C is designed to prioritize charitable, educational, and certain social purposes, much like a nonprofit organization, while still allowing investors to share in the company’s income and equity, similar to a for-profit entity.¹⁴

The second model is also present in some EU countries, where the law provides a specific legal form for SE incorporation, which is distinct from the ordinary legal forms and usually constitutes a special subtype (or modified type) of either a cooperative or shareholder company.¹⁵ The most common legal form for an SE is a social cooperative, which in some countries has different names, such as a collective interest cooperative in France, a social solidarity cooperative in Portugal, or a social initiative cooperative in Spain.¹⁶ Social cooperatives in Italy adapt the

¹⁰ European Social Enterprise Law Association, “Social Enterprise in Europe Developing Legal Systems which Support Social Enterprise Growth”, 2015, <https://policycommons.net/artifacts/1601380/social-enterprises-in-europe/2291149/>, 11. 9. 2023.

¹¹ Livia. Ventura, “The Social Enterprise Movement and the Birth of Hybrid Organisational Forms as Policy Response to the Growing Demand for Firm Altruism”, *International Handbook of Social Enterprise Law-Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (eds. Henry Peter, Carlos Vargas Vasserot, Jaime Alcalde Silva), Springer, 2023, 12, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-14216-1>, 22. 9. 2023.

¹² *Ibidem*.

¹³ J. Haskell Murray, Edvard I. Hwang, “Purpose with Profit: Governance, Enforcement, Capital-Raising and Capital-Locking in Low-Profit Limited Liability Companies”, *University of Miami Law Review*, Vol. 66, No. 1, 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1944141, 1. 9. 2023.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A. Fici, op. cit., 159–165.

¹⁶ *Ibidem*.

cooperative legal form with a distinct focus on social objectives.¹⁷ They aim to serve the community's general interest by promoting human well-being and social integration.¹⁸ This can involve providing services (Type A) or integrating disadvantaged individuals into the workforce through various entrepreneurial activities (Type B).¹⁹

The Italian “Società Benefit”²⁰ (the newest model), akin to the U.S. “Benefit Corporation”, is an innovative model introduced on January 1, 2016.²¹ Italy became the first European nation and the second globally to establish this legal status for companies. A Società Benefit combines profit motives with a commitment to creating a positive societal and environmental impact while prioritizing transparency, responsibility, and sustainability.²² Unlike U.S. benefit corporation laws, Italy's approach extends this status to all existing for-profit entities under the Civil Code, including partnerships, limited liability companies, corporations, and cooperative companies, rather than being exclusive to corporations. This inclusive governance model advances the integration of social and environmental goals into diverse business structures.²³

In France, an “Entreprise de l'ESS” is a share company obligated to pursue a defined social purpose, featuring democratic governance and prioritizing the reinvestment of most profits into its activities.²⁴ The concept of “utilité sociale” primarily revolves around aiding vulnerable individuals and addressing societal discrimination or inequalities, in contrast to the broader European definition of “social benefit”, which encompasses environmental and various socially beneficial activities.²⁵ Another noteworthy form of social enterprise in France is the Société Coopérative d'Intérêt Collectif (SCIC), introduced by the 2001 Law

¹⁷ European Social Enterprise Law Association, *op. cit.*

¹⁸ F. Cafaggi, P. Iamiceli, “New Frontiers in the Legal Structure and Legislation of Social Enterprises in Europe: A Comparative Analysis”, *EUI Working Papers, LAW*, No. 16, European University Institute, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1303407, 1. 9. 2023.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Società Benefit, Sito di informazione sulle Società Benefit curato da B Lab e AssoBenefit, <https://www.societabenefit.net/english-information/>, 1. 9. 2023.

²¹ L. Ventura, *op. cit.*, 13.

²² Società Benefit, Sito di informazione sulle Società Benefit curato da B Lab e AssoBenefit, <https://www.societabenefit.net/english-information/>.

²³ L. Ventura, *op. cit.*, 13.

²⁴ European Social Enterprise Law Association, *op. cit.*

²⁵ *Ibidem.*

No. 624.²⁶ SCICs engage in producing or delivering goods or services of general interest, emphasizing their social utility.²⁷ Furthermore, in 2019, as part of the “Économie Sociale et Solidaire” (Social and Solidarity Economy) development, France introduced the “entreprise à mission”, a hybrid legal status akin to the benefit corporation. This allows for-profit companies to incorporate social and environmental objectives into their corporate purpose, exemplifying France’s commitment to fostering socially responsible business practices.²⁸

In Europe, outside the EU, the Community Interest Company (CIC) in the UK stands out as a remarkable model tailored for the social enterprise sector. Established in 2004, CICs have gained significant traction, with over 5,500 registered to date.²⁹ UK law mandates that CICs include provisions in their articles of association, cementing their social purpose.³⁰ These provisions encompass an “asset lock”, preventing asset transfer out of the CIC to ensure ongoing community benefits, as well as a ceiling on maximum dividend and interest payments.³¹ The process to establish a CIC is relatively straightforward, mirroring that of a limited company.³² However, prospective CIC registrants must also submit a second form, comprising a community interest statement. This statement serves as evidence that the CIC aligns with the community interest test stipulated by law, reinforcing its commitment to social impact and community welfare.³³

The Serbian Law on Social Entrepreneurship³⁴, in Article 3(1)(6), provides that “the social entrepreneurship entity is an entrepreneur or a legal entity that has acquired the status of social entrepreneurship”. It is clear that in the Republic of Serbia, the model of granting the status of “social entrepreneurship” is accepted instead of providing for a separate legal hybrid purpose-built form of a legal entity. Namely, Article 8 of the Law outlines that the status of a social enterprise, in accordance with the law, can be acquired by: an entrepreneur, a commercial entity

²⁶ F. Cafaggi, P. Iamiceli, op. cit.

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ L. Ventura, op. cit., 12.

²⁹ *A Guide to Legal Forms for Social Enterprise*, Department for Business innovation and Skills, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf, 1. 9. 2023.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ Zakon o socijalnom preduzetništvu, *Službeni glasnik RS*, No. 14/22.

and a civil sector entity. This article also lays down certain conditions that these subjects must fulfill, and the definitions of “entrepreneur”, “commercial entity”, and “civil sector entity” are provided in Article 3, paragraphs (1)(7), (8), and (9) of the law. The registration of the status of a social enterprise is governed by Article 9 of the Law on Social Entrepreneurship.

The social component is expressed in the provision that governs the distribution of profits in Article 11(1). According to this provision, an commercial entity with the status of a social enterprise has the obligation to allocate at least 50% of its profits to: 1) reinvest in internal support programs for socially sensitive groups or in expenses related to the work engagement of able-bodied members of socially sensitive groups, or in activity programs aimed at solving community problems in the areas of action referred to in Article 7 of this law; 2) donate to other legal entities or entrepreneurs with the status of social entrepreneurship to solve community problems in the areas of activities referred to in Article 7 of this law. Paragraph (2) of the same article governs the method of profit distribution that applies to entrepreneurs with the status of a social enterprise, while paragraph (3) of the same article governs the method of profit distribution for civil sector subjects with the status of a social enterprise.

The nature of social entrepreneurship in Serbia is regulated in Article 5 of the Law on Social Entrepreneurship, which states that “social entrepreneurship is aimed at solving social problems to increase social cohesion and society’s development”. Additionally, paragraph (2) stipulates that social entrepreneurship is a business in which the realized profit is invested in the integration of socially sensitive groups, environmental protection, rural development, education, culture, social innovations, and other areas of wider social interest.

Regarding the realization of social entrepreneurship, the Serbian Law on Social Entrepreneurship in Article 5(3) specifies that social entrepreneurship is especially realized through: 1) the production of goods and provision of services (social, educational, health, etc.), in accordance with this law; 2) labor integration, in accordance with this law, 3) business that contributes to the sustainable development of devastated areas and local communities and 4) business that addresses problems in other areas of general interest.

The legal framework regulating SEs in China's Civil Code

In the jurisdiction of China, social entrepreneurship normally appears in the form of non-profit legal persons, especially social group legal persons and donor-funded legal persons falling into Art. 90-91 and Art. 92-94 of *China's Civil Code*

(CCC) respectively.³⁵ As legal persons, such entities shall meet the general conditions as required by the general provisions from Art. 58-75 of CCC and shall bear civil liabilities independently with all of its assets.

Non-profit legal persons can certainly conduct for-profit activities (e.g., selling artistic works painted by members of a social group legal person or donated by an artist to a donor-funded legal person). Nonetheless, in contrast with for-profit legal persons, as stipulated by Art. 87 of CCC, non-profit legal persons are incorporated for charitable or other non-profit purposes and therefore shall not distribute profits to its investors, promoters, or members.

Moreover, when it comes to the end of a non-profit legal person incorporated for charitable purposes, as stipulated by Art. 95 of CCC, the remaining asset of such legal person shall not be distributed among its investors, promoters, or members. Instead, such assets shall be used for the charitable purposes in accordance with its articles of association or its managerial boards' resolution. In the absence of such articles or resolutions, such remaining asset shall be transferred to another legal person with identical or similar objectives under the direction of the regulatory authority in charge.

The entity of social group legal persons are formed voluntarily by their members for the purpose of promoting public welfare or the common will of its members, and carrying out its activities in accordance with its statutes. As the connotation of social group legal person suggests, it covers a broad range of entities. Any non-profit-making association may constitute a social group. Based on the member compositions of social groups and their purpose, social group legal persons can be roughly categorized into four types: academic, industrial, professional and joint.³⁶

Academic social groups are formed mainly by scholars, scientific research workers and related scientific research institutions in order to promote purposes like academic prosperity and development, the popularization of science, the cultivation of talents, the application of science into economic and social development, or to safeguard the legitimate rights and interests of members of social groups, such as the China's Law Society, China's Tea Science Society.

Industry-based social groups mainly refer to the groups voluntarily formed by enterprises in the same industry as well as other economic organizations to implement industry services and self-regulation, such as China Association of

³⁵ An English version of China's Civil Code is available at https://english.www.gov.cn/archive/lawsregulations/202012/31/content_WS5fedad98c6d0f72576943005.html, 10. 6. 2023.

³⁶ *Civil Law* (ed. L. Wang), The Press of Renmin University of China, 2022, 83.

Automobile Manufacturers (CAAM) and China Construction Machinery Industry Association (CCMIA).

Professional social groups are established on the relevant field of professional knowledge to carry out activities, utilize the expertise of professionals and professional organizations for economic and social services, such as the Chinese Acrobats Association, the Chinese Musicians Association.

Joint associations include the legal organizations or individuals in the same or different fields that voluntarily form a consortium for the purpose of horizontal communication, such as the Alumni Association of Renmin University of China and the China Disabled Persons' Federation.

To establish a social group legal person, the members therein must enter into a social group's charter and meet the statutory conditions, such as a certain number of members, a standardized name and corresponding organizational structure, and a fixed residence, before they can apply for registration as a social group. For instance, Article 10(1)(a) of the *Regulations on the Registration and Administration of Social Groups* explicitly requires that social groups shall obtain a certain number of members before they can be registered, "having more than 50 individual members or more than 30 unit members; in the case of a mixed composition of individual members and unit members, the total number of members shall not be less than 50".

Moreover, according to Art. 3(1) of the Regulations, "the establishment of a social group shall be subject to the review and approval of the department in charge and shall be registered in accordance with the provisions of these Regulations". That is to say, when a social group acquires the ability to register as a legal person, it is mandatory to go through the application and approval process in accordance with pertinent laws and regulations.

In addition to the establishment through application and governmental approval by the department in charge, some social group legal persons can be established directly through specific legal provisions (e.g., Trade Union Law, the Law on the Protection of Women's Rights and Interests), government orders or special events. These social groups are established on a concessionary basis. And registration is not mandatory for its establishment so as to obtain its legal personality.

The governance of social group legal persons, according to Art. 91 of CCC, are based on their statutes and managerial institutions. First, there must be a charter. The charter is the embodiment of the common will of the members of the social group, and both the social group and its members shall carry out their activities

in accordance with the charter, and shall not carry out their activities beyond the scope of activities stipulated in the charter. Second, the authority of the legal person of the social organization is the general meeting of the members, or the general meeting of the members. Third, the executive body of the legal person is the board of directors, which is responsible to the general meeting and carries out the decisions of the general meeting.

The entity of donor-funded legal persons covers foundations or social service organizations that satisfy the conditions for a legal person and are incorporated with donated assets for charitable purposes exclusively. They obtain the status of legal persons on the very date when the registration thereof are completed in accordance with the law.

Donor-funded legal persons include at least three types of establishments in practice, foundations, social service organizations and religious sites. A foundation is a donor legal person that uses the assets donated by natural persons, legal persons or other organizations for the purpose of engaging in public welfare undertakings, such as the China Foundation for Poverty Alleviation and the China Foundation for the Prevention of Diseases and AIDS. Social service organizations mainly include non-profit private schools, private hospitals, private nursing homes and private museums, which were previously known as “private non-enterprise units”. Religious sites include Buddhist monasteries, Taoist temples, churches and mosques, and those that meet the requirements of a legal person can apply for the registration as a donor legal person.³⁷

For the purpose of incorporation, according to Art. 93 and Art. 94, in addition to establish articles of association, a donor-funded legal person shall have a decision-making organ, such as a council or a democratic governing body, as well as an executive organ. The person in charge of the decision-making organ such as the chairman shall serve as the legal representative in accordance with the articles of association. A supervisory organ such as a board of supervisors is also required.

Donors are entitled to inquire about the use and management of the donated assets, and give their opinions and recommendations, to which the donor-funded legal person shall reply with honesty in a timely manner. If the procedure of a decision made by the entity’s managerial bodies violate any law, regulation or the articles of association, or where the content of such decision violates the articles of association, a donor or any other interested party, donors or the authority in charge may claim before court to rescind such decision.

³⁷ D. Yang, *General Theory of Civil Law*, Peking University Press, 2022.

ANALYSIS OF THE LEGAL ENTITIES REGULATED
IN THE MACEDONIAN LEGAL SYSTEM AND THEIR POTENTIAL
TO SERVE AS SOCIAL ENTERPRISES

The legal form of a cooperative in Macedonian law³⁸ is regulated by the Law on Cooperatives (LCO). In Article 2(1), a cooperative is defined as “an association of natural and/or legal persons who voluntarily join together for the purpose of achieving economic, social, cultural, and other interests, jointly owned and democratically governed”. When it comes to the type of cooperative, Article 2(2) of the Law on Cooperatives stipulates that “according to the activity, the type of cooperative can be agricultural, housing, labor, craft, youth, construction, energy, and other types of cooperatives”. However, when comparing the objectives and types of cooperatives, it is noted that social objectives are included in the objectives section, but social cooperatives are not included in the types of cooperatives. In contrast to the Macedonian approach to cooperatives, in Article 10 of the Serbian Law on Cooperatives, social cooperatives are provided for as a type of cooperative, and in Article 11(8), (9), and (10), social cooperatives are defined, along with additional rules regarding social cooperatives.³⁹ Social cooperatives as a subtype of cooperatives are also included in Article 66 of the Croatian Law on Cooperatives.⁴⁰

Under Macedonian law, a cooperative acquires the status of a legal entity through registration in the Register of other legal entities in the Central Register of the Republic of North Macedonia.⁴¹

Article 5 of the Cooperative Law outlines its principles: voluntary membership, democratic control, responsibility, economic participation, independence, education, cooperation, and community care, aligning with social entrepreneurship goals. The law sets formal requirements, allowing a cooperative to have a minimum of five members with no maximum limit.⁴² Members are liable for their

³⁸ *Official Gazette of Republic of North Macedonia*, No. 101/23.

³⁹ According to Article 11(8) of the Law on Cooperatives (*Službeni glasnik RS*, No. 112/2015), Social Cooperatives perform various activities with the purpose of achieving social, economic, and labor inclusion, as well as meeting other related needs of members of vulnerable social groups or for the satisfaction of general interests within the local community. The same law, in Article 11(10), also provides a special rule regarding the distribution of profit specifically for these cooperatives, stating: “Social cooperatives are obligated to allocate at least half of the realized profit, i.e., the surplus income over expenditures, which they generate in pursuit of their designated social goals.

⁴⁰ *Zakon o zadrugama (pročišćeni tekst zakona)*, *Narodne novine*, No. 34/11, 125/13, 76/14, 114/18, 98/19.

⁴¹ Article 2 (3) of the LCO.

⁴² Articles 6 and 14 (1) of the LCO.

shares,⁴³ capped at 30%,⁴⁴ and share transfers involve offering them to members first.⁴⁵ The law promotes democratic decision-making, ensuring equal rights,⁴⁶ and profit distribution based on shares and operations, as determined by the cooperative's statute.⁴⁷

Many countries permit commercial companies to become social enterprises. In Macedonia, the Law on Companies⁴⁸ (LC) recognizes various company types: General partnership, Limited partnership, Limited liability company, Joint-stock company, and Limited partnership with shares.⁴⁹ Sole proprietorships are also recognized for commercial activities.⁵⁰ This is noteworthy since, for instance, in Serbia, a sole proprietor can acquire the status of a social enterprise.

Commercial companies, as defined in Article 19 of the LC, focus on profit generation. Article 27 outlines member liability: General partnerships and certain others are fully liable, while limited liability companies and others have limited personal liability, a crucial factor when choosing a trading company for social entrepreneurship.

Profit distribution methods can be customized in a company's articles of association, deviating from proportional division.⁵¹ Rules for ownership transfer and adding new members vary by company type, with general partnerships being the most stringent and joint-stock companies allowing more flexibility.⁵²

Apart from limited liability companies, which can have up to 50 members, there are no membership limits in other forms.⁵³ General partnerships, limited

⁴³ Article 13 (1) of the LCO.

⁴⁴ Article 24(3) of the LCO.

⁴⁵ Article 25(2) of the LCO.

⁴⁶ Article 27 of the LCO.

⁴⁷ Article 30 (1) of the LCO.

⁴⁸ *Official Gazette of the Republic of Macedonia*, No. 28/04, 84/05, 25/07, 87/08, 42/10, 48/10, 24/11, 166/12, 70/13, 119/13, 120/13, 187/13, 38/14, 41/14, 138/14, 88/15, 192/15, 6/16, 30/16, 61/16, 64/18, 120/18, and *Official Gazette of the Republic of North Macedonia*, No. 290/20, 215/21, 99/22.

⁴⁹ Article 29 od LC.

⁵⁰ Article 12 (1) of the LC.

⁵¹ See articles: 134 (for general partnerships), 160 (limited partnerships) and 185 (limited liability companies) of the LC.

⁵² The regulations are most stringent for general partnerships (Article 123 of the LC), followed by limited partnerships (Article 159 of the LC), and limited liability companies (Article 198 of the LC), while joint-stock companies allow for the free transfer of shares (Article 274 (2) of the LC).

⁵³ Article 167 (2) of the LC.

partnerships, and limited partnerships with shares have no minimum investment requirement, while limited liability companies⁵⁴ and joint-stock companies require a minimum founding contribution.⁵⁵

Macedonian law, as outlined in the Law on Citizens' Associations and Foundations (LCAF),⁵⁶ defines various organizational forms, including associations, foundations, unions, and foreign organizations.⁵⁷ It also mentions tax and customs relief, referring to other laws for specifics.⁵⁸ LCAF enforces a non-profit principle, prohibiting profit acquisition and mandating that any generated profit align with the organization's goals.⁵⁹ Funds cannot be disbursed to members, founders, officials, or related parties, except in specific cases.⁶⁰ Organizations can engage in profit-generating activities if they align with their goals but cannot distribute profits among members.⁶¹

Associations require at least five founders,⁶² with activities governed by their statute.⁶³ Foundations, on the other hand, can have a single founder⁶⁴ and follow a founding act and statute.⁶⁵ Funding sources for organizations include membership fees, contributions, donations, bequests, income-generating activities, and government budgets.⁶⁶

In summary, Macedonian law under LCAF provides a regulatory framework for non-profit organizations engaged in social entrepreneurship, emphasizing their non-profit nature while offering flexibility in activities and funding sources.

The LCAF in North Macedonia introduces two significant modalities relevant to social entrepreneurship: granting the status of an organization of public

⁵⁴ Articles 170 and 172-a of the LC.

⁵⁵ Article 273 of the LC.

⁵⁶ *Official Gazette of Republic of Macedonia* no. 52/10, 135/11, 55/16, and *Official Gazette of Republic of North Macedonia*, No. 239/22.

⁵⁷ Article 3(1)(1) of the LCAF.

⁵⁸ Article 7(2) of LCAF.

⁵⁹ Article 12 of LCAF. This distinction separates these organizational forms from those governed by the Law on Companies, whose primary aim is profit generation.

⁶⁰ Article 50(3) of the LCAF.

⁶¹ Article 12(2) of the LCAF.

⁶² Article 15 of the LCAF.

⁶³ Article 18(2)(3) and (7) of the LCAF.

⁶⁴ Article 28(1) of the LCAF.

⁶⁵ Article 29 of the LCAF and its statute (Article 31 of the LCAF).

⁶⁶ Article 48 of the LCAF.

interest and enabling the exercise of public powers. Organizations can achieve public interest status by engaging in public interest activities and collaborating with governmental bodies.⁶⁷ This status entails certain benefits, though further regulation is needed.⁶⁸ Article 90 of LCAF allows organizations to assume public authority roles through delegated competences, enhancing their involvement in public affairs. These modalities provide avenues for advancing societal goals and can be seen as forms of social entrepreneurship, offering opportunities for organizations to contribute to broader public objectives.

The Law on Youth Participation and Youth Policies⁶⁹ defines a youth organization as one registered under the LCAF. It must have a decision-making body composed of at least two-thirds of individuals aged 15 to 29, with goals and activities focused on advancing youth interests (Article 6). The Law also permits organizations for youth, which can register under the LCAF and need not be led by young people. This distinction sets them apart from youth organizations, although these organizations align their program goals and activities with youth advancement (Article 7). The Law lacks specific provisions for their services or social aspects, only referring to compliance with the LCAF.

When discussing social entrepreneurship in the Macedonian context, it is often associated with what are known as protective companies. These organizations employ disabled individuals and operate in accordance with the Law on Employment of Disabled Persons.⁷⁰ Article 9 (1) of this law states that “protective companies are established as commercial companies for the employment of disabled persons“. This clearly defines them as commercial companies that undergo a specialized accreditation process to attain the status of a protective company.

The Law outlines specific conditions that must be met for a commercial company to obtain the status of a protective company. The most significant condition, as specified in Article 9 (2), is that a protective company must employ a minimum of ten individuals on an indefinite basis, of which at least 40% must be disabled persons out of the total number of employees. It’s important to note that this is not a procedure for acquiring the status of a social enterprise since Macedonian law does not have such a procedure in place. Instead, it is an entirely separate process.

⁶⁷ Article 73 of LCAF. See articles 74 and 77 of LCAF too.

⁶⁸ Article 77 of the LCAF.

⁶⁹ *Official Gazette of Republic of North Macedonia*, No. 10/20.

⁷⁰ *Official Gazette of Republic of Macedonia*, no. 44/00, 16/04, 62/05, 113/05, 29/07, 88/08, 161/08, 99/09, 136/11, 129/15, 147/15, 27/16, 99/18, and *Official Gazette of Republic of North Macedonia*, No. 103/21.

This paper critically reviews a draft law on social entrepreneurship in Macedonia, a significant document despite its withdrawal.⁷¹ Article 5 of the draft introduced a “social enterprise” status for specific legal entities, avoiding the creation of a dedicated hybrid entity. Article 9 extended this status to diverse entities, from commercial companies to cooperatives, with alignment to their objectives. Regarding activities, Article 5 outlined a broad spectrum, encompassing both traditional social endeavors and purely commercial ventures within the national classification. The proposed procedure, detailed in Articles 14 and 15, required an application to the Ministry of Labor and Social Policy, followed by registration in the Central Register.

The draft law mandated that social enterprises allocate profits beyond expenses to social entrepreneurship, with exceptions allowing limited distribution among management and employees. A notable provision capped the salary ratio at 5:1, ensuring equitable compensation. Article 21 specified diverse uses for profits, emphasizing investments, job maintenance, education, community benefits, and more.

This comprehensive legal framework highlights the potential of social entrepreneurship in Macedonia and its significance in the broader context of social innovation.

CONCLUSION

Macedonia's path to formalizing social entrepreneurship has encountered delays, while practical initiatives show promise. Despite the absence of comprehensive legal regulations for social entrepreneurship, Macedonia has seen notable initiatives. In 2022, Skopje's Arno Association, with EU support, established a voluntary registry of 57 self-declared social enterprises due to the lack of formal legal procedures. These initiatives raise questions about the impact of the absence of a legal framework on Macedonia's social entrepreneurship progress and the potential benefits of such an instrument.

Across Europe, many nations embrace flexible models, allowing existing entities to attain social enterprise status. Meanwhile, the United States pioneers hybrid legal structures like L3C, SPC, and benefit corporations, bridging profit and purpose. Italy, France, and the UK lead with specialized legal forms prioritizing social impact. In Serbia, the “social entrepreneurship” status reflects a commitment

⁷¹ The Draft Law on Social Entrepreneurship is available on the Nacional legislation platform accessible at the link https://ener.gov.mk/Default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=28943, accessed on 2. 9. 2023.

to social cohesion. In Serbia, the “social entrepreneurship” status is granted to various entities based on specific conditions and profit distribution requirements, underscoring Serbia’s dedication to addressing social issues. These diverse global approaches underline the critical role of legal frameworks, empowering organizations to tackle social issues while fostering economic and community development. Legal structures adapt, enabling social entrepreneurship to thrive worldwide.

China’s legal framework for social entrepreneurship primarily centers around non-profit legal persons, encompassing social group and donor-funded legal entities governed by specific articles of the Civil Code. These entities are bound by their charters and adhere to governance structures outlined within, ensuring alignment with their intended charitable or non-profit missions. Additionally, specific legal provisions and government orders may enable the establishment of certain social group legal persons without mandatory registration. This nuanced legal landscape serves as a crucial backdrop for the diverse forms and activities of social entrepreneurship in China.

In conclusion, Macedonia’s legal system offers a diverse range of legal entities, including cooperatives, citizens’ associations, foundations, and more, creating a flexible landscape for potential social entrepreneurship. While social cooperatives are not explicitly defined, cooperative principles closely align with social entrepreneurship values, emphasizing democratic control and social responsibility. Commercial companies, geared towards profit generation, may require additional legal measures to promote social objectives effectively. However, statutory and contractual interventions can address profit distribution and decision-making aspects. Mandatory Company Law provisions could offer potential solutions. Macedonian legislation supports the non-profit nature of citizens’ associations and foundations, making them well-suited for social entrepreneurship activities that reinvest profits into their social missions. The distinction between youth organizations and organizations for youth in the Law on Youth Participation and Youth Policies allows for potential advancement of youth-related social objectives, although specific provisions are lacking. Protective companies, although not directly categorized as social enterprises, contribute to social inclusion by employing disabled individuals.

The withdrawn draft law on social entrepreneurship reflects Macedonia’s commitment to formalizing and recognizing social enterprises. It establishes a basis for future discussions and potential legislation in this field.

In light of the increasing prevalence of social entrepreneurship in Macedonia, there is an undeniable need for the drafting and adoption of the first Law on Social Entrepreneurship. This step would further underscore the country’s commitment to fostering social enterprises and their positive impact on society.

Prof. dr DARKO SPASEVSKI

Redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“
Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju

Dr BINGWAN XIONG

Vanredni profesor Univerziteta *Renmin* u Kini, Peking

UOBLIČAVANJE MAKEDONSKOG PRAVNOG OKVIRA
ZA SOCIJALNO PREDUZETNIŠTVO: BIRANJE NAJBOLJEG PRAVNOG
OBLIKA ZA SOCIJALNO PREDUZEĆE NA OSNOVU ISKUSTAVA
KINE, EVROPE I SAD

Rezime

U radu je sadržana uporedna analiza pravnih okvira za socijalno preduzetništvo, s fokusom na Evropu, Sjedinjene Američke Države, Kinu i Makedoniju. Autori ocenjuju različite pravne strukture za socijalna preduzeća, naglašavajući njihov uticaj na socijalne inicijative, fleksibilnost, inkluzivnost, i mehanizme podrške. Nadalje, ispituje se i razvoj merodavnog zakonodavstva, kao i najpodesniji oblik za socijalna preduzeća u Makedoniji, uz predstavljanje prakse razvijanja socijalnog preduzetništva u odsustvu formalnog pravnog okvira. Ova analiza ističe stožernu ulogu pravnog okvira za razvoj socijalnog preduzetništva i omogućava uvid u moguće pravne reforme u cilju njegovog unapređenja.

Ključne reči: socijalno preduzetništvo, pravni okviri, uporedna analiza

Bibliography

A Guide to Legal Forms for Social Enterprise, Department for Business innovation and Skills, 1677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf.

Cafaggi F., Iamiceli P., “New Frontiers in the Legal Structure and Legislation of Social Enterprises in Europe: A Comparative Analysis”, *EUI Working Papers, LAW*, No. 16, 2008, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1303407.

Civil Law (ed. Wang L.), The Press of Renmin University of China, 2022.

Commentary on the Civil Code of the People's Republic of China (Concise Edition) (eds Xu D., Zhang J.), People's University of China Press, 2022.

Fici A., “Models and Trends of Social Enterprise Regulation in the European Union”, *International Handbook of Social Enterprise Law - Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (eds Henry P., C. Vargas Vasserot, J. Alcalde Silva), Springer, 2023, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-14216-1>.

Haskell M. J., Hwang E. I., “Purpose with Profit: Governance, Enforcement, Capital-Raising and Capital-Locking in Low-Profit Limited Liability Companies” *University of Miami Law Review*, No. 1, Vol. 66, 2011, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1944141.

- Dokmanović M., Koevski G., Spasevski D., “Is Social Entrepreneurship Achievable in Macedonia? An Analysis of the Historical Background, Potentials, and Perspectives for Concept Development”, *Revija za socijalnu politiku*, No. 23, Zagreb, 2016.
- Ventura L., “The Social Enterprise Movement and the Birth of Hybrid Organisational Forms as Policy Response to the Growing Demand for Firm Altruism”, *International Handbook of Social Enterprise Law-Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies* (eds. Henry P., Vargas Vasserot C., Alcalde Silva J.), Springer, 2023, <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-14216-1>.
- Yang D., *General Theory of Civil Law*, Peking University Press, 2022.

ORIGINAL SCIENTIFIC PAPER

SANJA STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ

PRAVO NA DIGITALNU (NE)DOSTUPNOST U OBLASTI RADA – NOVO PRAVO SVOJSTVENO RADU U DIGITALNOM DOBU

Pravo na digitalnu (ne)dostupnost poslednjih godina sve češće jeste predmet akademskih rasprava, javnopolitičkih sporenja, ali i pravnih praznina u zakonodavstvima većine savremenih država. Osnovno pitanje jeste, da li je u pitanju novo, autonomno pravo svojstveno radu u digitalnom dobu ili samo dodatni mehanizam za ostvarivanje tradicionalnih radno-socijalnih prava, odnosno prava na odmor i razonodu, kao i prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu. Primenom pravnoteorijskog, aksiološkog, normativnog i uporednopravnog metoda, u radu se sagledavaju osnovni konceptualni elementi pojma digitalne nedostupnosti u oblasti rada, daje terminološko određenje u domaćim okvirima, i nastoji identifikovati idejni okvir, mesto, značaj i uloga dodatnih mehanizama za ostvarivanje fundamentalnih prava na radu i u vezi sa radom u okolnostima ubrzanog razvoja informacionih i komunikacionih tehnologija, a u svetlu promena u organizaciji procesa rada i, sledstveno, potrebe usklađivanja uslova rada sa ciljem ostvarivanja zaštitne funkcije u savremenom radnom pravu.

Ključne reči: pravo na digitalnu (ne)dostupnost, kultura stalne dostupnosti na radu, zdravlje i bezbednost na radu, pravo na odmor i razonodu

U V O D

U uslovima digitalne ekonomije i ekonomije zasnovane na znanju, gde pod uticajem informacionih i komunikacionih tehnologija, dolazi do promena u procesu

Dr Sanja Stojković Zlatanović, viši naučni saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu, e-mail: sanjazlatanovic1@gmail.com. Rad je napisan u okviru Programa istraživanja Instituta društvenih nauka za 2023. godinu, koji podržava Ministarstvo nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

i organizaciji rada, utvrđivanje implikacija takvih promena na rad i radni odnos, odnosno na osnovne uslove rada od posebnog je značaja. Rad u 21. veku suštinski, odnosno faktički se razlikuje od rada karakterističnog za prvu polovinu i tokom 20. veka, prvenstveno, vezano za fizički prostor a, posledično, i vremenski okvir obavljanja takvog rada. Nastanak i razvoj radnog zakonodavstva krajem 19. i početkom 20. veka vezuje se, inicijalno, za pitanja regulisanja statusa „fizičkog radnika“ čiji su radni zadaci bili precizno definisani, repetitivni, a rad strogo subordiniran dok se danas u uslovima neograničene digitalne povezanosti, sve veći broj poslova obavlja korišćenjem tzv. umnog rada, znanje postaje važan resurs, radnik prilično autonoman, a fizički prostor obavljanja takvog rada gubi na značaju. Nadalje, u ovakvim okolnostima, i vremenski okvir rada postaje fleksibilan, što, sa jedne strane, omogućava pojedincu upravljanje i samostalno razgraničenje profesionalnog od privatnog života, dok, sa druge, može voditi prekomernom radnom angažovanju, psiho-fizičkoj iscrpljenosti, stresu na radu odnosno pogoršanju sveukupnog mentalnog i fizičkog zdravlja, kao i ugrožavanju socijalnog blagostanja radnika. S tim u vezi, dolazi do povreda fundamentalnih prava na radu i u vezi sa radom, odnosno tradicionalnog prava na odmor i razonodu, odnosno prava na ograničeno radno vreme, i posledično, prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu. Osim toga, pod uticajem digitalne tehnologije i mobilnih uređaja, građansko pravo na privatnost i autonomiju, takođe, biva ugroženo, na način da sve navedeno zahteva utvrđivanje novih, odnosno dodatnih mehanizama zaštite. Ovde se, dalje, ukazuje i na pojavu i prihvatanje tzv. kulture stalne dostupnosti na radu (eng. *Always-on-culture*), kada pod uticajem digitalnih uređaja na kojima se, u većini slučajeva, rad zasniva, te oni često, predstavljaju i osnovno i jedino sredstvo rada, dolazi do usvajanja radne navike da se bude stalno dostupan, što se posle povezuje sa psihološkim odnosom pojedinca prema radu, odnosno sa unutrašnjom odgovornošću radnika da se odmah odgovori na zahtev nadređenog ili saradnika upućenog preko digitalnih uređaja, nevezano za utvrđeno radno vreme.¹ Stoga, poslednjih godina, a naročito nakon usvajanja Rezolucije Evropskog parlamenta sa preporukom Komisiji za definisanje konceptualnog okvira prava na digitalnu (ne)dostupnost na radu² (eng. *Right to disconnect*) januara 2021. godine, pitanja i izazovi sagledavanja, kao i utvrđivanja potrebe za redefinisanjem koncepta radnog

¹ Atmuth McDowall, Gail Kinman, „The new Nowhere Land? A research and practice agenda for the 'Always on Culture'“, *Journal of Organizational Effectiveness: People and Performance*, Position paper, September 2017, 2.

² Right to Disconnect. European Parliament Resolution of 21 January 2021 with Recommendations to the Commission on the Right to disconnect, *Official Journal of the European Union*, (2021/C 456/15).

vremena u digitalnom radnom okruženju postaju neizostavan predmet akademskih rasprava i stručnih debata u savremenom pravu.

U radu se primenom pravnoteorijskog i aksiološkog metoda u jednom razvojnom kontekstu, kao i metodom normativne i uporedne analize prava nastoje identifikovati osnovni elementi pojma „novog-starog“ prava na digitalnu (ne) dostupnost,³ kao i utvrditi smernice za njegovo terminološko određenje u domaćem pravu. Sve sa ciljem sagledavanja i analize pravne prirode ovoga prava, te definisanja konceptualnog okvira, a uzimajući u obzir savremene tendencije u politici i pravu Evropske unije. Osim toga, pregled uporednopravnih rešenja država koje su prepoznale i u zakonodavstvima definisale pravo na digitalnu (ne)dostupnost ima za cilj osvetljavanje uloge, mesta i značaja dodatnih mehanizama za ostvarivanje fundamentalnih prava na radu i u vezi sa radom u digitalno doba i, već sada uveliko započete, IV industrijske revolucije za koju se ističe da je dovela do velikih inovacija ali i uzrokovala transformaciju u svetu rada na način koji je opisan kao „najradikalnija promena na tržištu rada počev od I industrijske revolucije“⁴

POJAM I TERMINOLOŠKO ODREĐENJE

Informacione i komunikacione tehnologije koje su implicirale široku upotrebu digitalnih uređaja na mestima rada, istovremeno, kao sredstva rada, ali i kao načina upravljanja radom, uz organizacionu praksu koja je ustoličila kulturu stalne dostupnosti radnika zahtevale su odgovor kreatora javnih politika ali i zakonodavaca na sve češću pojavu ugrožavanja i povrede fundamentalnih radno-socijalnih prava. Pored javnopolitičkih i pravnih pitanja upotrebe digitalnih tehnologija na mestima rada, ne smeju se zanemariti i njihovi etički aspekti, gde, naime, neetička upotreba digitalnih tehnologija obično jeste preduslov za povredu prava radnika. Dakle, etika i kultura na radu u digitalno doba mora, pored ostalog, biti u fokusu zakonodavca, prilikom definisanja normativnog i institucionalnog okvira zaštite fundamentalnih prava u novom radnom okruženju. U literaturi se, kao najugroženija, ističu pravo na

³ U radu se koristi termin „pravo na digitalnu (ne)dostupnost“, kao prevod engleskog termina „*Right to disconnect*“, za razliku od termina „pravo na isključenje“, koji za isti pojam upotrebljavaju neki domaći autori poput Balnožan (v. Kristina Balnožan, „Prilagođavanje radnog prava digitalnom dobu pravo radnika na isključivanje“, *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović* (ur. Jovana Rajić Čalić), Beograd, 2023, 237–259), što će biti detaljno obrađeno u poglavlju koje sledi pod nazivom „Pojam i terminološko određenje“.

⁴ Facundo M. Chiuffo, The „right to disconnect“ or „how to pull the plug on work“. Paper presented at the 4th *Labour Law Research Network Conference* held at the Pontificia Universidad Católica de Valparaíso on 23–25, Jun, Chile: Valparaíso, 2. https://www.academia.edu/39778268/The_Right_to_Disconnect_or_How_to_Pull_the_Plug_on_Work_, 9. 8. 2023.

odmor i rasonodu, pravo na privatnost i privatni život, kao i pravo na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu.⁵ Kako bi se odgovorilo na izazove zaštite navedenih prava, a na inicijativu socijalnih partnera,⁶ pojedine države Evropske unije su inicirale, a zatim i normativno definisale pojam prava na digitalnu (ne)dostupnost, utvrdivši polazne elemente za dalje utvrđivanje konceptualnog okvira.

Shodno Rezoluciji Evropskog parlamenta o pravu na digitalnu (ne)dostupnost 2021/C 456/15, ono je definisano kao pravo radnika da ne koristi mobilne, odnosno digitalne uređaje, kao i da ne odgovara na zahteve poslodavca, direktno ili indirektno, nakon utvrđenog radnog vremena što, sa druge strane, ne sme uzrokovati negativne posledice po njegov radnopravni status, odnosno ne može biti razlog za diskriminaciju, manje povoljan tretman, otkaz ugovora o radu ili primenu neke druge disciplinske mere.⁷ Osim toga, važno je napomenuti da, prema Rezoluciji, pravo na digitalnu (ne)dostupnost smatra se, istovremeno, i novim fundamentalnim pravom svojstvenom digitalnom dobu ali i posebnim javnopolitičkim mehanizmom za ostvarivanje osnovnih prava na radu i u vezi sa radom. Ovo ukazuje na to da saglasnost na nivou Evropske unije nije doneta vezano za pravnu prirodu ovog prava, kvalifikujući ga i kao javnopolitički mehanizam, što ukazuje na njegovu pravno neobavezujuću prirodu ali i kao prava digitalnog doba, čime se implicira na svojevrsnu pravnu obaveznost. Međutim, nevezano za navedenu formulaciju, pravna obaveznost zavisice od načina uvođenja prava u pravni sistem, odnosno od prirode akta u kome je pravo, odnosno obaveza sadržana, tj. da li je u pitanju zakon, kolektivni ugovor o radu ili pak autonomni akt poslodavca unilateralnog karaktera koji je deo interne politike korporativne socijalne odgovornosti, poput kodeksa profesionalnog i etičkog postupanja ili druga interna pravila pravno neobavezujuće prirode usvojena na nivou poslodavca. Osim toga, ovde je još i od značaja to da li su predviđeni i mehanizmi primene, kao i nadzora nad primenom pravnih pravila, odnosno sankcije u slučaju njihovog nepoštovanja.

Država koja je prva, u svetu, zakonski ustanovila pravo na digitalnu (ne)dostupnost jeste Francuska, odredbama Zakonika o radu (eng. *Code du travail 2016-1088*) u okviru reforme radnog zakonodavstva i prilagođavanja savremenom radnom

⁵ Loïc Lerouge, Francisco Trujillo Pons, „Contribution to the study on the ‘right to disconnect’ from work. Are France and Spain examples for other countries and EU law?“, *European Labour Law Journal*, No. 3, Vol. 13, 2022, 451.

⁶ Tammy Katsabian, „It’s the end of working time as we know it: new challenges to the concept of working time in the digital reality“, *McGill Law Journal – Revue de droit de McGill*, No. 3, Vol. 65, 2020, 393.

⁷ Right to Disconnect. European Parliament Resolution of 21 January 2021 with Recommendations to the Commission on the Right to disconnect. *Official Journal of the European Union*, (2021/C 456/15), Article 1, Article 5.

okruženju. Zakon je stupio na snagu 1. januara 2017. godine, i predstavlja inicijativu za ustanovljavanje zabrane poslodavcima da kontaktiraju zaposlene putem digitalnih uređaja nakon radnog vremena, sa primarno definisanim ciljem zaštite prava na odmor i razonodu.⁸ Zakonska formulacija prava na digitalnu (ne)dostupnost je definisana na način koji glasi „priznaje se pravo zaposlenih na pregovore sa poslodavcem o vremenu koje će zaposleni koristiti za slanje i primanje dokumenata, telefonskih poziva, i mejlova nakon radnog vremena“ (čl. 55 Zakonika o radu 2016-1088).⁹ Međutim, iako je, na ovaj način, dato pravo identifikovano i zakonski priznato, Francuska je propustila da utvrdi sadržinu prava, odnosno da ga precizno definiše, ostavljajući da sadržinu i obim prava na digitalnu (ne)dostupnost, kao i modalitete ostvarivanja, te stepen zaštite utvrde socijalni partneri, autonomnim aktima, odnosno primarno kolektivnim ugovorima o radu. S tim u vezi, u odsustvu mogućnosti za njegovo zaključenje poslodavac može, uz saglasnost predstavnika radnika, doneti i druge interne akte kojim se ovo pravo bliže definiše, što se, u literaturi, navodi kao najveći nedostatak francuskog zakonodavstva, uz neutvrđivanje mehanizama zaštite prava.¹⁰

Međutim, razloge zakonski nepotpunog i pretežno autonomnog regulisanja, treba vezati sa sam istorijat nastanka ideje digitalne (ne)dostupnosti koja je inicirana u Francuskoj 2015. godine, izveštajem podnetim vladi pod nazivom „Digitalna transformacija i svet rada“, tzv. Metlingov izveštaj, kojim se utvrđuje uticaj digitalne transformacije na organizaciju rada, uslove rada i upravljanje radom.¹¹ Posebno je, u Izveštaju, ukazano na važnost sagledavanja implikacija digitalne transformacije na nastanak i razvoj profesionalnih bolesti, uz navođenje sindroma sagorevanja na radu ali i posebnog stanja nazvanog „sindrom propuštanja“ koji se manifestuje kao anksioznost, odnosno svojevrsni „opsesivni odnos“ prema digitalnim komunikacionim uređajima na mestima rada.¹² Nadalje, ovako definisan „opsesivni odnos“ stvara neophodnost „diskonekcije“ od radnih obaveza i digitalnih uređaja, a to je prema Izveštaju zajednička obaveza, odnosno odgovornost i radnika i poslodavca, gde radnik mora da razvije veštine i nauči kako da se uzdrži od stalne dostupnosti dok poslodavac mora da podrži ovo „pravo“ putem interne politike i prakse, kao i promenom kulture rada.¹³

⁸ Paul M. Secunda, „The Employee Right to Disconnect“, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Issue 1, Vol. 9, 2019, 27.

⁹ France: Controversial Labor Law Reform Adopted, <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2016-10-14/france-controversial-labor-law-reform-adopted/>, 15. 9. 2023.

¹⁰ L. Lerouge, F. Trujillo Pons, op. cit., 463.

¹¹ Jessica Fairbairn, *The Right to Disconnect: The Darker Side of Mis-Managed Flexible Working Arrangements*, Employment law conference, Paper 11.1, 2019, 4.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

Ovaj Izveštaj bio je osnov inicijative za donošenje posebnih normativnih odredbi, a u okviru spomenute reforme radnog zakonodavstva, kojim bi se, pod okriljem socijalnog dijaloga, utvrdila dužnost, odnosno obaveza nedostupnosti radnika nakon radnog vremena.

Ukoliko se sagleda idejna koncepcija digitalne nedostupnosti, gde je dostupnost nakon radnog vremena spontano nastala, često i voljom samih radnika, što je u istraživanju sprovedenom 2017. godine u određenoj meri i potvrđeno, tako što je 30% radnika odgovorilo da im digitalni uređaji i udaljeni pristup radu nakon radnog vremena daju osećaj bliskosti sa radnom organizacijom, 53% da im to daje mogućnost fleksibilnog odnosa prema radu dok je 37% odgovorilo da im je na taj način produktivnost bila veća,¹⁴ fleksibilnost u pristupu francuskog zakonodavca koji sadržinu prava na digitalnu (ne)dostupnost, kao i način zaštite i primene prepušta socijalnim partnerima, ne iznenađuje. Ovo, naročito, vredi kada se rešenje u francuskom pravu analizira iz ugla prava na privatnost i autonomiju, koje se definiše kao „pravo na izbor“, odnosno pravo pojedinca na slobodu izbora,¹⁵ te je u slučaju digitalne (ne)dostupnosti fokus na samom radniku koji ima moć odluke, da li će ili neće odgovoriti na mejl, tj. poziv nakon radnog vremena.

Stoga, pojedini autori predlažu da se za označavanje koncepta digitalne nedostupnosti koristi terminologija koja je mnogo fleksibilnija i odgovara prirodi savremenog radnog okruženja, te da se umesto engleskog izraza „*Right to disconnect*“ zakonodavac opredeli za termin „*Right to chosen connection*“¹⁶, što bi u prevodu na srpski jezik značilo „pravo na izabranu dostupnost“. S tim u vezi, u radu se koristi izraz – pravo na digitalnu (ne)dostupnost – odnosno prevod na srpski jezik, na način koji odgovara idejnoj koncepciji, poreklu, odnosno prirodi nastanka ideje zaštite tradicionalnih radno-socijalnih prava u vremenu IV industrijske revolucije i digitalnog radnog okruženja. Doslovan prevod engleskog termina *Right to disconnect* na srpski jezik, a koji je u upotrebi, te kao takav prihvaćen je na nivou Evropske unije u Rezoluciji Evropskog parlamenta, koji bi značio „pravo na isključenje“ nije u duhu srpskog jezika, te ne odražava objektivno značenje i smisao pojma, budući da ideja nije bukvalno isključenje digitalnih uređaja ili pak isključenje radnika sa rada, što u srpskom jeziku, može da ukazuje na, eventualnu, suspenziju ili pak isključenje radnika iz sindikata [*sic*] već sloboda izbora radno angažovanog

¹⁴ Luc Pansu, „Evaluation of 'Right to Disconnect' Legislation and Its Impact on Employee's Productivity“, *International Journal of Management and Applied Research*, No. 3, Vol. 5, 2018, 102.

¹⁵ Jaunius Gumbis, Vytaute Bacianskaite, Jurgita Randakeviciute, „Do Human Rights Guarantee Autonomy?“, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, No. 62/63, 2008, 78.

¹⁶ L. Pansu, op. cit., 99.

lica da bude, odnosno ne bude dostupan, kao i u kojoj meri, poslodavcu nakon radnog vremena (što bi bilo pitanje pregovora socijalnih partnera), a fokus je na tome, da taj izbor ne uzrokuje nepovoljne posledice po njegov radnopravni status ili primenu drugih mera odmazde od strane poslodavca.

Osim toga, na ovom mestu, valja ukazati i na još jednu terminološku varku u kontekstu prevoda na nacionalne jezike. Naime, u Poljskoj se engleski termin „*Right to disconnect*“ izjednačava sa engleskim terminom „*Right to be offline*“, što opet udaljava smisao pojma od faktičkog prevoda, jer biti *offline* (engleski termin koji je preuzet i prepoznat i u srpskom jeziku, kao anglicizam, te je u širokoj upotrebi) znači ne biti priključen na internet, dok engleski *disconnect* jeste širi pojam, te uključuje i nedostupnost preko mobilnih, odnosno digitalnih uređaja, npr. mobilnih telefona, tj. odgovora na poziv ili sms poruku.¹⁷ U predloženom prevodu „*Right to disconnect*“ na srpski jezik kao prava na digitalnu (ne)dostupnost, ovde se pod „digitalnim“ misli konkretno na digitalne uređaje, koji prema definiciji jesu „elektronski uređaji koji služe za slanje, primanje, sakupljanje, obradu, skladištenje informacija, kao i za komunikaciju, a uključuju ali nisu ograničeni, na računare, tablete, servere, mobilne i smart telefone, odnosno druge slične uređaje koji služe u navedene svrhe“.¹⁸ U prilog afirmaciji i prihvatu prevoda engleskog termina „*Right to disconnect*“ na srpski kao prava na digitalnu (ne)dostupnost, pored toga što ono održava pravi smisao koncepta nedostupnosti nakon radnog vremena, govori i nemački termin koji se upotrebljava za označavanje ovog koncepta „*Recht auf Nichterreichbarkeit*“,¹⁹ koji u doslovnom prevodu na srpski jezik znači pravo da se bude nedostupan, odnosno pravo na nedostupnost.

KONCEPTUALNI OKVIR PRAVA NA DIGITALNU (NE)DOSTUPNOST – POTREBA ZA NOVIM PRAVOM?

U pravnoj teoriji, zakonodavstvu i praksi ne postoji saglasnost vezana za pravnu prirodu tzv. digitalne nedostupnosti. Osnovno pitanje jeste da li je reč o novom, potpuno autonomnom pravu²⁰ digitalnog doba koje treba uključiti u korpus

¹⁷ Katarzyna Jaworska, „The Right to Disconnect“, *Studies on Labour Law and Social Policy*, No. 1, Vol. 29, 2022, 53.

¹⁸ Law Insider, Digital device definition, <https://www.lawinsider.com/dictionary/digital-device>, 17. 9. 2023.

¹⁹ Marta J. Glowacka, „Working 9 to 5 – Überholte Realität? Drei Möglichkeiten der Arbeitszeitflexibilisierung gemessen an der (jüngsten) EuGH-Rechtsprechung“, *Soziales Recht*, No. 5, Vol. 10, 2020, 187.

²⁰ Luminița Dima, Alex Högbäck, *Legislating a Right to Disconnect*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2020, 10.

osnovnih socijalno-ekonomskih prava ili je pak u pitanju samo dodatni mehanizam za implementaciju tradicionalnog prava na odmor i razonodu,²¹ što je pak posledica digitalnog radnog okruženja i kulture stalne dostupnosti. U vezi sa potonjim stanovištem, dakle, ukoliko se ono primeni, nameće se još jedno pitanje, a to je – koja je priroda tog dodatnog mehanizma, javnopolitička, odnosno organizaciono-korporativna ili radnopravna – što, dalje, implicira, da li se mere zaštite preduzimaju u okvirima menadžmenta ljudskih resursa radne organizacije ili pak u okvirima radnopravnih pravila koja se donose na nivou poslodavca, kao i na koji način izvršiti ovo razgraničenje.

Stanovište, koje u ovom trenutku dominira, u teoriji radnog prava, jeste da pravo na digitalnu (ne)dostupnost nije novo pravo, i da derivira, primarno, iz prava na odmor i razonodu.²² Tako, pojedini autori navode da „pravo“ ne digitalnu (ne) dostupnost jeste specifičan instrument za implementaciju tradicionalnog prava na odmor i razonodu, te da vrednosni osnov jeste prevencija fizičke, psihološke i socijalne degradacije zaposlenih, sa fokusom na intelektualnu iscrpljenost kao moguću posledicu, kao i nemogućnost ostvarivanja ravnoteže profesionalnog i porodičnog života,²³ dok drugi jasno ističu da nije reč o novom pravu već mehanizmu za ostvarivanje zaštitne funkcije radnog prava, kao grane prava, u savremenim uslovima razvoja informacionih i komunikacionih tehnologija koje su se ubrzano razvile u post-pandemijskom periodu.²⁴ U oba slučaja, pravo na digitalnu (ne)dostupnost smatra se, naime, dodatnim radnopravnim mehanizmom koji, u krajnjem, ima za cilj obezbeđenje zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u promenjenim okolnostima. Sa druge strane, pregledom literature i stanovišta autora, gde, evidentno, nije u dovoljnoj meri sagledana, odnosno analizirana pravna priroda, niti konceptualni okvir tzv. digitalne nedostupnosti, ima i autora koji, čini se, stidljivo i ne baš jasno, ističu da pravo na digitalnu (ne)dostupnost, suštinski, odnosno *de jure* derivira iz sistemske i holističke interpretacije, odnosno tumačenja određenih tradicionalnih radno-socijalnih prava, odnosno prava na odmor i razonodu, kao i prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, ali da mu se, iz razloga operativnosti, *de facto*, treba priznati svojevrsna autonomnost, kao posebnog prava, sve sa ciljem ostvarivanja

²¹ Pojedini autori poput *Molina Navarrete* jasno stoje na stanovištu da pravo na digitalnu nedostupnost derivira iz prava na odmor i razonodu ali se opet i ovde postavlja pitanje, da li ono derivira u obliku novog prava ili u obliku mehanizma za implementaciju postojećeg. *Cristóbal Molina Navarrete*, „Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso“, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, No. 138, 2017, 250.

²² K. Jaworska, op. cit., 53; L. Lerouge, F. Trujillo Pons, op. cit., 452.

²³ K. Jaworska, op. cit., 53.

²⁴ L. Lerouge, F. Trujillo Pons, op. cit., 452.

zaštite funkcije u okvirima radnog prava u digitalnom dobu, kako bi se, u krajnjem, obezbedila blagovremena primena tradicionalnih prava.²⁵

Potonje stanovište može se, pod određenim uslovima, i prihvatiti, s tim da no-motehnički pristup konceptu digitalne nedostupnosti treba prilagoditi pravnom sistemu, pravnoj tradiciji i nasleđu, kao i nivou i stepenu razvoja zakonodavstva, uz obavezno sagledavanje organizacije i prakse poslovanja, poslovne kulture, odnosno ekonomskog okruženja u svakoj državi posebno. Tako, uzimanjem u obzir ekonomskog okruženja, poslovne prakse, korporativne kulture, uz postignuti nivo ostvarivanja i zaštite tradicionalnih radno-socijalnih prava, u ovom slučaju, prava na odmor i razonodu, kao i prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu treba odrediti model koncepta digitalne nedostupnosti. Navedeno, zapravo, znači to, da li će se optirati za uvođenje novog, autonomnog prava na digitalnu (ne)dostupnost u nacionalno radno zakonodavstvo ili će se pak u okviru dela zakona posvećenog pravu na odmor i razonodu, odnosno pravu na ograničeno radno vreme utvrditi dodatni mehanizam za njihovo ostvarivanje, pa to predvideti kao obavezno za sve poslodavce, treba da zavisi od stanja osnovnih socijalno-ekonomskih prava u određenoj državi. Model francuskog zakonodavstva koji fokus prebacuje na socijalni dijalog i učesće socijalnih partnera dok zakonski priznaje postojanje posebnog prava na digitalnu (ne)dostupnost ali opet u funkciji implementacije prava na odmor i razonodu odgovara državama sa razvijenom kulturom i praksom socijalnog dijaloga i zaključivanja kolektivnih ugovora o radu, što, sa druge strane, u državama gde to nije slučaj, nije adekvatno i valjano rešenje. Pored toga, francusko pravo u odsustvu kolektivnog ugovora o radu, ustanovljava mogućnost uvođenja ovog prava putem drugih autonomnih izvora, poput kodeksa dobrog poslovnog ponašanja, odnosno kodeksa poslovne etike, s tim da ovde treba imati u vidu to da, iako se kao prednost kodeksa dobre prakse navodi fleksibilna priroda i prilagodljivost radnoj organizaciji, osnovna slabost jeste njihova pravna neobaveznost, izostanak socijalnog dijaloga, kao i odsustvo nadzora nad primenom.²⁶

PREGLED REŠENJA IZ PRAVA ODABRANIH DRŽAVA

Pored Francuske koja je prva od država članica Evropske unije koja je uvela pravo na digitalnu (ne)dostupnost u radno zakonodavstvo, Italija i Španija su, takođe, zakonskim odredbama prepoznale specifičnost regulisanja digitalne (ne) dostupnosti radno angažovanih lica nakon radnog vremena. Osim toga, i Belgija je

²⁵ F. M. Chiuffo, op. cit., 11.

²⁶ Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 391.

Zakonom o jačanju ekonomskog rasta i socijalne kohezije iz 2018. godine predvide-la pravo zaposlenih da pregovaraju o mogućnostima i modelu „diskonekcije”, kao i načinima upotrebe digitalnih komunikacionih sredstava, i to, alternativno, sa telima za zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, predstavnicima sindikata ili sa samim zaposlenima.²⁷ Međutim, za razliku od Francuske, Italije i Španije koje su izričito zakonom prepoznale pojam, odnosno institut prava na digitalnu (ne)dostupnost, belgijsko pravo ne identifikuje jasno niti uvodi terminološki – pravo na digitalnu (ne)dostupnost.²⁸ S tim u vezi, može se zaključiti da bi belgijsko rešenje bilo primer konceptijskog utvrđivanja digitalne nedostupnosti kao dodatnog mehanizma za ostvarivanje tradicionalnog ekonomsko-socijalnog prava, gde se, dalje, budući da se predviđa mogućnost pregovora sa telima za zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, isto, po prirodi stvari, vezuje za pravo na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu.

Kao što je u prethodnom poglavlju već rečeno, francuski koncept digitalne nedostupnosti zasniva se na zakonski priznatom posebnom pravu na digitalnu (ne)dostupnost ali se nedvosmisleno utvrđuje da je osnovni cilj osiguranje ostvarivanja prava na odmor i razonodu, kao i poštovanje privatnog i porodičnog života.²⁹ Sadržina prava i način ostvarivanja se prepušta socijalnim partnerima, i biće definisani kolektivnim ugovorom o radu ili, u njegovom odsustvu drugim autonomnim aktom, uz prethodno konsultovanje sa savetom zaposlenih ili predstavnicima radnika.³⁰ Osim toga, zakon, ukazuje i na obavezu sprovođenja obuka za zaposlene i upravu kako bi se podigla svest o značaju implementacije ovoga prava, uz ograničenje primene odredbi na poslodavce koji zapošljavaju više od 50 radnika.³¹ S tim u vezi, zakon nalaže da poslodavac informiše zaposlene o pravu na digitalnu (ne)dostupnost.³²

Slično rešenje predviđa i špansko zakonodavstvo, gde je Zakonom o zaštiti ličnih podataka i garantovanju digitalnih prava iz 2018. godine ustanovljeno pravo na digitalnu (ne)dostupnost kojim se, kao i u francuskom, obezbeđuje ostvarivanje prava na odmor i razonodu, kao i ravnoteža profesionalnog i privatnog života.³³ Način ostvarivanja i implementacija prava prepušta se socijalnim

²⁷ *Right to disconnect: Legal provisions and case examples*, EUROFOUND, 2020, 3.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ P. M. Secunda, op. cit., 28.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² Tyler Jochman, „Effects on Employees’ Compensation Under the Right to Disconnect”, *Marquette Benefits and Social Welfare Law Review*, Issue 2, Vol. 22, 2021, 221.

³³ *Right to disconnect: Legal provisions and case examples*, EUROFOUND, 2020, 3.

partnerima, odnosno treba da se uredi kolektivnim ugovorom kod poslodavca ili drugim autonomnim sporazumom između poslodavca i predstavnika radnika, uz ograničenje da se odredbe o pravu na digitalnu (ne)dostupnost primenjuju samo kod rada na daljinu, i vezano za upotrebu mobilnih, odnosno digitalnih uređaja.³⁴ Dakle, kao i u francuskom, sadržina i način ostvarivanja jesu predmet socijalnog dijaloga, cilj je ostvarivanje prava na odmor i razonodu, s tim da je u španskom zakonodavstvu ograničenje vezano za formu radnog angažovanja, te se ne odnosi na veličinu kompanije, dok se odredbe primenjuju na zaposlene i u privatnom i u javnom sektoru. Sistematičnost nomotehničkog pristupa regulisanju španskog zakonodavca, može se reći, da nije obezbeđena, budući da se ovo pravo normira Zakonom o zaštiti ličnih podataka i drugih digitalnih prava, a ne Zakonom o radu, dok se kao cilj navodi ostvarivanje prava na odmor i razonodu, što je u određenoj meri nelogično.

U Italiji je, približno u istom periodu kada i u Francuskoj, 2016. godine, podneta inicijativa za uvođenje posebnog prava na digitalnu (ne)dostupnost, da bi u junu 2017. godine odredbe bile uključene u Zakon o tzv. pametnom radu. Osnovna razlika u odnosu na francusko pravo jeste ta da se ono primenjuje samo kod rada na daljinu tzv. pametnog rada, koji je definisan kao bilo koja forma radnog angažovanja gde nije precizno definisano mesto i vreme obavljanja radnih zadataka, uključujući i tzv. hibridne oblike rada.³⁵ Naime, poslodavac i zaposleni u obavezi su da, u pisanoj formi, definišu uslove obavljanja takvog rada, odnosno obaveze zaposlenog koje se obavljaju van poslovnih prostorija poslodavca, zatim način i modalitet upotrebe kompjutera i drugih digitalnih uređaja, kao i tehničke i organizacione mere za osiguranje poštovanja prava na odmor, uključujući i prava na digitalnu (ne)dostupnost, odnosno periode kada poslodavac ne može kontaktirati zaposlenog.³⁶ To što se da primetiti jeste da, italijansko pravo, za razliku od francuskog i španskog, ne adresira pitanja socijalnog dijaloga, odnosno utvrđuje obavezno uključenje navedenih odredbi u individualne ugovore o radu u slučajevima rada na daljinu, prebacujući ih na nivo individualnog radnog prava.

Na ovom mestu, valja se osvrnuti i na nemačko zakonodavstvo, koje posebno ne reguliše rad putem digitalnih uređaja nakon radnog vremena, niti normativno identifikuje pravo na digitalnu (ne)dostupnost, s tim da model koncepta digitalne nedostupnosti nije nepoznat u praksi nemačkih kompanija. Tako, kompanije poput *Volkswagen*, *BMW* i *Puma* u okvirima politike korporativne socijalne

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ L. Dima, A. Högback, op. cit. 7.

³⁶ J. Fairbain, op. cit., 8.

odgovornosti, uvele su mehanizme ograničenja kontaktiranja zaposlenih od strane menadžera i uprave nakon radnog vremena putem posebnih softvera.³⁷ Na javnopolitičkom nivou, pravno neobavezujućim aktima, još 2016. godine Ministarstvo rada je donelo Belu knjigu o radu u vreme IV industrijske revolucije, sa smernicama koje su upućene poslodavcima, odnosno kompanijama sa ciljem pozivanja na socijalni dijalog i usklađivanje interesa poslodavaca i zaposlenih u vezi sa organizacijom radnog vremena, radi umanjenja rizika i zaštite zdravlja i bezbednosti na radu.³⁸

Na primerima država Evropske unije koje su među prvima identifikovale i uvele pravo na digitalnu (ne)dostupnost u pravni sistem, ne samo pravna teorija već i zakonodavstvo potvrđuju da nije u pitanju novo, autonomno pravo, već da se iz razloga funkcionalnosti i operabilnosti priznaje svojevrsna „autonomnost“ radnopravnom mehanizmu tzv. digitalne nedostupnosti u oblasti rada sa ciljem ostvarivanja osnovnih prava na radu i u vezi sa radom, tj. prava na odmor i razonodu, kao i prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu. Uvidom u navedene primere odabranih država, jedino se špansko rešenje, u određenoj meri, nomotehnički razlikuje, gde se pravo na digitalnu nedostupnost veže za Zakon o zaštiti podataka o ličnosti i drugim digitalnim pravima, što u svetlu akademskih debata o nastanku nove pravne discipline „Digitalnog prava“ i argumentacije njegovog zagovaranja ima određeni smisao. Naime, poslednjih desetak godina tzv. Digitalno pravo se pominje sve češće kao posebna pravna disciplina u nastanku, odnosno kao posebna regulatorna oblast koja se izdvojila iz pravnih disciplina Prava intelektualne svojine, kao i Prava zaštite podataka o ličnosti.³⁹ Sa druge strane, u okvirima politike i prava Evropske unije ističe se potreba regulisanja odnosa u kontekstu digitalne ekonomije, a na osnovama ideje nastanka i razvoja pravnih disciplina Prava potrošača i Prava konkurencije, gde bi se, po istom principu, sada utvrdila posebna subdisciplina, ili specijalistička grana tzv. Digitalnog prava.⁴⁰ Naime, u slučaju priznanja nove pravne discipline koja bi regulisala upotrebu digitalne tehnologije, tj. kako statusnih, tako i pitanja (ugovornih) odnosa koji se po bilo kom osnovu vežu za digitalne uređaje, pitanje klasifikacije „prava“ na digitalnu (ne)dostupnost bilo bi granično za oblast tradicionalnog radnog i savremenog, tj. novog digitalnog prava.

³⁷ Klaus Müller, *The right to disconnect*, European Parliamentary Research Service (EPRS) Briefing, 2020, 4.

³⁸ *Right to disconnect: Legal provisions and case examples*, EUROFOUND, 2020, 6.

³⁹ Eva Kocher, „Market Organization by Digital Work Platforms – At the Interface of Labor Law and Digital Law“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming, 5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3726567, 10. 4. 2023.

⁴⁰ *Ibidem*.

ZAKLJUČAK

U svetlu akademskih debata o budućnosti radnog prava, kao grane prava, u vremenu značajnih promena u procesu i organizaciji rada, nastalih kao posledica digitalizacije i automatizacije procesa rada, određene odgovore vezane za redefinisane tradicionalnih radnopravnih instituta neophodno je dati. Argumentacija *pro et contra* uvek je pratila tranzicione periode i u domenu postavljanja temelja normativnih i institucionalnih rešenja u kontekstu promena ekonomsko-socijalnih sistema. Francuska je bila prva država koja je dala pravni okvir i pojmovno definisala tzv. pravo na digitalnu (ne)dostupnost u oblasti rada, nakon čega je takva regulatorna praksa preuzeta i od strane drugih država Evropske unije, Španije i Italije, uz identifikaciju koncepta digitalne nedostupnosti ali bez opredeljenja za autonomnost prava u Belgiji i Nemačkoj.

Rad je imao za cilj teorijsko sagledavanje i konceptualno određenje tzv. digitalne nedostupnosti, analizom zakonodavnih rešenja država Evropske unije koje su je među prvima priznale i pretočile u pravna pravila. Na ovom mestu valja naglasiti da određene modele digitalne nedostupnosti prepoznaju i zakonodavstva anglosaksonskog pravnog sistema (Kanada i pojedine federalne države Sjedinjenih Američkih Država), s tim da je predmet rada bio ograničen na države evropskokontinentalnog pravnog sistema, kako bi se ukazalo na samu ideju nastanka i razvoja dodatnih radnopravnih mehanizama zaštite tradicionalnih radno-socijalnih prava u doba digitalizacije, tj. prava na odmor i rasonodu, kao i prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu. Ovo, naročito, u kontekstu neophodnosti izmena i dopuna *de lege ferenda* domaćeg radnog zakonodavstva, zbog čega je i posebno poglavlje teksta članka bilo posvećeno adresiranju terminoloških pitanja, odnosno terminološkom određenju pojma prava na digitalnu nedostupnost u nacionalnim okvirima.

Dr. SANJA STOJKOVIĆ ZLATANOVIĆ
Senior Research Associate, Institute of Social Sciences
Belgrade

RIGHT TO DISCONNECT – A NEW, EMERGING RIGHT IN THE DIGITAL ERA?

Summary

In recent years, the right to disconnect has become the subject of academic debates, and public policy negotiation, but also the issue of a significant legal inconsistency in legislation and practice of various states that introduced this right. The question that needs to be posed is whether it is a new, autonomous right of the digital age or just an additional mechanism for enforcement of the traditional

labour and social rights, i.e. the right to rest and leisure, as well as the right to health and safety at work. By applying the legal theoretical, axiological, normative, and comparative methods, the aim has been to examine the basic elements of the concept of digital disconnection in the field of labour, giving a terminological definition in the terms of Serbian legislation, and to identify the conceptual framework, place, significance and role of additional mechanisms for realization of fundamental labour rights in the era of digitalization. The right to disconnect has been considered as an additional „follow-up“ mechanism in order to fulfill the protective function of Labour law as a legal discipline in a changed world of work.

Key words: right to disconnect, terminology, conceptual framework, comparative law, the right to rest and leisure

Literatura

- Balnožan K., „Prilagodavanje radnog prava digitalnom dobu pravo radnika na isključivajnje“, *Uporednopravni izazovi u savremenom pravu – in memoriam dr Stefan Andonović* (ur. Jovana Rajić Čalić), Beograd, 2023.
- Chiuffo F. M., „The ‘right to disconnect’ or ‘how to pull the plug on work’“, Paper presented at the 4th *Labour Law Research Network Conference* held at the Pontificia Universidad Católica de Valparaíso on 23–25 Jun, Chile: Valparaíso, 2. https://www.academia.edu/39778268/The_Right_to_Disconnect_or_How_to_Pull_the_Plug_on_Work_.
- Dima L., Högbäck A., *Legislating a Right to Disconnect*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2020, 10.
- Fairbairn J., *The Right to Disconnect: The Darker Side of Mis-Managed Flexible Working Arrangements*, Employment law conference, Paper 11.1, 2019.
- Glowacka M. J., „Working 9 to 5 – Überholte Realität? Drei Möglichkeiten der Arbeitszeitflexibilisierung gemessen an der (jüngsten) EuGH-Rechtsprechung“, *Soziales Recht*, No. 5, Vol. 10, 2020.
- Gumbis J., Bacianskaite V., Randakeviciute J., „Do Human Rights Guarantee Autonomy?“, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 62/63, 2008.
- Jawsorska K., „The Right to Disconnect“, *Studies on Labour Law and Social Policy*, No. 1, Vol. 29, 2022.
- Jochman T., „Effects on Employees’ Compensation Under the Right to Disconnect“, *Marquette Benefits and Social Welfare Law Review*, Issue 2, Vol. 22, 2021.
- Katsabian T., „It’s the end of working time as we know it: new challenges to the concept of working time in the digital reality“, *McGill Law Journal – Revue de droit de McGill*, Vol. 65:3, 2020.
- Kocher E., „Market Organization by Digital Work Platforms – At the Interface of Labor Law and Digital Law“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Forthcoming, 5. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3726567.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

- Lerouge L., Trujillo Pons F., „Contribution to the study on the 'right to disconnect' from work. Are France and Spain examples for other countries and EU law?“ *European Labour Law Journal*, No. 3, Vol. 13, 2022.
- McDowall A., Kinman G., „The new Nowhere Land? A research and practice agenda for the 'Always on Culture'“, *Journal of Organizational Effectiveness: People and Performance*, Position paper, September 2017.
- Molina Navarrete C., „Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: 'desconexión digital', garantía del derecho al descanso“, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, No. 138, 2017.
- Müller K., *The right to disconnect*, European Parliamentary Research Service (EPRS) Briefing, 2020, 4.
- Pansu L., „Evaluation of 'Right to Disconnect' Legislation and Its Impact on Employee's Productivity“, *International Journal of Management and Applied Research*, No. 3, Vol. 5, 2018.
- Secunda P. M., „The Employee Right to Disconnect“, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Issue 1, Vol. 9, 2019.

ORIGINALAN NAUČNI RAD

FILIP BOJIĆ

USKLAĐENOST NOVOG ZAKONA O BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJU NA RADU SA KONVENCIJAMA MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA BR. 155 I 187

Autor u radu ocenjuje usklađenost novousvojenog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu Republike Srbije sa standardima Međunarodne organizacije rada, prvenstveno sa Konvencijom br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini i Konvencijom br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu. U pitanju su konvencije koje su 2022. godine, na osnovu Rezolucije Opšte konferencije rada, uvrštene u red fundamentalnih konvencija ove organizacije. Takođe su u radu izdvojene i analizirane odredbe novog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu kojima se uređuju pitanja, koja nisu ranije bila regulisana našim nacionalnim propisima, a koja u dobroj meri doprinose daljem usklađivanju domaćeg zakonodavstva sa međunarodnim i regionalnim standardima. Autor iznosi zaključke na osnovu sprovedene analize, ukazujući pre svega na to da i, pored toga što je naše zakonodavstvo u dobroj meri usklađeno sa analiziranim konvencijama Međunarodne organizacije rada, glavni problem i dalje predstavlja primena propisa u praksi, kao i neodgovarajući inspekcijski nadzor nad poslodavcima, koji su obavezni da sprovode mere zaštite zdravlja i bezbednosti na radu.

Ključne reči: zaštita zdravlja i bezbednost na radu, Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, Međunarodna organizacija rada, Konvencija br. 155, Konvencija br. 187

U V O D

Međunarodna organizacija rada od svog osnivanja, 1919. godine, posebnu pažnju posvećuje oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti zaposlenih na radu.

Dr Filip Bojić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, e-mail: filip.bojic@ius.bg.ac.rs.

Najveći broj konvencija i preporuka ove organizacije uređuje ovu oblast, a od prošle godine, dve konvencije, Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini i Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, na osnovu Rezolucije usvojene na 110. zasedanju Opšte konferencije rada, uvrštene su u red fundamentalnih konvencija ove organizacije.¹ Time je potvrđen značaj prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, kao jednog od najosnovnijih individualnih prava zaposlenih. Svrstavanjem prava na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu u fundamentalna radna prava koja su izdvojena Deklaracijom MOR-a o osnovnim principima i pravima na radu iz 1998. godine, ovo pravo uvršteno je u petu kategoriju osnovnih principa na kojima počiva delovanje Međunarodne organizacije rada, te će time države članice biti obavezne da implementiraju načela sadržana u ove dve konvencije, bez obzira na to da li su prethodno izvršile njihovu ratifikaciju.² Gotovo u isto vreme nastavljen je i rad na pripremi novog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu Republike Srbije, koji je Narodna skupština usvojila krajem aprila ove godine, te se postavlja pitanje u kojoj meri je novi propis usklađen sa najznačajnijim standardima Međunarodne organizacije rada kojima se uređuje ova krucijalna oblast za radno pravo. Stoga će istraživanje biti usmereno na ocenu usklađenosti novousvojenog Zakona sa konvencijama Međunarodne organizacije rada. Na samom početku rada, ukratko će biti opisana delatnost MOR-a u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, dok će u drugom delu rada biti analizirane najvažnije odredbe konvencija br. 155 i br. 187. Valja imati u vidu da je Republika Srbija ratifikovala obe ove konvencije, te da one čine sastavni deo našeg pravnog sistema. Konačno, centralni deo rada biće usmeren na kratku analizu najvažnijih odredaba novog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, sa naglaskom na novine u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, dok će sam zaključak biti posvećen oceni usklađenosti ovog propisa sa pomenutim standardima Međunarodne organizacije rada.

¹ The Fundamental Conventions on Occupational Safety and Health An overview of the Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155) and the Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No. 187), International labour organization, 2023, 1.

² The Fundamental Conventions on Occupational Safety and Health An overview of the Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155) and the Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No. 187), International labour organization, 2023, 1; Breen Creighton, „The Future of Labour Law: Is there a Role for International Labour Standards?“, *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Bob Hepple QC* (ur. Catherine Barnard, Simon Deakin, Gillian S Morris), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004, 267.

DELATNOST MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA U OBLASTI
ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU

Kao što je prethodno navedeno, Međunarodna organizacija rada od svog osnivanja, posebnu pažnju posvećuje oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu. Kako to profesor Šunderić navodi „razvoj međunarodnog radnog prava usko je povezan za zaštitom čoveka na radu i u vezi sa radom, a obezbeđenje zaštite radnika protiv opštih i profesionalnih bolesti i nesreća pri radu je jedan od ustavnih ciljeva čijem ostvarenju Međunarodna organizacija rada treba da teži“.³ Već na prvom zasjedanju, 1919. godine, Opšta konferencija rada usvojila je četiri preporuke, koje su se odnosile na higijenu rada, da bi dve godine kasnije bile usvojene tri konvencije kojima je regulisana zaštita na radu u različitim privrednim granama.⁴ I u narednim godinama, usvajane su konvencije i preporuke najraznovrsnije sadržine, da bi u prvih pedeset godina rada ove organizacije bile usvojene ukupno 54 konvencije i 52 preporuke, koje za predmet imaju upravo zaštitu zdravlja i bezbednost na radu.⁵ Pojedini autori su stava da kada je u pitanju zaštita na radu, normativna delatnost MOR-a se usmerava na tri područja delovanja, područje tehničke zaštite, područje higijensko-zdravstvene zaštite i područje socijalne zaštite.⁶ Međutim, primećuje se da je sve do usvajanja Konvencije br. 155. oblast zaštite na radu bila usmerena prevashodno na regulisanje zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u pojedinim privrednim granama, kao što su poljoprivreda, industrija, građevinarstvo, ili pak na regulisanje zaštite od pojedinih štetnih materija koje se koriste u procesu rada.⁷

³ Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet, Beograd, 2001, 336.

⁴ *Ibidem*; Prema profesoru Pešiću „higijena na radu je bila problem kojim se Konferencija počela prvo baviti“. Ratko Pešić, *Međunarodna organizacija rada, poreklo–struktura–delatnost*, Novi Sad, 1969, 142.

⁵ Nav. prema: Branko Lubarda, *Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 378.

⁶ B. Šunderić, op. cit., 339.

⁷ Od 1919. godine, pa sve do 1981. godine usvojen je veliki broj konvencija Međunarodne organizacije rada kojima se reguliše oblast zaštite zdravlja i bezbednosti na mestima rada. Navešćemo samo one koje je ratifikovala Republika Srbija: Konvencija br. 13 o upotrebi olovnog belila u bojadisanju (1921), Konvencija br. 27 o naznačavanju težine na velikim koletima koja se prenose lađom (1929), Konvencija br. 32. o zaštiti od nesreća na poslu radnika zaposlenih na utovaru i istovaru brodova (1932), Konvencija br. 92 o smeštaju posade na pomorskom brodu (1949), Konvencija br. 119 o zaštiti mašina (1963), Konvencija br. 126 o smeštaju na ribarskim brodovima (1966), Konvencija br. 136 o zaštiti od opasnosti trovanja benzinom (1971), Konvencija br. 139 o profesionalnom raku (1974), Konvencija br. 148 o zaštiti radnika od profesionalnih rizika u radnoj sredini prouzrokovanih

Upravo se navedenom konvencijom usvajaju jedinstveni opšti standardi, kojima se na jedan uopšten i sveobuhvatan način reguliše oblast zaštite zdravlja i bezbednosti na radu kod svih poslodavaca, a bez obzira na delatnost koju obavljaju. Slično Konvenciji br. 155, i Konvencija br. 187 promoviše utvrđivanje nacionalnih politika i nacionalnih programa, kojima bi se na nivou države članice, koja izvrši ratifikaciju Konvencije, uredila oblast zaštite zdravlja i bezbednosti na radu na odgovarajući način, a sve u cilju zaštite zaposlenih kao slabije strane u radnom odnosu, odnosno njihovog fizičkog i psihičkog zdravlja na mestima rada.

KONVENCIJA BR. 155 O ZAŠTITI NA RADU, ZDRAVSTVENOJ ZAŠTITI I RADNOJ SREDINI

Opšta konferencija rada usvojila je 1981. godine Konvenciju br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini. Ovu konvenciju je u poslednjih nešto više od 40 godina ratifikovalo ukupno 78 država članica, među njima i Republika Srbija.⁸ Predviđeno je da se ova konvencija primenjuje na sve grane privredne delatnosti, uz mogućnost da država članica, koja se odluči za ratifikaciju konvencije, uz konsultacije sa zainteresovanim organizacijama poslodavaca i radnika, a u skladu sa institutom klauzula fleksibilnosti, isključi iz primene, delimično ili u celini određene grane privredne delatnosti, kao što su pomorska plovidba ili ribarenje.⁹ Država članica koja se opredeli za ovu mogućnost imaće obavezu da u prvom izveštaju o primeni konvencije, navede sve grane, uz obrazloženje tih isključenja i opis mera koje će se preduzeti da se obezbedi odgovarajuća zaštita radnika u isključenim granama.¹⁰ Takođe, primena konvencije je usmerena na sve radnike, bez obzira na privrednu delatnost u okviru koje obavljaju poslove za poslodavca, uz mogućnost, da se kao i u prethodnom slučaju u najranijoj fazi, a u konsultaciji

zagađenjem vazduha, bukom i vibracijom (1977). Nakon Konvencije br. 155, usvojene su, a zatim i ratifikovane od strane Republike Srbije i Konvencija br. 161 o službama zaštite zdravlja na radu – službama medicine rada (1985), Konvencija br. 162 o azbestu (1986), Konvencija br. 167 o bezbednosti i zdravlju u građevinarstvu (1988) i Konvencija br. 184 o bezbednosti i zdravlju u poljoprivredi (2001). Spisak konvencija je većinom preuzet iz: Aleksandar Petrović, *Međunarodni standardi rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2009, 387–392.

⁸ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312300

⁹ Jean-Michel Servais, *International Employment and Labour Law*, Kluwer Law International, 2011, 210.

¹⁰ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/87, čl. 1.

sa organizacijama radnika i poslodavaca, iz primene, delimično ili u celini, isključe određene kategorije radnika.¹¹ Najčešće su to radnici na koje se primenjuju posebne mere zaštite na radu, a zbog prirode poslova koje obavljaju.

Valja imati u vidu da se Konvencijom snažno promoviše koncept prevencije, te se navodi da svaka država članica treba, „u konsultacijama sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i zaposlenih, da formuliše, sprovodi i periodično revidira jedinstvenu nacionalnu politiku o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, a sve u cilju sprečavanja nesreća na radu, profesionalnih bolesti i ostalih povreda na radu koje su posledice rada ili koje su povezane sa radom ili se dešavaju u toku rada, svodeći na najmanju moguću meru, a koliko je to god izvodljivo, uzroke opasnosti u radnoj sredini u kojoj se poslovi obavljaju“.¹² Koncept prevencije je koncept koji se poslednjih decenija posebno promoviše u međunarodnim i regionalnim okvirima, a kada je u pitanju obezbeđivanje bezbednih uslova na mestima rada. Kako profesor Lubarda navodi „prevencija se ogleda najpre u nastojanju da se izbegnu ili eliminišu rizici, a ako se određeni rizici ne mogu izbeći, prevencija pretpostavlja procenu ozbiljnosti ovih rizika“.¹³ Da bi ovaj koncept mogao uspešno da se promoviše u praksi, neophodno je da se u njegovu implementaciju, pored predstavnika države, uključe i drugi subjekti, pre svega, predstavnici zaposlenih i predstavnici poslodavaca. Sledstveno tome, Konvencijom se utvrđuje da je u cilju promovisanja koncepta prevencije, odnosno formulisanja principa nacionalne politike, neophodno ustanoviti odnose i odgovornosti javnih organa vlasti, poslodavaca, radnika, kao i lica zainteresovanih za zaštitu na radu, vodeći posebno računa i o komplementarnom karakteru tih odgovornosti i nacionalnim uslovima i praksi.¹⁴ Takođe je važno pratiti stanje u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u odgovarajućim intervalima, a kako bi se uočili najkрупniji problemi, a zatim i razvili efikasni metodi za njihovo rešavanje, utvrdili prioritete za dalje akcije i ocenili rezultati.¹⁵

Neki od zadataka za države članice koji se navode u Konvenciji br. 155, a sve u cilju sprovođenja koncepta prevencije, između ostalog jesu i utvrđivanje i primena postupka za prijavljivanje nesreća na radu i profesionalnih oboljenja od strane poslodavca, kao i izrada godišnjih statistika o nesrećama na radu i profesionalnim oboljenjima; objavljivanje svake godine informacija o merama koje su preduzete i o nesrećama na radu, profesionalnim bolestima i svim drugim povredama do kojih dođe u toku rada

¹¹ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 2.

¹² Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 4.

¹³ B. Lubarda, op. cit., 370.

¹⁴ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 6.

¹⁵ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 7.

ili u vezi sa radom; određivanje supstanci i agenasa čija upotreba mora da bude zabranjena, ograničena ili uslovljena odobrenjem, odnosno kontrolom nadležnih organa.¹⁶

Posebna pažnja u Konvenciji pridaje se inspeksijskom nadzoru, te se predviđa da za primenu zakona i propisa o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu treba obezbediti odgovarajući sistem inspekcije, a da takođe u okviru sistema kontrole treba predvideti i adekvatne kazne za kršenje zakona i drugih propisa.¹⁷ Međutim, kako se ne bi sve svodilo na kaznenu politiku prema poslodavcima koji ne izvršavaju svoje obaveze u pogledu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, tvorci Konvencije predlažu i preduzimanje mera za usmeravanje poslodavaca i radnika, a kako bi im se pomoglo u ispunjavanju zakonskih obaveza.¹⁸

Konvencijom je utvrđeno i važno pravilo koje se odnosi na zaštitu radnika, te se predviđa „da radnik koji napusti mesto rada, a kad ima opravdan razlog da veruje da postoji neposredna i ozbiljna opasnost za njegov život, odnosno zdravlje treba da bude zaštićen od bilo kakvih neopravdanih posledica u skladu sa nacionalnim uslovima i praksom“.¹⁹ Ova odredba implementirana je i u novousvojeni Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, ali i u ranije domaće propise, kojima se uređivala oblast zaštite zdravlja i bezbednosti na radu. Takođe se dosta prostora posvećuje i obuci zaposlenih, te se predviđa da je potrebno preduzeti mere, na način koji odgovara nacionalnim uslovima i praksi, a kako bi se što više podsticalo i uključivalo pitanje zaštite na radu na svim nivoima obrazovanja i obuke, uključujući i više tehničko, medicinsko i stručno obrazovanje, a tako da se zadovolje potrebe svih radnika za obukom.²⁰

Konačno, a možda i najbitnije za primenu ove konvencije u praksi jeste to što se utvrđuju i konkretne mere zaštite, a koje je neophodno primeniti na nivou poslodavca. Stoga se utvrđuje da od poslodavaca treba zahtevati da obezbede, koliko je to izvodljivo, da radna mesta, mašine, oprema i procesi pod njihovom kontrolom budu bezbedni i bez opasnosti za zdravlje zaposlenih. Isto tako je važno i da obezbede zaštitu od hemijskih, fizičkih i bioloških supstanci i agenasa, koji se koriste u procesu rada, kao i da osiguraju, gde je to neophodno, odgovarajuću zaštitnu odeću i opremu, kako bi se predupredile, koliko je to razumno i izvodljivo, opasnosti od nesreća ili štetnih posledica po zdravlje zaposlenih.²¹ Neke od mera

¹⁶ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 11.

¹⁷ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 9.

¹⁸ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 10.

¹⁹ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 13.

²⁰ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 14.

²¹ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 16.

koje je potrebno preduzeti na nivou poslodavca jesu da radnici, u toku obavljanja svog rada, saraduju na izvršavanju obaveza koje ima njihov poslodavac; da predstavnici radnika saraduju sa poslodavcem u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu; da predstavnici radnika budu informisani o merama koje je preduzeo poslodavac; da se radnicima i njihovim predstavnicima obezbedi odgovarajuća obuka u oblasti zaštite na radu; da poslodavac ne može zahtevati od radnika da se vrati na mesto rada ako i dalje postoji neposredna i ozbiljna opasnost za život ili zdravlje radnika.²² Konačno, važno je napomenuti i da je Konvencijom jasno utvrđeno da sprovođenje mera zaštite na radu ne treba da povlači nikakve troškove za zaposlene, što znači da je isključivo poslodavac taj koji je obavezan da snosi troškove zaštite zdravlja i bezbednosti na radu.²³

KONVENCIJA BR. 187 O PROMOTIVNOM OKVIRU BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJA NA RADU

Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu usvojena je 15. juna 2006. godine, i do danas je ratifikovana od strane 61 države članice Međunarodne organizacije rada. Republika Srbija je izvršila ratifikaciju 2009. godine.²⁴

U preambuli je utvrđeno da je osnovni razlog za usvajanje Konvencije od strane Opšte konferencije rada, ogroman broj povreda na radu, bolesti i smrtnih slučajeva na mestima rada, što sveukupno ima negativne posledice po produktivnost, po privredu i po društveni razvoj. Tvorci Konvencije se ujedno u preambuli pozivaju i na odredbe Filadelfijske deklaracije, kojima se predviđa da „Međunarodna organizacija rada ima svečanu obavezu da među državama razvija svetske programe kojima se ostvaruje odgovarajuća zaštita života i zdravlja radnika u svim zanimanjima“.²⁵

Kao osnovna obaveza država članica koje ratifikuju ovu konvenciju utvrđuje se promocija stalnog unapređenja zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, a isto kao i u Konvenciji br. 155, sve to u cilju prevencije povreda na radu, profesionalnih bolesti i smrtnih slučajeva, kroz razvoj nacionalnog sistema zaštite zdravlja i bezbednosti

²² Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 19.

²³ Konvencija br. 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini, čl. 21.

²⁴ https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312332

²⁵ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 42/09, preambula.

na radu uz vođenje računa o standardima sadržanim u konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada.²⁶ Važno je napomenuti, da se u skladu sa koncepcijom tripartizma, sve ove mere sprovode u dogovoru sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika, koje su kao što je prethodno uočeno bitan faktor u prevenciji nesreća na radu.

Formulisanje nacionalne politike, kroz koju će se promovisati bezbednost i zdravo radno okruženje, nameće se kao još jedna obaveza za države članice, koje izvrše ratifikaciju Konvencije. Uz navedeno, države članice su obavezne da promovišu i unapređuju, na svim relevantnim nivoima, pravo radnika na zdravo i bezbedno radno okruženje, kao jedno od osnovnih prava, koja proističu iz radnog odnosa.²⁷ Takođe, sve države članice prilikom formulisanja nacionalne politike, a u skladu sa nacionalnim uslovima i praksom i u saradnji sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika, dužne su da promovišu neke od osnovnih principa, kao što su: procena profesionalnih rizika i opasnosti na radu, borba protiv profesionalnih rizika ili opasnosti na radu; razvoj nacionalne preventivne kulture bezbednosti i zdravlja na radu, a koja uključuje informisanje, konsultovanje i obuku.²⁸

Takođe se Konvencijom utvrđuje i obaveza u pogledu uspostavljanja, a zatim i održavanja, i progresivnog razvoja, ali i periodičnog preispitivanja nacionalnog sistema bezbednosti i zdravlja na radu, a sve u konsultacijama sa reprezentativnim radničkim i poslodavačkim organizacijama. Nacionalni sistem bi trebalo, između ostalog, da obuhvata: zakone i propise, kolektivne ugovore i sve druge relevantne izvore o bezbednosti i zdravlju na radu; organe ili tela nadležna za bezbednost i zdravlje na radu, imenovana u skladu sa nacionalnim zakonom i praksom; mehanizme za obezbeđenje poštovanja nacionalnih zakona, uključujući tu i sistem inspekcije, kao i aranžmane za promociju na nivou preduzeća, saradnje između poslodavca, radnika i njihovih predstavnika, kao bitnog elementa preventivnih mera na mestima rada.²⁹ Tvorci Konvencije takođe navode i da se nacionalni sistem bezbednosti i zdravlja na radu sastoji i iz nacionalnog savetodavnog tripartitnog, jednog ili više tela, koja rešavaju pitanja zaštite zdravlja i bezbednosti na radu; informativne i savetodavne službe o zdravlju i bezbednosti na radu; predviđene obuke o zdravlju i bezbednosti i na radu; službe zdravlja i bezbednosti na radu, a u skladu sa nacionalnim zakonom i praksom, istraživanja o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu; mehanizma za prikupljanje i analizu podataka o profesionalnim povredama

²⁶ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 2, st. 1.

²⁷ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 3, st. 2.

²⁸ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 3, st. 3.

²⁹ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 4, st. 2.

i bolestima, uz uzimanje u obzir relevantnih instrumenata MOR-a; predviđanje saradnje sa relevantnim sistemima osiguranja i socijalne sigurnosti od povreda na radu i profesionalnih bolesti, kao i mehanizama podrške za progresivno unapređivanje uslova zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u mikro-preduzećima, u malim i srednjim preduzećima i neformalnoj ekonomiji.³⁰

Konvencijom se predviđaju i obaveze za države članice da sprovede, prate, evaluiraju i periodično preispituju nacionalne programe zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, a sve u dogovoru sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika.³¹ Naglašava se da se nacionalnim programom, između ostalog, mora promovisati razvoj nacionalne preventivne kulture bezbednosti i zdravlja, zatim, doprinostiti zaštiti radnika kroz eliminaciju i svođenje na najmanju meru, odnosno do mere do koje je praktično izvodljivo, opasnosti i rizika u vezi sa radnim mestima, a u skladu sa nacionalnim propisima i praksom, a sve u cilju sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i smrtnih slučajeva i promocije zaštite zdravlja i bezbednosti na mestima rada.³²

ZAKON O BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJU NA RADU (2023)

Uvodno razmatranje

Kao što je prethodno navedeno, Narodna skupština Republike Srbije usvojila je krajem aprila ove godine novi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu. Usvajanjem ovog propisa, prestao je da važi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2005. godine, koji je uz određene izmene i dopune bio na snazi punih 18 godina.³³ Novi Zakon sadrži ukupno 113 članova, raspoređenih u sedamnaest delova, što je znatno više u odnosu na prethodni Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, koji je sadržao 82 člana, grupisanih u dvanaest delova.³⁴ Valja imati u vidu da je danom

³⁰ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 4, st. 3.

³¹ Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 5, st. 1.

³² Konvencija br. 187 o promotivnom okviru bezbednosti i zdravlja na radu, čl. 5, st. 2.

³³ Najznačajnije izmene i dopune Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2005. godine usvojene su 2015. godine.

³⁴ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 91/15 i 113/07 (drugi zakon). Propisi o zaštiti zdravlja i bezbednosti i na radu imaju značajno mesto u našoj pravnoj tradiciji. Od posebnog značaja je Zakon o zaštiti radnika iz 1922. godine, Nasuprot tome, posle Drugog svetskog rata, ova oblast je uređivana podzakonskim opštim aktima, a zatim detaljno i u okviru Zakona o radnim odnosima iz 1957. godine. Opširnije kod: Dragoljub Simonović, *Radnopravna čitanka, prva knjiga*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, 328.

stupanja na snagu Zakona, prestala da važi i Uredba o bezbednosti i zdravlju na radu na privremenim ili pokretnim gradilištima od 2009. godine, iz razloga što se novim Zakonom sada detaljno reguliše zaštita lica angažovanih na radu na gradilištima.

Nesporno je da novousvojeni propis sadrži čitav niz novina kojima se uređuje oblast zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, oblasti koja predstavlja jedan od fundamentalnih delova radnog prava. Takođe, usvajanje Zakona podrazumeva i nastavak usklađivanja propisa Republike Srbije sa standardima Međunarodne organizacije rada i Evropske unije, organizacija koje posebnu pažnju posvećuju sprovođenju mera zaštite zdravlja i bezbednosti na radu lica koja učestvuju u radnim procesima. Kao jedan od osnovnih razloga za usvajanje novog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu posebno se ističe da je neophodno povećati nivo usklađenosti domaćeg zakonodavstva sa okvirnom Direktivom 89/391/EEZ o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja zaposlenih na radu, čija je implementacija u domaće zakonodavstvo započeta usvajanjem Zakona iz 2005. godine.³⁵ Kako predlagači Zakona navode „usvajanjem i sprovođenjem ovog zakona obezbediće se uslovi za viši stepen bezbednosti i zdravlja na radu i bolji uslovi rada u cilju sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom“.³⁶ Stoga se u čl. 1 Zakona navodi da se ovim propisom uređuje „unapređivanje i sprovođenje mera bezbednosti i zdravlja na radu lica koja učestvuju u radnim procesima, kao i lica koja se zateknu u radnoj sredini, radi sprečavanja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom, opšta načela prevencije, prava posebnih grupa zaposlenih, obaveze poslodavca, prava i obaveze zaposlenih, informisanje, konsultovanje, saradnja i obuka zaposlenih i predstavnika zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu, Registar povreda na radu, stručni ispiti, izdavanje licenci, nadzor i kaznene odredbe“.³⁷

Takođe, na samom početku, valjalo bi napomenuti i da je ovim propisom precizno utvrđeno da se Zakon primenjuje na državne organe, organe autonomne pokrajine, organe jedinica lokalne samouprave, privredna društva, kao i druga pravna i fizička lica, u svim delatnostima. Kako to Božić Trefalt i Kosić navode „Zakon se primenjuje u svim delatnostima prema Uredbi o klasifikaciji delatnosti, kao i na sve zaposlene koji obavljaju rad kod poslodavca po bilo kom osnovu“, što znači da se ovaj propis primenjuje i u javnom i u privatnom sektoru.³⁸

³⁵ Predlog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, obrazloženje, 52. Dostupno na internet stranici Narodne skupštine Republike Srbije: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/13_saziv/295-23.pdf.

³⁶ Predlog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, obrazloženje, 54.

³⁷ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 35/23, čl. 1, st. 1.

³⁸ Vera Božić Trefalt, Simo Kosić, *Komentar Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2023, 27.

Izuzetak od navedenog predstavljaju samo poslovi iz oblasti odbrane i policijski poslovi, kao i poslovi zaštite i spasavanja i drugi unutrašnji poslovi u neposrednoj vezi sa policijskim poslovima iz delatnosti nadležnog državnog organa.³⁹ Primećuje se da je opseg primene uređen i prethodno analiziranim standardima Međunarodne organizacije rada, kojima se utvrđuje kao što je i navedeno da se Konvencija primenjuje na sve grane privredne delatnosti, uz mogućnost da se iz primene isključe određene privredne grane, a u dogovoru sa zainteresovanim organizacijama radnika i poslodavaca.

Imajući u vidu da ovaj zakon uređuje brojna važna pitanja, u nastavku će biti analizirani samo određeni bitni segmenti ovog propisa, koji mahom predstavljaju novine u zakonodavstvu Republike Srbije, a kada je reč o oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu.

*Određivanje pojedinih zakonskih pojmova i zaštita zdravlja
i bezbednost na radu zaposlenih koji rade od kuće i na daljinu*

Između ostalog, Zakonom se preciziraju pojedini pojmovi, koji se koriste u propisu, te se recimo u odnosu na raniji Zakon, znatno detaljnije uređuje pojam radnog mesta sa povećanim rizikom. Ono se prema novom Zakonu određuje kao „radno mesto na visini, radno mesto u dubini, radno mesto na upravljanju vozilima i unutrašnjem transportu (viljuškari, dizalice, transporteri, građevinske i poljoprivredne mašine) i drugo radno mesto utvrđeno aktom o proceni rizika poslodavca na kome, i pored potpuno primenjenih mera u skladu sa Zakonom, postoje okolnosti koje mogu da ugroze bezbednost i zdravlje zaposlenog“.⁴⁰ Takođe, Zakonom su definisani pojedini važni pojmovi, koji nisu do sada bili regulisani čak ni propisima kojima se uređuju radni odnosi. Primera radi, Zakon definiše pojam rada od kuće i rada na daljinu. Rad od kuće se određuje kao rad koji zaposleni obavlja upotrebom informaciono komunikacionih tehnologija za poslodavca iz mesta prebivališta, odnosno boravišta ili drugog mesta stanovanja, a koje nije pod neposrednom kontrolom poslodavca.⁴¹ Nasuprot tome, rad na daljinu se posmatra kao rad koji zaposleni obavlja upotrebom informaciono komunikacionih tehnologija iz prostora koji nije prostor poslodavca i koji nije pod neposrednom kontrolom poslodavca.⁴² S tim u vezi, valja napomenuti da se u Zakonu u posebnom delu,

³⁹ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 2, st. 3.

⁴⁰ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 4, tač. 21.

⁴¹ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 4, tač. 22.

⁴² Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 4, tač. 23.

po prvi put uređuje zaštita zaposlenih koji rade od kuće i koji obavljaju rad na daljinu. Utvrđuje se da je prilikom rada od kuće i rada na daljinu poslodavac dužan da obezbedi bezbednost i zdravlje na radu u saradnji sa zaposlenim, pri čemu je obaveza poslodavca da utvrdi uslove za bezbedan i zdrav rad, sredstva za rad izdata od strane poslodavca, kao i da definiše radni proces u vezi sa izvršenjem poslova za koje je zaposleni zadužen i propiše preventivne mere za bezbedan i zdrav rad.⁴³ Takođe, poslodavac može da donese i akt o proceni rizika za rad od kuće i rad na daljinu u pisanoj formi uz učešće zaposlenog. Predviđena je i obaveza za zaposlenog, koja se ogleda u dužnosti da obavesti poslodavca o ispunjenosti uslova potrebnih za bezbedan i zdrav rad u skladu sa aktom o proceni rizika, kao i da blagovremeno obavesti poslodavca o svakoj naknadnoj promeni uslova.⁴⁴

*Savetnik za bezbednost i zdravlje na radu i saradnik za bezbednost
i zdravlje na radu kao novi subjekti u sistemu zaštite zdravlja
i bezbednosti na radu*

Zakonom se uvode i neki novi subjekti, koji nisu bili predviđeni prethodnim propisima. Umesto lica za bezbednost i zdravlje na radu, zakonodavac uvodi savetnika za bezbednost i zdravlje na radu i saradnika za bezbednost i zdravlje na radu. Osnovna razlika ogleda se u tome što savetnik obavlja poslove kod poslodavca u visokorizičnim delatnostima, dok saradnik obavlja poslove u manje rizičnim delatnostima. Kako je obrazloženo u predlogu Zakona, do ove promene naziva je došlo prevashodno kako bi se dalje podizao nivo kompetencije stručnih lica koja obavljaju poslove bezbednosti i zdravlja na radu.⁴⁵ U cilju izbegavanja potencijalnih nedoumica u praksi, Zakonom su jasno utvrđene delatnosti u kojima je poslodavac obavezan da za poslove zaštite zdravlja i bezbednosti na radu imenuje savetnika za bezbednost i zdravlje na radu. To su, između ostalog, delatnosti građevinarstva, poljoprivrede, šumarstva i ribarstva, rudarstva, prerađivačke industrije, snabdevanja električnom energijom, vodom, upravljanja otpadnim vodama, trgovine na veliko, saobraćaja, kao i delatnostima zdravstvene i socijalne zaštite. Poslove savetnika može obavljati lice koje ima najmanje stečeno visoko obrazovanje obima od najmanje 240 ESPB bodova na akademskim ili strukovnim studijama u okviru obrazovno-naučnog polja tehničko-tehnoloških nauka i prirodno-matematičkih nauka iz oblasti: biološke nauke, nauke o zaštiti životne sredine, fizičke nauke, fizičko-hemijske

⁴³ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 44.

⁴⁴ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 45.

⁴⁵ Predlog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, obrazloženje, 55.

i hemijske nauke.⁴⁶ Nasuprot tome, poslove saradnika za bezbednost i zdravlje na radu može obavljati lice koje ima najmanje stečeno visoko obrazovanje obima od najmanje 180 ESPB bodova u okviru prethodno navedenih obrazovno-naučnih polja.⁴⁷

Obaveze lica koja obavljaju samostalnu delatnost u pogledu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu

Još jedna novina je i to da se novim Zakonom u odnosu na Zakon iz 2005. godine proširuje krug titulara prava, kojima se jemči pravo na zaštitu zdravlja i bezbednost na radu, te da se ovo pravo ne obezbeđuje samo zaposlenima i učenicima i studentima koji se nalaze na profesionalnoj praksi ili praktičnoj nastavi, profesionalnoj rehabilitaciji, stručnom osposobljavanju, prekvalifikaciji ili dokvalifikaciji, već i licima angažovanim van radnog odnosa, licima koja se samozapošljavaju, licima koja u skladu sa zakonom obavljaju volontiranje, kao i licima koja u skladu sa zakonom obavljaju privremene i povremene poslove preko omladinske, odnosno studentske zadruge.⁴⁸ Kada su u pitanju samozaposlena lica, u posebnom delu rada utvrđuju se njihove obaveze u pogledu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu. Predviđa se da je samozaposleno lice odgovorno za svoju bezbednost i zdravlje drugih lica, na koja utiče njegov rad i propusti u primeni mera bezbednosti i zdravlja na radu. Takođe, samozaposlena lica su obavezna i da pri svom radu primenjuju propise iz oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, kao i da sarađuju sa drugim poslodavcima i zaposlenima u primeni odgovarajućih mera, a kada je sa njima povezano obavljanje poslova.⁴⁹

Obaveze poslodavca u pogledu izvođenja radova na gradilištu, odnosno radilištu

Zanimljivost je i da je zakonodavac, a iz razloga učestalih nesreća na radu na gradilištima, odnosno radilištima, poseban član Zakona posvetio izvođenju radova na gradilištu, odnosno radilištu, dok je zaseban član posvećen izvođenju hitnih radova. Predviđa se da poslodavac koji izvodi radove na izgradnji objekta u skladu sa propisima o bezbednosti i zdravlju na radu na privremenim ili pokretnim

⁴⁶ Kada su u pitanju delatnosti zdravstvene i socijalne zaštite, za savetnika mora biti imenovano lice koje ima najmanje stečeno visoko obrazovanje od najmanje 240 ESPB bodova na akademskim ili strukovnim studijama u okviru obrazovno-naučnog polja medicinskih nauka. Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 48, st. 1–2.

⁴⁷ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 49.

⁴⁸ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 5, st. 1.

⁴⁹ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 43.

gradilištima, kao i poslodavac koji izvodi radove na radilištu u skladu sa propisima o bezbednosti i zdravlju na radu, ima obavezu da prijavu o početku rada dostavi nadležnoj inspekciji rada, najmanje osam dana pre početka izvođenja radova.⁵⁰ Pored navedenog, dužan je i da izradi poseban elaborat o uređenju gradilišta, ako radovi traju duže od tri dana u kontinuitetu i propisan elaborat o uređenju radilišta, koji uz prijavu o početku rada dostavlja nadležnoj inspekciji rada, najmanje osam dana pre početka izvođenja radova. Navedenu prijavu poslodavac može dostaviti i elektronskim putem. Valja napomenuti da je zaštita na gradilištima bila prethodno uređena Uredbom o bezbednosti i zdravlju na radu na privremenim ili pokretnim gradilištima, koja je, kao što je navedeno, prestala da važi stupanjem na snagu ovog zakona. Kada je u pitanju izvođenje hitnih radova na infrastrukturnim objektima radi otklanjanja kvarova ili iznenadnog i nekontrolisanog događaja na objektu, predviđa se obaveza za poslodavca da odmah, od nastanka, usmeno i u pisanoj formi prijavi nadležnoj inspekciji rada izvođenje hitnih radova, kao i da pri izvođenju hitnih radova i sanacije primenjuje mere u skladu sa aktom o proceni rizika.⁵¹

Obuka zaposlenih

Još jednu značajnu novinu predstavlja detaljnije uređivanje obuke zaposlenih, čije sprovođenje predstavlja jednu od osnovnih obaveza za poslodavca kada je u pitanju obezbeđivanje zdravih i bezbednih uslova rada. Navedena obaveza se, kao što je primećeno, utvrđuje i Konvencijom br. 155. Posebnu pažnju zakonodavac je posvetio programu obuke za bezbedan i zdrav rad, te se predviđa da program mora sadržati opšti i poseban deo. Opšti deo programa obuhvata upoznavanje zaposlenih sa pravima, obavezama i odgovornostima u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu iz zakona i podzakonskih propisa, kao i upoznavanje sa opštim aktima poslodavca u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, dok poseban deo programa obuke obuhvata upoznavanje sa svim potencijalnim opasnostima i štetnostima na radnom mestu, procenjenim rizicima i merama za bezbedan i zdrav rad.⁵² Imajući u vidu sve veći broj radnika migranata na teritoriji Republike Srbije, predviđa se i obaveza za poslodavce da obuku za bezbedan i zdrav rad obavljaju na jeziku koji zaposleni razume. Važno je napomenuti i da se u delu Zakona kojim se uređuje obuka zaposlenih, jasno naglašava da se troškovi obuke obezbeđuju iz sredstva poslodavca, što predstavlja svojevrsnu dopunu odredbe, koja je bila sadržana

⁵⁰ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 22, st. 1.

⁵¹ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 23, st. 1.

⁵² Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 34.

u Zakonu iz 2005. godine, a kojom je bilo predviđeno da obuku poslodavac obezbeđuje u toku radnog vremena i da troškovi ne mogu biti na teret zaposlenog.

Posebna zaštita zaposlenih koji rad obavljaju noću

Pozitivnu novinu u Zakonu predstavlja i obaveza za poslodavca da obezbedi prethodni i periodični pregled i za zaposlene koji rad obavljaju noću, a ne samo za zaposlene koji obavljaju poslove na radnom mestu sa povećanim rizikom.⁵³ Navedeno predstavlja dobro rešenje, posebno ako se ima u vidu da noćni rad ima štetne posledice po zdravlje i bezbednost zaposlenih, ali i po njihov privatni život.⁵⁴ Iako Zakonom to nije eksplicitno utvrđeno, pretpostavlja se da bi u slučaju da se utvrdi na lekarskom periodičnom pregledu da noćni rad štetno utiče na zdravlje zaposlenog, poslodavac bio dužan da zabrani zaposlenom da dalje obavlja rad noću i premesti ga na drugo radno mesto koje odgovara njegovim zdravstvenim sposobnostima, a kako je predviđeno u slučaju da zaposleni ne ispunjava više posebne zdravstvene uslove za obavljanje poslova na radnom mestu sa povećanim rizikom.

Registar povreda na radu

Kao još jedna zakonska novina, izdvaja se uvođenje Registra povreda na radu, koji se vodi u elektronskoj formi, a koji uspostavlja i čiji rad organizuje Uprava za bezbednost i zdravlje na radu, uz tehničku pomoć službe Vlade Republike Srbije.⁵⁵ Registar sadrži tačne i ažurne podatke o povredama na radu i omogućava korisnicima podataka da obavljaju poslove unosa i preuzimanja podataka radi utvrđivanja činjenica neophodnih za ostvarivanje prava iz zdravstvenog osiguranja. Podatke u registar unosi poslodavac, a nakon unosa podataka u Registar, izabrani lekar pomoću integrisanog zdravstvenog informacionog sistema Republike Srbije unosi nalaz i mišljenje lekara koji je prvi pregledao povređenog, da bi nakon unosa podataka, organizacija nadležna za zdravstveno osiguranje pomoću informacionog sistema unela ocenu povrede na radu.⁵⁶ Jasno se utvrđuje da su za tačnost unetih i preuzetih podataka u Registru odgovorni poslodavac, izabrani lekar i organizacija nadležna za zdravstveno osiguranje.

⁵³ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 56, st. 2.

⁵⁴ Borivoje Šunderić, Ljubinka Kovačević, *Radno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd, 2017, 227.

⁵⁵ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 68.

⁵⁶ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 69.

Novine u inspekcijskom nadzoru

Primećuje se u odnosu na raniji propis i da se novim Zakonom detaljnije uređuje inspekcijski nadzor nad primenom Zakona, koji vrši ministarstvo nadležno za poslove rada preko inspektora rada. Poseban član posvećuje se nadzoru nad radom privremenih ili pokretnih gradilišta i nadležnostima inspektora rada koji je dužan da zabrani dalji rad za vreme trajanja okolnosti koje dovode do ugrožavanja zdravlja i bezbednosti na radu zaposlenog, kada se između ostalog utvrdi, da na gradilištu radi zaposleni koji nije obučen za bezbedan i zdrav rad, da na gradilištu, na radnom mestu sa povećanim rizikom radi zaposleni koji se nije podvrgao le-karskom pregledu u propisanom roku, da na gradilištu nisu obezbeđene propisane privremene konstrukcije i objekti za rad i kretanje zaposlenih, kao što su tunel-ske podgrade ili konstrukcije za sprečavanje odrona zemlje pri kopanju dubokih rovova.⁵⁷ Navedene zabrane se izriču investitoru, odnosno zastupniku investitora. Takođe je predviđeno i da zabrana traje dok traju okolnosti koje dovode do ugro-žavanja bezbednosti i zdravlja na radu na gradilištu, a najmanje tri dana od dana izricanja zabrane, a ako su okolnosti koje dovode do ugrožavanja bezbednosti i zdravlja na radu na gradilištu utvrđene prvi put.⁵⁸

Konačno, u okviru pretposlednjeg dela Zakona, propisuju se kaznene odred-be, kojima se predviđa 76 različitih prekršaja zbog povrede Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu.⁵⁹ Takođe, novinu predstavlja i propisivanje novčanih kazni u fiksnom iznosu i pooštavanje kaznene politike, a sve u cilju, kako to predlagači Zakona navode, „poboljšanja stanja u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu“.⁶⁰

ZAKLJUČAK

Zaključuje se da je novi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu u dobroj meri usklađen sa odredbama konvencija Međunarodne organizacije rada br. 155 i 187, ali da se mora sačekati da prođe određeni period od usvajanja Zakona, a kako bi se utvrdilo da li se novousvojeni propis na odgovarajući način primenjuje u praksi i da li zaposleni i sva druga lica, kojima se jemči pravo na zaštitu zdrav-lja i bezbednost na radu, uživaju adekvatnu zaštitu na mestima rada. Nesporno je

⁵⁷ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 97.

⁵⁸ Posebna pravila se primenjuju kada se navedene okolnosti utvrde drugi, odnosno treći put. U prvom slučaju zabrana traje najmanje 15 dana, dok u drugom slučaju zabrana traje najmanje 30 dana. Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 97.

⁵⁹ Predlog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, obrazloženje, 69.

⁶⁰ Predlog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, obrazloženje, 69.

da je sa usvajanjem zakona unapređen normativni okvir kojim se obezbeđuje zaštita zdravlja i bezbednost na radu u Republici Srbiji i da je nastavljen proces usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa međunarodnim i regionalnim standardima. Međutim, neophodno je dalje raditi i na primeni ovog propisa, kako isti ne bi ostao mrtvo slovo na papiru. Stoga je od ključne važnosti veće uključivanje inspekcije rada u kontrolu primene novousvojenog Zakona, kao i puna primena koncepta prevencije, koji se, kao što smo uočili, snažno promoviše i međunarodnim standardima, ali i novim Zakonom, gde se u okviru čl. 7 detaljno uređuju preventivne mere u ostvarivanju zaštite zdravlja i bezbednosti na radu.

Analizom odredbi Konvencije br. 155 i Konvencije br. 187, uočava se da je Republika Srbija uspostavila nacionalni sistem zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, u skladu sa standardima sadržanim u tekstovima konvencija. Usvojen je novi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, kojim se prihvataju osnovni principi predviđeni u obe konvencije, a i pored toga što je sve manji broj zaključenih posebnih kolektivnih ugovora, i dalje se posebni delovi većine važećih kolektivnih ugovora posvećuju ovoj bitnoj oblasti.⁶¹ I institucionalizacija zaštite zdravlja i bezbednosti na radu je na solidnom nivou u našoj državi, kao što je poznato postoji Uprava za bezbednost i zdravlje na radu, koja deluje u sastavu ministarstva nadležnog za poslove rada i koja obavlja poslove državne uprave sa ciljem unapređivanja i razvoja bezbednosti i zdravlja na radu, odnosno smanjenja broja povreda na radu, profesionalnih bolesti i bolesti u vezi sa radom.

U pogledu mehanizama za obezbeđenje poštovanja nacionalnih zakona, konkretno Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, inspeksijski nadzor nad primenom Zakona, kao i propisa donetih na osnovu zakona, vrši ministarstvo nadležno za poslove rada preko inspektora rada, koji moraju imati stečeno visoku obrazovanje u okviru obrazovno-naučnog polja tehničko-tehnoloških nauka, prirodno matematičkih nauka, medicinskih nauka ili društveno-humanističkih nauka i najmanje tri godine radnog iskustva u struci.⁶² Predviđeno je da u postupku inspeksijskog nadzora inspektor rada ima pravo i dužnost da preduzima radnje kojima se

⁶¹ V. Poseban kolektivni ugovor za ustanove kulture čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 3/22, čl. 43–55; Poseban kolektivni ugovor za državne organe, *Službeni glasnik RS*, br. 38/19, 55/20 i 44/23, čl. 18–28; Poseban kolektivni ugovor za zdravstvene ustanove čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 96/19 i 58/22 – Aneks I, čl. 58–90; Poseban kolektivni ugovor za zaposlene u jedinicama lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 38/19, 55/20, 51/22 i 44/23, čl. 23–33; Poseban kolektivni ugovor za socijalnu zaštitu u Republici Srbiji, *Službeni glasnik RS*, br. 29/19 i 60/20, čl. 34–56.

⁶² Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 91–92.

kontroliše bezbednost i zdravlje na radu, a naročito higijena i uslovi rada, proizvodnja, korišćenje i održavanje sredstava za rad, lične zaštitne opreme, hemijske materije. Propisano je i da je inspektor rada dužan da izvrši nadzor odmah, nakon prijave poslodavca, odnosno organa za unutrašnje poslove, zdravstvene ustanove ili na osnovu saznanja o svakoj smrtnoj, teškoj ili kolektivnoj povredi na radu, koja se dogodi na radnom mestu i u radnoj sredini, kao i opasnoj pojavi koja bi mogla da ugrozi bezbednost i zdravlje na radu, odnosno odmah po prijemu zahteva, odnosno obaveštenja.⁶³ Iako sistem inspeksijskog nadzora ima dugu tradiciju u našem pravu, usled nedovoljnog broja inspektora rada, inspektori nisu u mogućnosti da izvrše redovan nadzor nad poslodavcima u pogledu primene mera zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, te se usled toga mnogi poslodavci opredeljuju da ne izvršavaju obaveze utvrđene Zakonom, a u vezi sa obezbeđivanjem zdravih i bezbednih uslova rada. Ovo zasigurno predstavlja i najveći problem, kada je oblast zaštite zdravlja i bezbednosti na radu u pitanju, te je stoga ključno da se omogući inspektorima rada da vrše redovan nadzor nad primenom Zakona, odnosno da preduzmu odgovarajuće radnje kojima se kontroliše zaštita zdravlja i bezbednost zaposlenih na radu. Za navedeno je neophodno da se poveća broj inspektora rada u Republici Srbiji, a što bi takođe doprinelo boljoj usklađenosti našeg zakonodavstva sa analiziranim standardima Međunarodne organizacije rada.

Dr. FILIP BOJIĆ
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

COMPLIANCE OF THE NEW LAW ON SAFETY AND HEALTH
AT WORK WITH THE CONVENTIONS OF THE INTERNATIONAL
LABOR ORGANIZATION NO. 155 AND 187

Summary

In the paper, the author assesses the compliance of the newly adopted Law on Safety and Health at Work of the Republic of Serbia with the standards of the International Labor Organization, primarily with Convention no. 155 on occupational safety, health care and working environment and Convention no. 187 on the promotional framework of safety and health at work. These are the conventions that in 2022, on the basis of the Resolution of the International Labor Conference, were included among the fundamental conventions of this organization. The paper also singled out and analyzed the provisions of the new Law on Safety and Health at Work, which regulate issues that were

⁶³ Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, čl. 95.

not previously regulated by our national regulations, and which to a good extent contribute to the further harmonization of domestic legislation with international and regional standards. The author presents conclusions based on the conducted analysis, pointing out first of all that despite the fact that our legislation is well aligned with the analyzed conventions of the International Labor Organization, the main problem is still the application of regulations in practice, as well as inadequate inspection supervision of employers, who are obliged to implement health and safety protection measures at work.

Key words: protection of health and safety at work, Law on Safety and Health at Work, International Labour Organization, the Convention No. 155, the Convention No. 187

Literatura

- Božić Trefalt V., Kosić S., *Komentar Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu*, Službeni glasnik, Beograd, 2023.
- Creighton B., „The Future of Labour Law: Is there a Role for International Labour Standards?“, *The Future of Labour Law, Liber Amicorum Bob Hepple QC*, (ur. Catherine Barnard, Simon Deakin, Gillian S Morris), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004.
- Lubarda B., *Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012.
- Pešić R., *Međunarodna organizacija rada, poreklo–struktura–delatnost*, Novi Sad, 1969.
- Petrović A., *Međunarodni standardi rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2009.
- Servais J-M., *International Employment and Labour Law*, Kluwer Law International, 2011.
- Simonović D., *Radnopravna čitanka, prva knjiga*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- Šunderić B., Ljubinka Kovačević Lj., *Radno pravo, priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Službeni glasnik, Beograd, 2017.
- Šunderić B., *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.

PREGLEDNI RAD

IVICA LAZOVIĆ

ŽALBENI MEHANIZMI ZA ZAŠTITU PRAVA ZAPOSLENIH U REPUBLICI SRBIJI

U ovom radu bavićemo se zaštitom prava zaposlenih žalbenim mehanizmima, prigovorima ili žalbama u Republici Srbiji. Ovo pitanje aktuelizuju globalni trendovi kao što je novi nemački Zakon o korporativnoj dužnosti pažnje u lancima snabdevanja koji afirmiše zeleno poslovanje, zaštitu čitavog niza ljudskih prava i sloboda, kao što su zabrana dečijeg rada, zabrane prinudnog rada i diskriminacije, pravo na mogućnost udruživanja i primerenu zaradu, i slično. Sistem održive zaštite prava iz rada i na osnovu rada podrazumeva i adekvatne i funkcionalne žalbene mehanizme. Ovo nas je navelo da u radu razmotrimo mogućnost za zaštitu prava iz radnog odnosa, prvenstveno u našem pravnom sistemu, ali i regionu, putem žalbenih mehanizama koje je moguće primenjivati. U radu se pravi osvrt na formalni osnov za žalbe ili pritužbe u opštem režimu radnih odnosa, sa posebnim osvrtom na posebni režim koji se odnosi na javne, odnosno državne službenike. Takođe, analiziraju se i eksterni žalbeni mehanizmi kao što su zaštitnici građana ili ombudsmeni, tela za mirno rešavanje radnih sporova ili zaštitu ravnopravnosti. Na kraju, de lege lata i de lege ferenda se izvode zaključci.

Ključne reči: žalba, prigovor, pritužba, prava zaposlenih

U V O D

Pitanje žalbenih mehanizama, odnosno pritužbi poslodavcu kao načina za zaštitu prava iz radnog odnosa je u stručnoj javnosti aktuelizovao novi nemački

Dr Ivica Lazović, direktor Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, naučni saradnik Instituta za stratejska istraživanja Univerziteta odbrane, docent na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, e-mail: ivica.lazovic@pravni-fakultet.info.

Zakon o korporativnoj dužnosti pažnje u lancima snabdevanja¹ ili „Due Diligence“ kako se neformalno odomaćio naziv za ovaj zakon. Ovaj propis je stupio na snagu 1. januara 2023. godine i zahteva od nemačkih privrednih društava koje su obuhvaćene njim da identifikuju i procene rizike za zaštitu ljudskih prava i životne sredinu u okviru svojih lanaca snabdevanja i uspostave efikasan sistem procene rizika i upravljanja njime. Ovaj zakon se pridružuje nizu drugih relativno novijih propisa koji nastoje da eliminišu dečiji i prinudni prisilni rad iz globalne trgovine i poboljšaju uslove rada za sve one u lancu snabdevanja.² Od privrednih društava će se stoga tražiti da ulože razumne napore da identifikuju skrivene rizike kako bi osigurale usklađenost sa navedenim aktom. Zakon će se u početku primene odnositi na nemačke kompanije sa više od 3.000 zaposlenih i kompanije iste veličine sa sedištem u inostranstvu sa registrovanim nemačkim filijalama, kao i na dobavljače nemačkih privrednih društava u inostranstvu. Zakon se dakle odnosi na privredna društva koja imaju sedišta ili ogranak u Nemačkoj i koja zapošljavaju više od 3.000 radnika u Nemačkoj, a od 1. januara 2024. se važenje zakona proširuje na sva privredna društva koja u Nemačkoj zapošljavaju više od 1.000 radnika.³ Zakon se odnosi kako na kompanije koje su registrovane u Nemačkoj tako i na njihove ćerke firme u inostranstvu, kao i na direktne i indirektno dobavljače u njihovim lancima snabdevanja. Ovo uključuje strane kompanije sa nemačkim filijalama, od kojih će se tražiti da uspostave procese za identifikaciju, procenu, sprečavanje i otklanjanje kršenja ljudskih prava i zaštitu životne sredine u svom lancu snabdevanja.

Zakon takođe markira i kompanije koje su u svom delokrugu odgovorne za bilo kakve prekršaje u celom lancu snabdevanja, što će stvoriti dodatne zahteve za dužnom pažnjom za direktne i indirektno dobavljače, kompanije iz EU i van nje, bez obzira na njihovu veličinu.⁴ Ovaj akt je ujedno uvod i priprema za direktivu EU koja je već u pripremi i koja će imati još više zahteve po pitanju zaštite ljudskih prava i ekološke pažnje.⁵

¹ <https://responsiblebusinesshub.pks.rs/wp-content/uploads/2023/04/Zakon-o-dju-dilidzensu-u-lancu-snabdevanja.pdf>, 1. 9. 2023.

² V. više: <https://www.osce.org/sr/cthb/516399>, 1. 9. 2023.

³ Ljubica M. Tomić, „Ekološkopravni aspekti novog nemačkog Zakona o korporativnoj dužnosti pažnje u lancima snabdevanja – ispitivanje dejstva na pravne subjekte u Republici Srbiji“, *Strani pravni život*, broj 2, 2023, 222.

⁴ Zakon o korporativnoj dužnosti pažnje u lancima snabdevanja (due diligence), od 16. jula 2021. godine, *Savezni službeni list Nemačke* 2021, I, br. 46, objavljen u Bonu 22. jula 2021. godine, dostupno na srpskom jeziku na linku: <https://responsiblebusinesshub.pks.rs/wp-content/uploads/2023/04/Zakon-o-dju-dilidzensu-u-lancu-snabdevanja.pdf>, 1. 9. 2023.

⁵ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_EN.html, 1. 9. 2023.

Područje primene Zakona o korporativnoj dužnosti pažnje u lancima snabdevanja je prilično široko kada se uzmu u obzir njegovi zahtevi, od kojih je ključni zahtev da Zakon obavezuje kompanije na koje se odnosi i njihove direktne dobavljače da uspostave sistem preventivnih mera. Zakon takođe pokriva kompanije koje su u delokrugu rada odgovorne za bilo kakve prekršaje u celom lancu snabdevanja, što će stvoriti dodatne zahteve za dužnom pažnjom za direktne i indirektne dobavljače u Nemačkoj i inostranstvu. Zahtevi koji se postavljaju pred dobavljače odnose se na zabranu dečijeg rada, zabranu prinudnog rada i diskriminacije, pravo na mogućnost udruživanja i primerenu zaradu, zabranu protivpravnog oduzimanja zemljišta, kao i zabranu zloupotrebe privatnog obezbeđenja.⁶

Ovaj zakon takođe propisuje da je preduzeće dužno da osigura postojanje odgovarajućeg internog pritužbenog postupka. Pritužbeni postupak treba da omogućava licima da ukažu na rizike za ljudska prava i životnu sredinu, kao i na povrede obaveza iz oblasti ljudskih prava ili zaštite životne sredine koje su prozrokovane ekonomskim aktivnostima privrednih društava u sferi sopstvenog poslovanja ili poslovanja direktnog dobavljača. Propisano je i da se uzbunjivačima mora potvrditi prijem prijave. Propisano je i da lica kojima je od strane preduzeća povereno vođenje postupka, moraju da utvrde činjenično stanje i da ga rasprave sa uzbunjivačima. Takođe, ova lica mogu da ponude postupak sporazumnog rešavanja spora. Zakon propisuje i mogućnost da preduzeća, alternativno, umesto navedenog, mogu da učestvuju u odgovarajućem eksternom žalbenom ili pritužbenom postupku.

Propisani su i neophodni uslovi postupka, kao što su: postojanje pravilnika o vođenju postupka u pisanom obliku koji je javno dostupan, a po pravilima koje utvrđuje poslodavac. Zatim, lica kojima je od strane preduzeća povereno sprovođenje postupka moraju osigurati nepristrasno postupanje, a posebno moraju biti nezavisna, ne smeju biti vezana za instrukcije, a podležu obavezi čuvanja tajnosti postupka. Privredno društvo mora na odgovarajući način da učini javno dostupnim jasne i razumljive informacije o pristupačnosti, nadležnosti i sprovođenju pritužbenog postupka. Pritužbeni postupak mora biti dostupan potencijalnim oštećenim stranama, da čuva poverljivost samog postupka i da osigura efikasnu zaštitu od diskriminacije ili kažnjavanja kao posledice pritužbe. Takođe, efikasnost pritužbenog postupka preispituje se najmanje jednom godišnje, ili povodom konkretnog slučaja kada preduzeće mora da računa sa značajno izmenjenim ili značajno povećanim rizicima u sferi sopstvenog poslovanja ili kod direktnog dobavljača, na primer zbog uvođenja novih proizvoda, projekata ili nove oblasti poslovanja. Preduzeće je

⁶ Zakon o korporativnoj dužnosti pažnje u lancima snabdevanja (*due diligence*), *Savezni službeni list Nemačke*, br. 46, I, 2021.

dužno da pritužbeni postupak uredi na način da licima omogući prijavu rizika i za aktivnosti indirektnog dobavljača.⁷

Republika Srbija je jedna od zemalja sa značajnim brojem preduzeća koja pripadaju lancima snabdevanja nemačkih privrednih društava, te je za očekivati da će se ove kompanije sresti sa obavezom stvaranja uslova za sprovođenje ovog propisa.

Sa druge strane, otvara se pitanje normativnog okvira u Republici Srbiji i mogućnosti da se on prilagođava trendovima koji dolaze iz drugih država. Pre svega, da li ima osnova u propisima koji su na snazi za upotrebu žalbenih mehanizama i da li postoje neki od tih mehanizama u praksi u Srbiji i da li su ta iskustva primenjiva za preduzeća koja pripadaju lancima snabdevanja nemačkih privrednih društava?

ŽALBENI MEHANIZMI U VAŽEĆIM PROPISIMA

Prvo pitanje je šta su, zapravo žalbeni mehanizmi? Jedno od objašnjenja jeste da su žalbeni mehanizmi oni mehanizmi koji se uspostavljaju u cilju omogućavanja svakom pojedincu, odnosno radniku, ili pravnom licu koje je u direktnoj ili indirektnoj vezi sa poslodavcem, da podnese žalbu ukoliko smatra da je zbog neke od konkretnih aktivnosti poslodavca pogođen, oštećen, ugrožen. Odnosno, ako smatra da su mu pravo ili pravni interes povređeni. Svaki radnik koji smatra da ima razlog za žalbu, kao pojedinac ili kao deo grupe, treba da ima mogućnost i pravo da uloži žalbu, bez straha od posledica, a da žalba bude rešena u skladu sa odgovarajućim postupkom. Povod za žalbu može biti bilo koja mera ili situacija koja se tiče odnosa poslodavca i radnika i koja utiče ili bi mogla da utiče na uslove rada, ako je u suprotnosti sa opštim aktom poslodavca ili ugovorom o radu, korporativnom kulturom, dobrim običajima, pravilima struke itd. Mogućnost podnošenje žalbe ukazuje poslodavcu na to da postoji određeni problem koji zahteva rešavanje.⁸

Prigovor ili žalba mogu biti devolutivna pravna sredstva, kada poslodavac formira drugostepeni organ, a mogu biti i remonstrativna pravna sredstva kada se u istom

⁷ Zakon o dužnoj pažnji (*due diligence*), op. cit.

⁸ Bojan Urdarević, *Priručnik o žalbenim mehanizmima*, ILO i GIZ, Beograd, 2023, 3. U navedenom priručniku se razmatraju žalbeni mehanizmi, mada je otvoreno pitanje granice između žalbe i pritužbe ili prigovora, jer negde se teško može postaviti jasna granica. Ipak, institut žalbe u upravnom sporu ima tendenciju vrlo formalnog postupka koji služi za zaštitu prava pojedinca od akata upravnih organa vlasti. U *Due Diligence* postavci, mišljenja smo da bi termin pritužba ili prigovor bio primereniji od termina žalba.

sastavu odlučuje o određenom pitanju. Takođe, treba imati u vidu da interna zaštita kod poslodavca podrazumeva skup pravila kojima se odlučuje u okviru preduzeća.⁹

Zakonom o radu¹⁰ u Republici Srbiji nije propisana mogućnost bilo kakve žalbe koja se može uložiti na rešenje poslodavca kojim se odlučuje o pravima, obavezama i odgovornostima radnika. Žalbe je moguće ulagati na rešenja inspekcije ili Fonda solidarnosti i to je jedino pominjanje ovog instituta. Zakon o radu ne propisuje mogućnost rešavanja spora u internom postupku. Zakon o radu propisuje da o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa odlučuje u pravnom licu nadležni organ kod poslodavca, odnosno lice utvrđeno zakonom ili opštim aktom poslodavca ili lice koje on ovlasti, pri čemu se ovlašćenje daje u pisanom obliku. Takođe, kod poslodavca koji nema svojstvo pravnog lica odlučuje preduzetnik ili lice koje on ovlasti. Takođe, zaposlenom se u pisanom obliku dostavlja rešenje o ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti, s obrazloženjem i poukom o pravnom leku.¹¹

Propisano je da se sporna pitanja između poslodavca i zaposlenog mogu rešavati pred arbitrom, u skladu sa čl.194 Zakona o radu. Ovim članom je propisano da se opštim aktom i ugovorom o radu može predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog. Ta sporna pitanja rešava arbitar, koga sporazumom određuju strane u sporu iz reda stručnjaka u oblasti koja je predmet spora. Rok za pokretanje postupka pred arbitrom jeste tri dana od dana dostavljanja rešenja zaposlenom. Arbitar je dužan da donese odluku u roku od deset dana od dana podnošenja zahteva za sporazumno rešavanje spornih pitanja. Za vreme trajanja postupka pred arbitrom zbog otkaza ugovora o radu, zaposlenom miruje radni odnos. Ako arbitar u propisanom roku ne donese odluku, rešenje o otkazu ugovora o radu postaje izvršno. Odluka arbitra je konačna i obavezuje poslodavca i zaposlenog. U skladu sa navedenom odredbom, postupak se vodi pred arbitrom, Zakonom je predviđen rok za pokretanje postupka, kao i rok za donošenje odluke arbitra, regulisano je mirovanje radnog odnosa zaposlenom za vreme trajanja postupka pred arbitrom, odluku o rešavanju spornih pitanja donosi arbitar. Dakle radi se o mogućoj, ne i obaveznoj zaštiti, koja je u svojoj suštini eksterna jer se pretpostavlja da će arbitar biti angažovan spolja.

Zakon o radu propisuje i mogućnost na osnovu koje zaposleni može da se izjasni o upozorenju pred otkaz ugovora o radu i navedenim razlozima u njemu,

⁹ Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet, Beograd, 2021, 1113.

¹⁰ Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – US, 113/17, 95/18 – autentično tumačenje.

¹¹ Branko Lubarda, *Uvod u radno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2021, 308.

a svemu navedenom može da se izjasni i sindikat čiji je zaposleni član.¹² Ipak, protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog ili kad je zaposleni saznao za povredu prava, on ili predstavnik sindikata čiji je član, ukoliko ga je ovlastio, može da pokrene spor pred nadležnim sudom. Propisan je rok za pokretanje spora od 60 dana od dana dostavljanja rešenja, odnosno saznanja za povredu prava. Na taj način, jasno se daje prednost sudskom odlučivanju i smanjuje mogućnost za primenu internih žalbenih mehanizama.

Ipak, Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu¹³ propisuje se mehanizam interne zaštite, tako što ako se za zlostavljanje ne tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju podnosi obrazloženi zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja neposredno tom licu. Ovaj zahtev može podneti i predstavnik sindikata, lice nadležno za poslove bezbednosti i zdravlja na radu, predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu ili odbor za bezbednost i zdravlje na radu, uz pismenu saglasnost zaposlenog koji smatra da je izložen zlostavljanju. Nakon toga, poslodavac je dužan da, po prijemu zahteva, u roku od tri dana, stranama u sporu predloži posredovanje kao način razrešenja spornog odnosa. Nadalje, strane sporazumno određuju ili biraju lice za vođenje postupka posredovanja. Posrednik je neutralna osoba koja posreduje između strana u sporu u cilju rešavanja njihovog spornog odnosa. Postupak posredovanja okončava se u roku od osam radnih dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika, a može biti produžen do 30 dana. Ukoliko postupak ne uspe, zaposleni ima opciju da u roku od 15 dana podnese tužbu sudu. Međutim sam posrednik često nije interni, već se nalazi na listi Republičke agencije za mirno rešavanje sporova ili preko Socijalno-ekonomskog saveta ili sa liste specijalizovanih institucija koje se bave posredovanjem.

U važećim propisima, žalbeni mehanizmi su normirani u javom sektoru, a o čemu će biti reči u posebnom poglavlju.

ŽALBENI MEHANIZMI U MEĐUNARODNIM PROPISIMA

Međunarodna organizacija rada je usvojila Preporuku br. 130 za ispitivanje žalbi još 1967. godine koja se odnosi na rešavanje žalbi unutar preduzeća i koja može biti primenjena putem zakona, uredbi, kolektivnih ugovora, poslovnika, pravilnika itd. Već u tač. 2 navedene preporuke propisana su opšta načela žalbenog postupka. Pravo na žalbu pripada svakom radniku, bez bojazni da će usled toga

¹² *Ibidem*, čl. 180.

¹³ Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Službeni glasnik RS*, br. 36/10.

snositi određene posledice. Takođe, žalbeni postupak treba da bude rešen u skladu sa odgovarajućim postupkom. Osnov za žalbu može biti bilo koja mera poslodavca koja pogađa i nanosi štetu pravima zaposlenih. Takođe, žalbe mogu biti individualne i kolektivne i odnose se na rešavanje sporova u vezi sa radom, neispaćivanje zarada, uskraćivanje prava na korišćenje odmora i odsustava, sprečavanje diskriminacije na radu, ili drugih prava. Naglašava se potreba pronalaženja rešenja koja su razrađena u okviru dijaloga između radnika i poslodavca unutar preduzeća, a procedure bi trebalo da budu tako koncipirane da ponude realnu mogućnost postizanja sporazuma u svakom trenutku.¹⁴

Takođe, preporučuje se da postojanje žalbenih postupaka ne utiče na mogućnost radnika da njihovu žalbu direktno upute na neki vid eksternog postupka rešavanja spora i trebalo bi da omoguće konačno postizanje rešenja po pritužbi radnika putem nekog od dogovorenih eksternih sredstava kao što su mirenje, arbitraža ili zajednička odluke donete od relevantnih radničkih i poslodavačkih organizacija, ukoliko postoje. Dalje, poslodavci i sindikati bi trebalo da rade zajedno na razvoju detaljnih žalbenih procedura, ukoliko one nisu regulisane zakonom. A te procedure bi trebalo da budu što jednostavnije i što efikasnije, a radnicima bi trebalo da bude omogućeno pravo da budu prisutni i da neposredno učestvuju u samom postupku, čime se postupak čini transparentnim. Radnici bi trebalo da imaju pravo na pomoć ili da budu zastupani od strane sindikalnog predstavnika ili druge osobe po izboru, a mora se dozvoliti da se obrate predstavniku od poverenja koji će im pomoći da vode slučaj ili govore u njihovo ime. Slično kao radnici, poslodavci mogu imati pomoć ili biti zastupani od strane organizacija poslodavaca. Ovakvi žalbeni postupci ne smeju da predstavljaju troškove za radnika, niti bi radnici trebalo da trpe bilo kakve negativne posledice (disciplinske posledice, premeštaj na drugo radno mesto, smanjenje zarade, itd.) zato što su se žalili.¹⁵

Po pitanju Evropske unije, treba napomenuti da je donet je Predlog direktive Evropskog parlamenta i Saveta o dužnoj pažnji za održivo poslovanje, koji će nakon usvajanja predvideti obavezu država članica da obezbede takve uslove za rad preduzeća koji bi trebalo da doprinesu održivom razvoju sprečavanjem i ublažavanjem potencijalnih ili stvarnih negativnih posledica na ljudska prava ili životnu sredinu.¹⁶ Evropska socijalna povelja, koja je akt Saveta Evrope propisuje postupak samo na osnovu kolektivnih žalbi.¹⁷

¹⁴ B. Urdarević, *Priručnik o žalbenim mehanizmima*, ILO i GIZ, Beograd, 2023, 6.

¹⁵ *Ibidem*, 6–7.

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071>, 1. 9. 2023.

¹⁷ Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004, 74.

Što se tiče pravnih sistema pojedinih država, a posebno u našem regionu, gotovo svuda je propisana mogućnost podnošenja žalbe poslodavcu, pa tako u Sloveniji, Zakonom o radnim odnosima, propisano je ostvarivanje zaštite prava kod poslodavca i sudska zaštita, te ako zaposleni smatra da poslodavac ne ispunjava obaveze koje proističu iz radnog odnosa ili krši neko od njegovih prava iz radnog odnosa, ima pravo da pismeno zatraži da poslodavac otkloni povredu ili ispuni svoje obaveze. Ako poslodavac ne ispuni svoju obavezu iz radnog odnosa ili ne otkloni povredu u roku od osam radnih dana po pismenom zahtevu zaposlenog, zaposleni može u roku od 30 dana od isteka roka za ispunjenje obaveza ili otklanjanje prekršaja od strane poslodavca, zatražiti sudska zaštitu nadležnog suda za rad.¹⁸ I u Hrvatskoj, radnik koji smatra da mu je poslodavac povredio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od petnaest dana od saznanja za povredu prava da zahteva od poslodavca ostvarenje toga prava. Ako poslodavac u roku od petnaest dana od zahteva radnika ne udovolji tom zahtevu, radnik može u roku od petnaest dana zahtevati zaštitu povređenog prava pred nadležnim sudom. Zaštitu povređenog prava pred nadležnim sudom ne može zahtevati radnik koji prethodno poslodavcu nije podneo zahtev, osim u slučaju zahteva radnika za naknadom štete ili drugog novčanog potraživanja po osnovu rada. Ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen postupak mirnog rešavanja nastalog spora, rok od petnaest dana za podnošenje tužbe sudu teče od dana okončanja toga postupka.¹⁹ U Crnoj Gori, zaposleni koji smatra da mu je poslodavac povredio pravo iz rada i po osnovu rada može podneti zahtev poslodavcu da mu obezbedi ostvarivanje tog prava. Podnošenje zahteva ne odlaže izvršenje odluke ili radnje protiv koje je zaposleni podneo zahtev za zaštitu prava. Poslodavac je dužan da zaposlenom po njegovom zahtevu dostavi pisano obaveštenje ili donese odluku u roku od 15 dana od dana podnošenja zahteva. Odluka je konačna, ako zakonom nije drugačije određeno. Odluka se dostavlja zaposlenom u pisanom obliku, sa obrazloženjem i poukom o pravnom leku u roku od osam dana od dana donošenja odluke. Nezavisno od postupka za zaštitu prava koji je zaposleni pokrenuo kod poslodavca zaposleni se može obratiti Inspekciji rada radi zaštite prava.²⁰ U Bosni i Hercegovini, propisana je zaštita prava iz radnog odnosa, te tako radnik koji smatra da mu je poslodavac povredio neko pravo iz radnog odnosa dužan je u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke kojom je povređeno njegovo pravo, odnosno od dana saznanja za povredu

¹⁸ Zakon o delovnih razmerjih, *Uradni list RS*, br. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16, 52/16, 15/17, 22/19, 81/19, 203/20, 19/21, 202/21, 15/22 i 54/22.

¹⁹ Zakon o radu, *Narodne novine RH*, br. 93/14, 127/17, 98/19, 151/22 i 64/23, čl. 133,

²⁰ Zakon radu, *Službeni list CG*, br. 74/19, čl. 139.

prava zahteva od poslodavca ostvarivanje tog prava. Ako poslodavac u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva za zaštitu prava ili postizanja dogovora o mirnom rešavanju spora, ne udovolji tom zahtevu, radnik može u daljem roku od 90 dana podneti tužbu pred nadležnim sudom. Zaštitu povređenog prava pred nadležnim sudom ne može zahtevati radnik koji prethodno poslodavcu nije podneo zahtev, osim u slučaju otkaza ugovora o radu.²¹ U Republici Srpskoj, gde se primenjuje poseban zakon, radnik koji smatra da mu je poslodavac povredio pravo iz radnog odnosa može podneti pisani zahtev poslodavcu da mu obezbedi ostvarivanje tog prava. Zahtev se može podneti u roku od 30 dana od dana saznanja za povredu prava. Poslodavac je dužan da odluči o zahtevu radnika u roku od 30 dana od dana dostavljanja zahteva, a ako u tom roku ne odluči, smatraće se da je zahtev prihvaćen.²² I u Republici Severnoj Makedoniji zaposleni koji smatra da mu poslodavac ne pruža prava iz radnog odnosa ili krši neko od prava iz radnog odnosa, ima pravo da podnese pismeni zahtev poslodavcu da otkloni povredu, odnosno da ispuni svoju obavezu. Ako zaposleni smatra da je njegovo pravo povređeno pismenom odlukom poslodavca, ima pravo da zahteva u roku od osam dana od dostavljanja rešenja, kojim je to pravo povređeno, da traži ispravku od strane poslodavca. Ako poslodavac u daljem roku od osam dana nakon podnošenja pismenog zahteva, nije izvršio svoje obaveze iz radnog odnosa, odnosno nije otklonio povredu, zaposleni može u roku od 15 dana zatražiti sudsku zaštitu pred nadležnim sudom.²³

ŽALBENI MEHANIZMI U JAVNOM SEKTORU

Žalbeni mehanizmi su u javnom sektoru propisani zakonima i jasno su uređeni. Na osnovu Zakona o državnim službenicima Republike Srbije, državni službenik ima pravo žalbe na rešenje kojim se odlučuje o njegovim pravima i dužnostima, ako žalba tim zakonom nije izričito isključena, žalbene komisije odlučuju o žalbama državnih službenika na rešenja kojima se u upravnom postupku odlučuje o njihovim pravima i dužnostima i o žalbama učesnika internog i javnog konkursa, o žalbama državnih službenika iz organa državne uprave, službi Vlade i Državnog pravobranilaštva odlučuje Žalbena komisija Vlade; upravni inspektor može žalbenim komisijama predložiti da po osnovu službenog nadzora ponište

²¹ Zakon o radu, *Službene novine Federacije BiH*, br. 26/16 i 89/18, čl. 114.

²² Zakon o radu Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 1/16 i 66/18, čl. 201.

²³ Zakon za radotnite odnosi, *Služben vesnik RM*, br. 16/10, čl. 181.

ili ukinu nezakonita konačna rešenja kojima je odlučeno o nekom pravu ili dužnosti državnog službenika, 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 Državnog pravobranilaštva odlučuje Žalbena komisija Vlade.²⁴

Na osnovu svega navedenog, Žalbena komisija Vlade ima nadležnost da odlučuje o žalbama državnih službenika iz ministarstava, sa organima uprave u njihovom sastavu; posebnih organizacija, službi Vlade, kao i stručnih službi upravnih okruga i Državnom pravobranilaštvu, kao i o žalbama učesnika internog i javnog konkursa u njima. U nadležnosti Žalbene komisije Vlade nisu i nameštenici, koji zaštitu prava iz radnog odnosa i po osnovu rada ostvaruju primenom opštih propisa o radu i zaposleni na koje se primenjuju posebni propisi (o vojsci, odbrani, policiji, lokalnoj samoupravi).²⁵

Žalbena komisija Vlade, saglasno Zakonu, radi u većima od po tri člana, s tim što su u Komisiji na osnovu Poslovnika o radu Žalbene komisije Vlade obrazovana tri veća, čije članove predsednik Komisije može da menja u zavisnosti od razloga koji se odnose na razloge za izuzeće i posebna znanja i iskustvo članova koji su u vezi sa predmetom odlučivanja.²⁶

Saglasno Zakonu o državnim službenicima stručno-tehničke i administrativne poslove za Žalbenu komisiju Vlade vrši Služba za upravljanje kadrovima, kod koje se obezbeđuju i sredstva za rad komisije.²⁷

Žalbene komisije Vlade ima značajne rezultate, a o kojima najmanje jednom godišnje izveštava Vladu, na osnovu Zakona. Prema podacima iz Izveštaja za 2020. godinu, a koji su i javno dostupni na osnovu slobodnog pristupa informacijama od javnog značaja, od početka svog rada 2006. godine do 31. avgusta 2020. godine (dan kada se pravi presek rada ove Komisije) postupala je i rešavala u 46.885 predmeta, u vezi sa kojima je pokrenut 6.541 spor, iz čega proizlazi da je odlukom Žalbene komisije Vlade bilo nezadovoljno 13,95% državnih službenika koji su bili stranka u postupku pred ovom komisijom. Od ukupno pokrenutog 6.541 spora okončano je, odnosno presuđeno u 4.844 spora, od čega je obustavljanjem postupka ili odbacivanjem

²⁴ Zakon o državnim službenicima, *Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05 – ispravka, 83/05 – ispravka, 64/07, 67/07 – ispravka, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20, 142/22, čl. 142–175.

²⁵ Zakon o zaposlenima u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 21/16, 113/17, 113/17 – dr. zakon, 95/18, 114/21, čl. 25 propisuje pravo na žalbu za ovu kategoriju zaposlenih.

²⁶ Zakon o državnim službenicima, čl. 145.

²⁷ Milan Vlatković, Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Službeničko pravo*, Dosije, Beograd, 2013, 199.

ili odbijanjem tužbe kao neosnovane okončano 2.753 spora, a usvojena je 2.081 tužba, a poništeno 4,19% rešenja, u odnosu na ukupan broj rešenih sporova.

EKSTERNI ŽALBENI MEHANIZMI

Kada govorimo o eksternim žalbenim mehanizmima, posebno mesto, kako u praksi, tako u normativnom smislu, ima Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova²⁸ i uloga koju ima Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova. Ovim propisom je stvorena mogućnost da se radnici i poslodavci mogu obraćati kada imaju međusobni spor ovoj instituciji.²⁹ Ti radni sporovi mogu biti individualni i kolektivni, ali ova institucija je ograničena u smislu taksativno navedenih nadležnosti za konkretne sporove koje može da rešava. Individualni radni sporovi rešavaju se arbitražom, a kolektivni sporovi se rešavaju metodom mirenja. Oba postupka se pokreću šablonskim predlogom koji je i formalno propisan, a koji strane u sporu mogu da podnesu zajednički ili pojedinačno Agenciji. Postupajućeg arbitra određuju strane u sporu sporazumno, iz Imenika miritelja i arbitara koji vodi ova agencija, a ako to ne učine, određuje ga direktor Agencije. Postupak se okončava arbitražnim rešenjem u roku od 30 dana koje je pravosnažno i izvršno danom dostavljanja stranama u sporu. Izuzetak je spor povodom zlostavljanja i diskriminacije, gde se postupak okončava na osnovu sporazuma strana u sporu. Ukoliko ne postoji sporazum o rešenju spora, arbitar obustavlja postupak, tako da se o istoj pravnoj stvari može voditi sudski postupak. Sa druge strane, mirenjem se rešavaju kolektivni radni sporovi, koje vodi miritelj, koji ujedno predsedava Odborom za mirenje. Ovi postupci se po pravilu okončavaju zajedničkom preporukom koja ne obavezuje strane u sporu, preporukom miritelja koja takođe nije obavezujuća. Kruna postupka je sporazum koji je obavezujuć i predstavlja najpoželjniji ishod za okončanje spora. Intencija zakonodavca je bila da ovi postupci budu besplatni za strane u sporu i da se omogući brz i efikasan pristup zaštiti prava iz radnog odnosa i u vezi rada.³⁰

Eksterni mehanizam za zaštitu prava je propisan i Zakonom o zabrani diskriminacije,³¹ a to je posredovanje. Na osnovu ovog propisa može da se podnese pritužba Povereniku za zaštitu ravnopravnosti u toku postupka, a koji na osnovu te

²⁸ Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, 104/09 i 50/18.

²⁹ Ivica Lazović „Mirno rešavanje kao alternativa sudskom rešavanju radnih sporova“, *Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom II, Beograd, 2022, 711.

³⁰ www.ramrrs.gov.rs, 1. 9. 23.

³¹ Zakon o zabrani diskriminacije, *Službeni glasnik RS*, br. 22/09, 52/21.

pritužbe može predložiti sprovođenje postupka pregovaranja radi postizanja sporazuma. Ako Poverenik predloži posredovanje i obe strane prihvate taj predlog, sprovodi se posebna medijacija. Ako ovaj postupak posredovanja ne bude uspešno okončan i u predviđenom roku, postupak po pritužbi će se nastaviti. Na navedeni način se rešavaju sporovi povodom diskriminacije na radu, dakle posredovanjem i uz savete posrednika.³²

Eksterna zaštita nekom vrstom žalbenog mehanizma se može zatražiti i od Zaštitnika građana, na osnovu Zakona o Zaštitniku građana.³³ Ovim zakonom formirana je institucija Zaštitnik građana kao nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja. Zaštitnik građana stara se o zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih sloboda i prava. Zaštitnik građana je ovlašćen da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave, ako se radi o povredi republičkih zakona, drugih propisa i opštih akata. Zaštitnik građana je ovlašćen da kontroliše zakonitost i pravilnost rada organa uprave.³⁴ Na osnovu svega navedenog, ovaj institut je vrlo ograničeno primenjiv za zaposlene u privatnom sektoru, dok može imati određenu primenu za zaposlene u javnom sektoru.

Zakon o posredovanju u rešavanju sporova³⁵ imao je za cilj da se posredovanje primenjuje u spornim odnosima u kojima strane mogu slobodno da raspolazu svojim zahtevima, ako drugim zakonom nije propisana isključiva nadležnost suda ili drugog organa, bez obzira da li se sprovodi pre ili posle pokretanja sudskog ili drugog postupka. I ovaj propis može da bude osnov za razvoj eksternog mehanizma za zaštitu zaposlenih kod poslodavca, imajući u vidu da sporne odnose rešavaju spoljni posrednici. Međutim, to posredovanje se plaća te to delimično utiče na manju popularnost ovog mehanizma za rešavanje radnih sporova, posebno ako se ima u vidu postojanje posebnog propisa za mirno rešavanje radnih sporova.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Način da se prigovori na neku odluku, da se ispravi neka grešaka, postoji verovatno od kada i postoji odlučivanje, verovatno hiljadama godina. Ideja je da se

³² Branko Lubarda, Radno pravo, Pravni fakultet, Beograd, 2020, 767.

³³ Zakon o zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 54/07.

³⁴ B. Lubarda (2020), op. cit., 767.

³⁵ Zakon o posredovanju u rešavanju sporova, *Službeni glasnik RS*, br. 55/14.

kroz prigovor ukaže na moguće previde i greške, a daljom evolucijom te ideje, da se kroz odlučivanje na nekom drugom višem nivou o istom pitanju, dobije višestepenost i dođe do pravednog rešenja nekog pitanja. Ta višestepenost i nezavisnost je u temeljima vladavine prava, a sredstvo za njeno ostvarivanje je pritužba, prigovor, odnosno žalba. Institut žalbe je poznat od rimskog prava, preko starog Vavilona, običajnog prava do savremenih država. Žalba je i redovni pravni lek, građansko pravo na žalbu je najčešće garantovano ustavom, devolutivnog je karaktera, odnosno o njoj odlučuje viši organ u odnosu na onaj koji odlučuje u prvom stepenu.

U Republici Srbiji u važećem radnom zakonodavstvu *de lege lata* prisutnost žalbenih mehanizama je ograničena, a posebno u opštem režimu radnih odnosa. Može se zaključiti da u pravnom sistemu egzistiraju alternativni mehanizmi za rešavanje radnih sporova, a koji su institucionalno uređeni, prvenstveno postupci mirenja i arbitraže pred Republičkom agencijom za mirno rešavanje radnih sporova, institucijom Poverenika za zaštitu ravnopravnosti koja je zadužena za sprečavanje diskriminacije na radu ili institucije Zaštitnika građana – ombudsmana, a koje mogu rešavati i pitanja i pritužbe vezane za rad. Međutim, pored opšteg režima radnih odnosa, čini se da je u posebnim režimima, pre svega za javne (državne) službenike sistem žalbi kao mehanizam zaštite prava iz radnog odnosa veoma dobro razvijen, sa vrlo bogatom praksom. Takođe, u važećem radnom zakonodavstvu gotovo svih država u regionu postoji jasno propisan mehanizam da se zaposleni koji smatra da mu je neko pravo povređeno prvo obrati poslodavcu. To nije slučaj u važećem Zakonu o radu u Republici Srbiji.

De lege ferenda radno zakonodavstvo bi trebalo da omogući jedan nedvosmisleni mehanizam pritužbe ili žalbe prvo poslodavcu, kao što je to praksa u regionu, a ponegde i intencija u međunarodnoj praksi, ako uzmemo u obzir propise o „Due Diligence“.

Iako je vrlo razvijena praksa žalbenih komisija u javnom sektoru, kao i pokazatelji o rezultatima rada ovih mehanizama, oni ipak nisu primenjivi u privatnom sektoru zbog niza ograničenja od ekonomičnosti, visoke specijalizacije članova žalbenih komisija, do specifičnog uređivanja radnih odnosa u javnom sektoru.

Adekvatna alternativa mogu da budu eksterni mehanizmi za žalbe, kao što su mirenje, arbitraža, medijacija i tela poput Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova. Njih je potrebno razvijati kroz podizanje svesti mnogo šire grupe radnika širom zemlje o njihovom radu.

Ipak, svi navedeni nedostaci nisu ograničavajući faktor poslodavcima da sami razvijaju interne žalbene mehanizme, kako u cilju prilagođavanja trendovima u poslovnom okruženju, tako i u okviru socijalnog dijaloga sa sindikatima i svojim zaposlenima. A sve ostalo, moguće je rešiti kroz buduće reforme radnog zakonodavstva.

Dr. IVICA LAZOVIĆ
Director, Republic Agency for
Peaceful Settlement of Labor Disputes
Republic of Serbia

APPEAL MECHANISMS FOR THE PROTECTION OF EMPLOYEE RIGHTS IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In this paper, we will focus on the protection of employee rights through appeal mechanisms, objections, or complaints in the Republic of Serbia. This issue is brought to the forefront by global trends, such as the new German Supply Chain Due Diligence Act, which promotes green business practices and safeguards a range of human rights and freedoms, including the prohibition of child labor, forced labor, and discrimination, the right to freedom of association, and fair wages, among others. A sustainable system for the protection of labor rights and rights based on labor also implies adequate and functional appeal mechanisms. This has prompted us to explore the possibilities for protecting employment rights, primarily within our legal system but also in the region, through applicable appeal mechanisms. The paper examines the formal basis for appeals or complaints in the general system of labor relations, with a special focus on the specific system concerning public or state officials. Additionally, it analyzes external appeal mechanisms such as ombudsmen, bodies for peaceful resolution of labor disputes, or equality protection bodies. In the end, conclusions are drawn *de lege lata* and *de lege ferenda*.

Key words: appeal, objection, complaint, commission

Literatura

- Jovanović P., *Radno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2000.
- Kovačević Lj., *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet, Beograd, 2021.
- Lazović I., „Mirno rešavanje kao alternativa sudskom rešavanju radnih sporova“, *Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, Tom II, Beograd, 2022.
- Lubarda B., *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004.
- Lubarda B., *Radno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2020.
- Lubarda B., *Uvod u radno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2021.
- Tomić Lj., „Ekološkopravni aspekti novog nemačkog Zakona o korporativnoj dužnosti pa-
žnje u lancima snabdevanja – ispitivanje dejstva na pravne subjekte u Republici Srbiji“,
Strani pravni život, broj 2, Beograd, 2023.
- Urdarević B., *Priručnik o žalbenim mehanizmima*, ILO i GIZ, Beograd, 2023.
- Urdarević, B., Brković, R., „Radna arbitraža“, *Radno i socijalno pravo*, br. 4–6, Beograd, 2002.
- Vlatković M., Brković R., Urdarević B., *Službeničko pravo*, Dosije, Beograd, 2013.

PREGLEDNI RAD

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

MEĐUNARODNI PRAVNI ODNOSI I PRAVDA – II tom

INTERNATIONAL LEGAL RELATIONS AND JUSTICE – Vol. II

Druga katedra

Second Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

3. Upravno-pravna zaštita slobode

Administrative-Law Protection of Freedom

Upotreba veštačke inteligencije u javnom interesu

– mogućnosti, izazovi i odgovornost

Use of artificial intelligence in the public interest

- opportunities, challenges and liability

– *prof. dr Dobrosav Milovanović*, redovni profesor

Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 5

Pravosudni ispit kao posebna vrsta stručnog ispita u upravi

Judicial examination as a special type of professional examination

in administration

– *prof. dr Zoran Lončar*, redovni profesor Pravnog fakulteta

Univerziteta u Novom Sadu 31

Međunarodni principi i standardi Evropske unije: ka profesionalnoj javnoj upravi Srbije International and European administrative standards: towards professional public administration in Serbia	
– <i>prof. dr Zorica Vukašinić Radojičić</i> , redovni profesor Kriminalističko-policijskog univerziteta, Beograd; <i>dr Aleksandra Rabrenović</i> , viši naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu	47
Pravni okvir načela samo jednom u zemljama Zapadnog Balkana Legal framework of only once principle in the countries of the Western Balkans	
– <i>prof. dr Boris Ljubanović</i> , redovni profesor u trajnom zvanju Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku; <i>mag. iur Alen Lalić</i> , doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku, predavač na Veučilištu u Šibeniku	59
Izazovi upravnog sudstva u Crnoj Gori Challenges of administrative judiciary in Montenegro	
– <i>Miodrag Pešić</i> , magistar pravnih nauka, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, predsjednik Upravnog suda Crne Gore	75
Mogućnosti i izazovi primene veštačke inteligencije u javnoj upravi – međunarodni principi i praksa Possibilities and challenges of applying artificial intelligence in public administration - international principles and practice	
– <i>Nataša Marković</i> , specijalista kriminalista, Republički sekretarijat za javne politike Republike Srbije	95
Sistem besplatne pravne pomoći kao podrška razvoju efikasne i korisnički orijentisane uprave u digitalnom okruženju Free legal assistance system as a support for the development of efficient and user-oriented administration in the digital environment	
– <i>dr Milica Torbica</i> , viši savetnik u Republičkom geodetskom zavodu	109
Odložno dejstvo tužbe prema Zakonu o upravnim sporovima Suspension of claims under the administrative disputes act	
– <i>dr Vesna Bilbija</i> , viši savetnik u Upravnom sudu Republike Srbije	123

Treća katedra
Third Department

PRAVO NA IMOVINU
RIGHT TO PROPERTY

1a. Opšta pitanja/Kodifikacije

General questions/Codification

Ignorantia iuris nocet

Ignorantia iuris nocet

- *prof. dr Angel Ristov*, redovni profesor Pravnog fakulteta
„Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju 137

Stara pravna pravila građanskog prava u Bosni i Hercegovini

Old legal rules in the civil law of Bosnia and Herzegovina

- *prof. dr Branko Morait*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Banjaluci i sudija Suda BiH u penziji;
Ana Morait Praštalo, master pravnik 157

The use of national law to achieve development goals

– The German Supply Chain Due Diligence Act –

Upotreba nacionalnog prava za ostvarivanje razvojnih ciljeva

– Zakon o nemačkom lancu snabdevanja –

- *dr Thomas Meyer*, direktor programa „Jačanje civilnog društva
u Istočnom partnerstvu“, GIZ, Savezno ministarstvo
za ekonomsku saradnju i razvoj Nemačke 171

1b. Svojina i druga stvarna prava

Ownership and Other Property Rights

Prilog reafirmaciji ruralne komasacije

Contribution to reaffirmation of rural land consolidation

- *prof. dr Nina Planojević*, redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Kragujevcu 181

Pravo građenja kao novi institut stvarnog prava u BiH

The right to construction as a new institute of property law in Bosnia
and Herzegovina

- *dr Larisa Velić*, vanredni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Zenici 207

O pojedinačnom zemljišnoknjižnom ispravnom postupku About individual land registry correct procedure	
– <i>dr Blanka Kačer</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Splitu; <i>mr. sc. Dean Rahan</i> , advokat, Advokatska kancelarija Dean Rahan, Supetar	223

Posebni modaliteti <i>ius retentionis</i> u srpskom i uporednom pravu Special modalities of <i>ius retentionis</i> in serbian and comparative law	
– <i>dr Aleksandra Pavićević</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu	241

1c. Svojina i nasleđe

Ownership and Inheritance

Osvrt na ugovor o nasleđivanju u savremenim pravima A review of the inheritance agreement in modern law	
– <i>dr Tamara Đurđić Milošević</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu	263

Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju zbog promenjenih okolnosti Termination of life care contract due to changed circumstances	
– <i>Emilija Kostić</i> , master prava, istraživač-pripravnik na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu	275

1d. Ugovor i odgovornost za štetu

Contract and Liability for Damage

Private law and technological policy: the example of smart contracts Privatno pravo i tehnološka politika: primer pametnih ugovora	
– <i>prof. dr Mateja Durovic</i> , redovni profesor, <i>King's College London</i>	291

2. Porezi

Taxes

O predlogu uvođenja poreza na pse On the proposal to introduce a tax on dogs	
– <i>prof. dr Gordana Ilić Popov</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	315

Moć unapređenja savremenog oporezivanja The power of improving contemporary taxation	
– <i>prof. dr Marina Dimitrijević</i> , redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu	329

Oporezivanje imovine zasnovano na površini Area-based property tax	
– <i>dr Cvjetana Cvjetković Ivetić</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu	345

3. Privredna društva

Commercial Companies

Ništavost i pobožnost odluka skupštine društava kapitala Nullity and annulment of decisions of the general meeting of companies	
– <i>akademik prof. dr Mirko Vasiljević</i> , profesor emeritus Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	357

Položaj jamca u insolventijskim postupcima u hrvatskom pravu i praksi Europskog suda za ljudska prava Position of guarantor in insolvency proceedings in Croatian law and European Court of Human Rights Practices	
– <i>dr Davorin Pichler</i> , vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku; <i>Petra Štivić</i> , student Pravnog fakulteta Univerziteta J. J. Strossmayera u Osijeku	385

Pobijanje pravnih radnji i kompanijske tužbe kao instrumenti zaštite poverilaca u stečajnom postupku Challenging of legal actions and company claims as instruments of protection of creditors in bankruptcy	
– <i>dr Dragiša Slijepčević</i> , sudija Vrhovnog suda u penziji; <i>dr Marko Radović</i> , sudija Privrednog suda u Beogradu, docent Pravnog fakulteta Univerziteta „Union“ u Beogradu	403

Praksa privrednih sudova u postupcima po planovima reorganizacije Practice of commercial courts in proceedings under reorganization plans	
– <i>Jasminka Obućina</i> , predsednik Privrednog apelacionog suda u Beogradu	431

Radnje izričitog raspolaganja predmetom spora u sudskim postupcima kompanijskog prava Actions of direct disposal of the subject of dispute in court proceedings of company law	
– <i>dr Jovana T. Veličković</i> , advokat u Beogradu	447

4. Osiguranje

Insurance

Sajber osiguranje kao nova vrsta osiguranja – postoji li potreba za novom klasifikacijom osiguranja –

Cyber insurance as a new type of insurance - Is there a need for a new insurance classification -

- *dr Mirjana Glintić*, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu 465

5. Radni odnosi

Labour Relations

Evropski standardi o sezonskim radnicima migrantima

– normativna sadržina i domašaj Direktive 2014/36/EU

European standards on seasonal migrant workers - normative content and scope of Directive 2014/36/EU

- *prof. dr Ljubinka Kovačević*, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu 483

Pravo na privatnost u radnom odnosu i Evropska konvencija o ljudskim pravima

The right to privacy in the employment relationship and the European Convention on Human Rights

- *dr Aleksandar Ristovski*, vanredni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju;
prof. dr Todor Kalamatiev, redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju 517

Crafting Macedonia's social entrepreneurship legal framework: choosing the best legal form for social enterprise based on the experiences of China, Europe, and the USA

Uobličavanje makedonskog pravnog okvira za socijalno preduzetništvo: biranje najboljeg pravnog oblika za socijalno preduzeće na osnovu iskustava Kine, Evrope i SAD

- *prof. dr Darko Spasevski*, redovni profesor Pravnog fakulteta „Justinijan Prvi“ Univerziteta „Sv. Ćirilo i Metodije“ u Skoplju;
dr Bingwan Xiong, vanredni profesor Univerziteta *Renmin* u Kini, Peking 537

Pravo na digitalnu (ne)dostupnost u oblasti rada – novo pravo svojstveno radu u digitalnom dobu Right to disconnect - a new, emerging right in the digital era? – <i>dr Sanja Stojković Zlatanović</i> , viši naučni saradnik Instituta društvenih nauka u Beogradu	555
Usklađenost novog Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu sa konvencijama Međunarodne organizacije rada br. 155 i 187 Compliance of the New Law on Safety and Health at work with the conventions of the International Labor Organization No. 155 and 187 – <i>dr Filip Bojić</i> , docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu	571
Žalbeni mehanizmi za zaštitu prava zaposlenih u Republici Srbiji Appeal mechanisms for the protection of employee rights in the Republic of Serbia – <i>dr Ivica Lazović</i> , direktor Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, naučni saradnik Instituta za strategijska istraživanja Univerziteta odbrane, docent na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe u Novom Sadu	591

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341(082)

КОПАОНИЧКА школа природног права Слободан Перовић. Сусрет (36 ; 2023 ; Копаноник)

Међународни правни односи и правда : зборник radova 36. susreta Копаноничке школе природног права - Slobodan Perović, Копаноник, 13. – 17. decembar 2023 : међународна научна конференција. Tom 2 = International legal relations and justice : proceedings of the 36th Meeting of Копаноник school of natural law - Slobodan Perović, Копаноник, 13 - 17 December 2023 : international scientific conference. Vol. 2 / [glavni i odgovorni urednik, editor in chief Jelena S. Perović Vujačić]. - Beograd : Копаноничка школа природног права - Slobodan Perović, 2023 (Novi Sad : Futura). - 611 str. ; 24 cm

Na vrhu nasl. str.: Universitas Iuris naturalis Copaonici. - Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst. - Bibliografija uz svaki rad. - Summaries.

ISBN 978-86-81956-19-9

ISBN 978-86-81956-22-9 (za izdavačku celinu)

а) Међународно право -- Зборници

COBISS.SR-ID 130240521



**KOPAONIČKA ŠKOLA
PRIRODNOG PRAVA
SLOBODAN PEROVIĆ**

Universitas Iuris
Naturalis Copaonici

KOPAONIKSCHOOL.ORG