
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 102 | ГОДИНА LXIII | 2024

FACULTY OF LAW
UNIVERSITY OF NIŠ

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

№ 102 | YEAR LXIII | 2024

Ниш/Niš 2024.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2024.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Др Мирослав Лазић,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Уредништво

Др Наташа Стојановић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Ирена Пејић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Срђан Голубовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марија Игњатовић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Александар Мојашевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Душица Миладиновић Стефановић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Научни савет

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

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

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

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

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

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

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

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

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

Међународни редакциони одбор

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

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

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

Dr Mustafa Yasan, ванредни професор Правног факултета у Измиру, Демократски Универзитет, Турска

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

Др Златан Мешкић, редовни професор Правног факултета Принц Султан Универзитета у Ријаду, Краљевина Саудијске Арабије

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

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

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

Секретар Редакционог одбора: др Марија Драгићевић,
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Медивест Ниш

Тираж: 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2024

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

Dr Miroslav Lazic, Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Dr Nataša Stojanović, Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Dr Irena Pejić, Full Professor, Faculty of
Law, University of Niš

Dr Srđan Golubović, Full Professor, Faculty
of Law, University of Niš

Dr Marija Ignjatović, Full Professor, Faculty
of Law, University of Niš

Dr Aleksandar Mojašević, Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Dr Dušica Miladinović Stefanović, Full
Professor, Faculty of Law, University of Niš

Scientific Council

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

Dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade,
Serbia

Dr Vesna Knežević Predić, Full Professor,
Faculty of Political Science, University of
Belgrade, Serbia

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

Dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of
Law, University of Novi Sad, Serbia

Dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of
Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Darko Simović, Full Professor, University
of Criminal Investigation and Police Studies
Zemun, Belgrade, Serbia

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

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

International Editorial Board

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

Dr Martin Belov, Full Professor, Faculty of Law, Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Sofia, Bulgaria

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

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

Dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

Dr Sašo Georgijevski, Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Dr Mustafa Yasan, Associate Professor, Faculty of Law Izmir, Democracy University, Turkey

Dr Todor Kalamatijev, Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, Macedonia

Dr Zlatan Meškić, Full Professor, College of Law at Prince Sultan University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia (KSA)

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

Dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Dr Dimitrije Čeranić, Associate Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragičević

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Medivest Niš

Circulation: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

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

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

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

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

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч 11

I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

**Tina Pržeska,
Rodna Živkowska,
Tea Lalevska,**

Consequences of Ambiguous Regulation of the
Contractual Pledge Right in Macedonian Property Law 15

*Последице неједносног уређења уговорног заложног
права у македонском имовинском праву*

Мирослав Лазић,

Начело поуздања у регистар непокретности и
стицање својине одржајем на
непокретним стварима – Други део – 33

*The Principle of Reliance on Real Estate Records
and Acquisition of Ownership by Usucapio
on Immovables - Part Two -*

Наташа Стојановић,

Актуелни трендови у развоју принципа наследног права...53

Current Trends in the Development of Succession Law Principles

Александар Мојашевић,

Стратешке тужбе против учешћа јавности,
демократски статус и ефикасност правосуђа:
упоредна статистичка анализа 81

*Strategic Lawsuits against Public Participation
(SLAPP), Democratic Status and Efficiency of the
Judiciary: Comparative Statistical Analysis*

Tadeusz Zembrzuski, Restrictions to the Principle of Openness in Polish Civil Proceedings.....	111
<i>Ограничења начела јавности у пољском грађанском поступку</i>	
Марко Димитријевић, Принципи монетарног права: класични vs савремени приступ.....	125
<i>Principles of Monetary Law: Classical vs Modern Approach</i>	
Др Љубица Николић, Изазови имплементације регулативе о јавној својини у Србији	143
<i>Challenges in Implementing the Public Property Regulations in Serbia</i>	
Др Мирослав Пешић, Страначки живот у Краљевини Србији крајем 1902. и почетком 1903. године	163
<i>Party life in the Kingdom of Serbia at the end of 1902 and the Begining of 1903</i>	
Dr Ines Matic Matešković, Prisutnost rimske правне традиције u instrumentima osiguranja tražbina Cresko-osorskog statuta.....	179
<i>The presence of Roman Legal Tradition in the Instruments of debt insurance of the Cres-Osor Statute</i>	
Др Александар Антић, Др Санда Ћорац, Враћање запосленог на рад по основу судске пресуде	195
<i>Returning an Employee to Work on the Basis of a Court Judgment</i>	

II РАДОВИ ДОКТОРАНАДА / PHD STUDENTS PAPERS

Милица Костовски,

Правни принципи од Српског грађанског законика
1844. до предоснове Грађанског законика 1934. 215

*Legal Principles from the Serbian Civil Code of the
Principality of Serbia (1844) to the Pre-Draft of the
Civil Code of the Kingdom of Yugoslavia (1934)*

Драгана Вујовић,

Земљишни дуг у законодавству и пракси
Републике Словеније..... 239

*Land Debt in the Legislation and Practice
of the Republic of Slovenia*

Мирјана Иваз,

Надлежност и улога европске централне банке
у светлу савремених изазова 259

*Competences and Role of the European Central
Bank in Light of Modern Challenges*

Јована Коцић,

Улога јавних бележника у породичноправним стварима
у српском праву са посебним освртом на праксу јавних
бележника у граду Нишу 279

*The Role of Notary Public in Family Matters in Serbian Law,
with reference to the notary public practice in the City of Niš*

Упутство за ауторе / Guidelines for Authors..... 307

Уводна реч

Поштовани читаоци,

представљамо вам број 102/2024 Зборника радова Правног факултета Универзитета у Нишу, у повећаном обиму због пристиглих веома актуелних и квалитетних научних радова. Тежња да у сваком броју имамо и одређени број квалитетних радова еминентних научника на страном језику је остварена и у овом броју. Такође, уврштена је и рубрика радова студената са докторских студија, који су и овом приликом постигли висок ниво научних радова. Концепција и убудуће остаје иста – објављивање радова на српском језику (ћирилицна и латинична верзија) и радова на енглеском језику који су пре свега намењени правничкој публици, али и са штивима интересантним и економистима, историчарима, филозофима и уопште друштвено-хуманистичким наукама.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирослав Лазић

У Нишу, октобар, 2024.

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

We are pleased to present a new issue of our law journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (No. 102/2024), which contains a large number of high-quality scientific papers on current law-related issues, and several scientific articles submitted by doctoral students. In line with the conceptual framework of this law journal, we pursue the tradition of publishing papers on various legal issues written both in Serbian and in English. The published papers are primarily intended for legal audiences but they may be also interesting to economists, historians, philosophers and scholars from a range of social sciences and humanities.

Editor-in-Chief

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Niš, October 2024

І ЧЛАНЦІ

Tina Pržeska*, LL.D., ORCID 0000-0002-3476-2789

Full Professor,

Faculty of Law Iustinianus Primus, University Ss. Cyril
and Methodius in Skopje, Republic of North Macedonia

Rodna Živkowska*, LL.D., ORCID 0000-0002-8560-9821

Full Professor,

Faculty of Law Iustinianus Primus, University Ss. Cyril
and Methodius in Skopje, Republic of North Macedonia

Tea Lalevska, LL.M.,** ORCID 0009-0000-8899-0958

Teaching Assistant,

Faculty of Law Iustinianus Primus, University Ss. Cyril
and Methodius in Skopje, Republic of North Macedonia

CONSEQUENCES OF AMBIGUOUS REGULATION OF THE CONTRACTUAL PLEDGE RIGHT IN MACEDONIAN PROPERTY LAW

Abstract: *In the legal system of the Republic of North Macedonia, the right of contractual pledge has been regulated since 2003 by a separate legislative act which includes detailed provisions on the acquisition and application of the contractual pledge right. The Contractual Pledge Act (2003) was intended to compensate for the lack of provisions on the right of contractual pledge in the Ownership and Other Real Rights Act. However, the regulation of the contractual pledge right in the Contractual Pledge Act has proven insufficient and, in certain situations, inadequate for application in legal practice. The Contractual Pledge Act contains ambiguous provisions that call into question the legal certainty in exercising the rights of the pledge creditor and the debtor. Some provisions violate the principle of party equality in favour of the pledge creditor, at the detriment of the rights of the pledge debtor. The authors critically analyse the ambiguous provisions on the contractual pledge right to demonstrate that the Macedonian legislator has opted for restrictive and somewhat controversial regulation that contemporary legal systems tend to abandon.*

Keywords: *property, contractual pledge, real property law, North Macedonia.*

* t.przeska@pf.ukim.edu.mk; r.zivkowska@pf.ukim.edu.mk; t.lalevska@pf.ukim.edu.mk

1. Introduction

In the Macedonian legal system, the pledge right is regulated as a *right in rem* by the Ownership and Other Real Rights Act of 2001¹ (hereinafter: the Ownership Act). By explicitly defining the pledge as a *right in rem*, the Ownership Act dismissed any possible dilemmas regarding the legal nature of the pledge right, even though there are various types of pledges regulated by separate legislative acts, such as the Contractual Pledge Act² and the Act on Securing Claims.³ However, the Ownership Act contains only ten provisions regulating the pledge right. The few provisions in the Ownership Act regulate what can be an object of a pledge (Art. 228(1)), what types of claims can be secured by a pledge (Art. 230(2)), types of pledges (legal, judicial and contractual), and some characteristics of the pledge, such as its accessory nature and priority. Important aspects regarding the acquisition, exercise, protection and termination of the pledge right were left to be regulated in a separate (subject-specific) legislative acts. The lack of provisions in the Ownership Act impair the cohesion of pledge as a distinctive property law institute because special legislative acts have different approaches to regulating the particular types of pledge rights. Thus, the regulation of the contractual pledge in the Contractual Pledge Act is essentially different from the regulation of the judicial pledge in the Act on Securing Claims. The difference is not solely dependent on the fact that there are two types of pledge: one acquired by a contract, and the other imposed by a court decision; it is also due to the lack of a unified concept on how the pledge, as a *right in rem*, should be regulated. Looking into the regulation of different types of pledge, we note that contractual pledge is the only type of pledge precisely regulated. Provisions on the legal pledge are scattered in different legislative acts, and they only regulate different conditions and circumstances in which the legal pledge can be established. Judicial pledge is partially regulated by the Act on Securing Claims because it only regulates the procedure of imposing the right of judicial pledge with a court decision.

Unlike other legislative acts, the Contractual Pledge Act contains extensive regulation on the right of contractual pledge. It regulates important issues such as the manner of acquisition of the contractual pledge, the rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor, some provisions regarding the protection of the rights of the pledge creditor, and different ways in which the

1 Закон за сопственост и други стварни права (Ownership and Other Real Rights Act), Службен весник на Република Македонија, бр. 18/01, 31/08, 92/08, 139/09, 35/10.

2 Закон за договорен залог (Contractual Pledge Act), Службен весник на Република Македонија, бр. 5/03, 4/05, 87/07, 51/11, 74/12, 92/12, 115/14, 98/15, 215/15, 61/16

3 Закон за обезбедување на побарувањата (Act on Securing Claims), Службен весник РМ, бр. 87/07, 31/16.

contractual pledge can be terminated. As a subject-specific legislative act, the Contractual Pledge Act is intended to be applied only to the contractual pledge; however, in practice, the Contractual Pledge Act provisions are often used to fill in the gaps in the regulation of other types of pledge: the judicial and the legal pledge. This broadens the impact of the Contractual Pledge Act in regulating pledge as a distinctive property law institute. As a result, any shortcomings in the regulation on contractual pledge in the Contractual Pledge Act affect the entire regulation of pledge right. In the text that follows, we will closely analyse the provisions of the Contractual Pledge Act, which we consider to be ambiguous, restrictive and/or controversial. Implementing these provisions in practice is deemed to bring unintended and undesired consequences.

2. The Regulation of Contractual Pledge under the Contractual Pledge Act (2003)

The Contractual Pledge Act (2003) was the result of incorporating two separate legislative acts that regulated contractual pledge (the 1998 Act on Pledge over Chattels and Rights⁴, and the 2000 Contractual Mortgage Act⁵) into a single legislative act. The primary reason for the integration of the two legislative acts into a single one was to unify the regulation on the contractual pledge and to facilitate its implementation in practice. The legislator also intended to update the regulation on the right of contractual pledge and make this right attractive for creditors to use as an instrument for securing claims arising from loans. It is indisputable that the Contractual Pledge Act made the pledge right as a real security very popular. As a result, nowadays contractual pledge is the most frequently used type of real security by creditors. As the popularity of contractual pledge grew among creditors, they started to push for amendments to the Contractual Pledge Act to improve their position as creditors and facilitate the exercise of their rights. Catering for the interest of the creditors, the legislators did not provide adequate protection for the rights of the pledge debtors. This created inequality between the two parties: the pledge creditor and the pledge debtor. The Contractual Pledge Act also accepts the concept of pledging a so-called “future thing”, thus intending to expand the potential use of the contractual pledge as a real security. However, there are no specific provisions regulating the pledging of “future things”, which to this day causes chaotic relations between creditors and debtors particularly in the real estate market, where putting mortgages over structures under con-

4 Закон за залог на подвижни предмети и права (Act on Pledge over Chattels and Rights), Службен весник на РМ, бр.21/98, 48/99, 86/00.

5 Закон за договорна хипотека (Contractual Mortgage Act), Службен весник на РМ, бр. 59/00, 86/00;

struction has become common practice. There is also a lack of comprehensive regulation regarding pledging shares in co-owned property. This often leads to the infringement of the rights of co-owners who have not pledged their share in the co-owned property. They have not been able to fully exercise their rights as co-owners as guaranteed by the Ownership Act, which stems from the fact that the Contractual Pledge Act gives preference to the rights and interests of the pledge creditors.

3. Inequality between the Pledge Creditor and the Pledge Debtor arising from the Contractual Pledge Act

As already noted, several provisions in the Contractual Pledge Act favour the rights and interests of the pledge creditor, at the expense of the pledge debtor. It is most evident in the part of the Contractual Pledge Act regulating the rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor. The disproportion is obvious as most provisions prescribe how pledge creditors can exercise their rights, while very few provisions focus on the pledge debtors.

The basic right of the pledge creditor is the right to demand the sale of the pledged object for payment of the secured claim from the market value of the pledged object. This can be achieved in two ways: by selling the pledged object or by transferring ownership over the pledged object to the pledge creditor (*lex commissoria*).

The sale of the pledged object is the most common way to discharge the creditor's claim. Pursuant to the Contractual Pledge Act, the manner of sale of the pledged object can be determined in the pledge contract (Art. 23). This provision allows the contracting parties to choose the best sale option considering the nature of the pledged object and their interests. However, although there are several options to choose from (sale by a notary public, real-estate agency, broker, enforcement officer), due to lack of precise regulation most of the options are not *de facto* available; as a result, most sales are done *via* enforcement officers. When conducting the sale of the pledged object, enforcement officers act in compliance with the Enforcement Act⁶ which regulates the enforcement procedure. However, they do not account for the fact that it is not a regular type of enforcement proceeding for payment of debts but rather a form of exercise of the pledge creditor's right under specific conditions. For example, enforcement officers sometimes do not consider that they are not allowed to choose which part of the debtor's property is most adequate to be put up for sale in the enforcement proceedings, as they are obligated to put up for sale only the pledged object and nothing else. The rule that only the pledged object can be

⁶ Закон за извршување (Enforcement Act), Службен весник на РМ, бр.72/16, 142/16, 178/17, 26/18, 233/18, 14/20, 136/20, 154/23.

sold when the pledge creditor is exercising his/her right to demand a sale derives from the Contractual Pledge Act provisions. Article 13 of the Contractual Pledge Act stipulates that, when a right of pledge is established, the pledge debtor is responsible for paying the claim only with the value of the pledged object. This provision is put in place to protect the right of the pledge debtor by limiting his/her responsibility for the secured claim when the pledge debtor and the debtor of the claim are not the same person. Enforcers tend to ignore this rule when a sale of a pledged object can be problematic if other parts of the debtor's property are not included. They consider that this rule does not apply because it is not found in the Enforcement Act, which they abide by during the enforcement proceedings. Their interpretation is that the Enforcement Act allows enforcers to choose the best way to conduct the enforcement proceeding. We disagree with this interpretation of the law and consider that the provisions of the Contractual Pledge Act need to be applied accordingly since this Act regulates the exercise and the termination of the contractual pledge. Furthermore, we consider that the Contractual Pledge Act, as subject-specific legislation, takes priority before the provisions of the Enforcement Act. This means that the Enforcement Act needs to be applied in a manner that does not contradict the regulation on contractual pledges in the Contractual Pledge Act. In the circumstances where the provisions of the Contractual Pledge Act are not followed by enforcers during the enforcement proceedings, the infringement of the pledge debtor's right may occur, especially when the pledge debtor and the debtor of the claim are two different persons. Considering the malpractice cases, it would be beneficial to enact precise provisions directing enforcers on how to adequately apply the rules of the enforcement proceeding when the pledge creditor initiates an enforcement proceeding while exercising his/her right to demand the sale of the pledged object.

As already mentioned, another way that the pledge creditor can get payment for the secured claim is by acquiring ownership of the pledged object (*lex commissoria*). There has been a debate among scholars on the issue of whether *lex commissoria* could be acceptable as a clause in a pledge contract. Most scholars agree that clauses such as *lex commissoria* and *pactum marciannum* lead to the violation of the rights of pledge debtors, and even the rights of pledge creditors (Popov, 2010: 84; Lazić, 2009: 116). In the Macedonian law, the *lex commissoria* clause is not explicitly prohibited. The Ownership Act (OA) states that the pledge creditor can discharge the secured claim by acquiring ownership over the pledged object (Art. 225 of the OA). Unlike the Ownership Act, the Contractual Pledge Act does not allow *lex commissoria* to be incorporated as a clause in the pledge contract. Instead, the Contractual Pledge Act (CPA) states that the pledge creditor can get payment of the secured claim via *lex commissoria* if the sale of the pledged object was unsuccessful and there

are not multiple pledges encumbering the same object (Art. 64-lj of the CPA). Under these conditions, the pledge creditor can acquire ownership over the pledged object as payment, in which case the secured claim is considered fully discharged. This provision is applicable if the sale of the pledged object is made by a notary public who conducts the proceeding in compliance with the provision of the Contractual Pledge Act. As this provision is envisaged in the Contractual Pledge Act, there is a dilemma as to whether this provision can be applied in the enforcement proceedings by the enforcers. Strictly speaking, the provision is envisaged in the part of the Contractual Pledge Act regulating the procedure for exercising the creditor's right to demand sale before a notary public. This is why we cannot say that this provision is intended to be generally applicable. However, as noted by some scholars, once the debtor has defaulted and the creditor has demanded the sale of the pledged object, the transfer of ownership to the pledge creditor (*lex commissoria*) should be permitted if the rights of third parties are not affected (Лазич, 2022: 20). We concur with this opinion and therefore consider that same conditions for *lex commissoria* should apply in the enforcement proceeding initiated by the pledge creditor demanding the sale of the pledged object, even though there is no precise provision on the matter in the Enforcement Act. However, in practice, since the provisions of Article 64-lj of the CPA are not directly applicable in enforcement proceedings conducted by enforcers, the pledge creditor cannot acquire ownership over the pledged object by *lex commissoria* under the conditions set forth in the Contractual Pledge Act. In the enforcement proceeding, the pledge creditor is allowed to participate in the bidding during the public auction of the pledged object (Article 183 of the Enforcement Act). If he/she gives the best bid on the auction, he/she will acquire ownership over the pledged object. This is a better option for the pledge creditor because if the pledged object is not sold at the first auction, in the subsequent auctions the starting bid can be lowered up to 1/3 of the appraised market values of the pledged object. This means that the pledge creditor as a bidder can acquire ownership of the pledged object below its market value without that being considered *lex commissoria*. When the sale price of the pledged object is lower than the value of the secured claim, the secured claim is considered partially paid. Even though the pledge creditor has acquired ownership over the pledged object as the best bidder, he/she can continue to demand payment of the unpaid part of the claim from the rest of the property of his/her debtor. As we can see, applying the Enforcement Act, without considering the *lex commissoria* rules from the Contractual Pledge Act can lead to a more favourable outcome for the pledge creditor, at the expense of the debtor. On the other hand, if the sale of the pledged object is conducted before a notary public, then the provisions of Article 64-lj of the CPA will apply;

so, if the pledge creditor decides to acquire ownership over the pledged object, his/her claim will be considered as paid in full.

When the pledged object remains in possession of the pledge debtor, the Contractual Pledge Act also establishes other rights for the pledge creditor. Such are the rights to ask the pledge debtor to respect his/her pledge right, to supervise the condition of the pledged object, to demand that the pledge debtor maintain the value of the pledged object, to demand the removal of all damage caused to the pledged object, and to demand an anticipatory sale of the pledged object if the pledge debtor is devaluing the pledged object (Articles 25-39 of the CPA). Even though the Contractual Pledge Act establishes these rights for the pledge creditor, the possibility for the pledge creditor to exercise these rights is difficult. There are no legal instruments that the pledge creditor can use to effectively exercise his/her rights other than lawsuits before the courts, which entails a lengthy civil procedure that may not bring the desired result. This makes the afforded protection ineffective.

Under the Contractual Pledge Act, some rights are also granted to the pledge debtor when the pledge creditor has possession over the pledged object (pawn). In this case, the pledge debtor has the following rights: to demand that the pledge creditor diligently cares for the pledged object, to refrain from using the pledged object, to surrender the fruits of the pledged object to the pledge debtor, and to return the pledged object to the pledge debtor once the secured claim has been paid in full (Article 31 of the CPA). If the pledge creditor infringes upon the pledge debtor's rights, the pledge debtor can ask that the pledged object be taken from the pledge creditor and given to a third party for safekeeping. The pledge debtor can also sue for damages resulting from the infringement of his/her rights by the pledge creditor. As in case of protection of the pledge creditor's rights, the pledge debtor has no other legal instruments to protect his/her rights other than file a lawsuit against the pledge creditor.

It needs to be noted that the Contractual Pledge Act has an ambiguous position regarding the right of the pledge debtor to collect the fruits of the pledged object. Generally speaking, the fruits of the pledged object are considered to be encumbered with the pledge while they are part of the pledged object. This is clearly stated both in Article 230(1) of the Ownership Act and in Article 7(2) of the Contractual Pledge Act. On the other hand, even though it is not specifically stated, the Ownership Act allows fruits to be considered an independent object of pledge, once they are separated and collected (Article 127(2) of the OA). The Contractual Pledge Act does not state that the collected fruits can be a separate object of pledge. However, the Contractual Pledge Act does guarantee the right of the pledge debtor to collect and keep the fruits of the pledged object unless it was otherwise stipulated in the pledge contract (Article 127(2) of the OA). If the pledge debtor is permitted by law to collect

and keep the fruits of the pledged object, there is no legal impediment for him/her to freely use them in any way he/she sees fit after that. The pledge debtor can contractually agree to allow the pledge creditor to collect the fruits of the pledged object. In such a case, the value of the collected fruits is set off against the value of the secured claim. This is the so-called *pactum antichreticum* which originates from the Roman law period (Romic, 1975: 59; Horvat, 2007: 242). However, even though the Contractual Pledge Act guarantees the pledge debtor's right to collect the fruits of the pledged object, this right is guaranteed until the pledge creditor demands the sale of the pledged object. Pursuant to the Contractual Pledge Act, once the proceedings for the sale of the pledged object are initiated, all fruits are considered encumbered with the pledge right and therefore can be sold along with the pledged object, unless the pledge contract stipulates otherwise (Art. 27 (3) of the OA). This is very convenient for the pledge creditor because it immediately increases the value of the pledged object. The only way for the pledge debtor to protect his/her right to collect the fruits during the proceedings for the sale of the pledged object is if he/she insists on a clause to that effect to be entered into the pledge contract. This is highly unlikely considering the lack of leverage of the pledge debtor vis-à-vis the pledge creditor when negotiating the conditions of the loan, and the pledge contract. Having the upper hand, the pledge creditor is likely to refuse for such a clause to be entered into the pledge contract since it is not in his/her best interests.

Regarding the issue of the fruits of the pledged object, scholars agree that (due to the elasticity of the pledge right) all that is attached to the pledged object is considered to be part of that object and consequently encumbered with the pledge right (Kovačević-Kuštrimović, Lazić, 2004: 278-280; Rašović, 2005: 438). Scholars also agree that, once they are separated and collected, the fruits become independent and, as such, they can be a separate object of property rights. As for the possibility of the collected fruits being pledged separately, scholars consider that it is possible if the conditions for establishing a pledge right are met (Kovačević-Kuštrimović, Lazić, 2004: 279). In comparative law, there are different legal solutions on the fruits of the pledged object. The Croatian Ownership and Other Real Rights Act⁷ states that the collected fruits can be pledged independently (Art. 298). Under the Slovenian Property Code⁸, fruits separated from the pledged object become ownership of the pledge debtor, unless otherwise specified in the pledge contract (Art. 159). The German Civil

7 *Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* (the Croatian Ownership and Other Real Rights Act), *Narodne Novine, Službeni list Republike Hrvatske*, 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17.

8 *Stvarnopravni zakonik* (the Slovenian Property Code) *Uradni list Republike Slovenije*, št.87/02, 91/13, 23/20.

Code (BGB)⁹ states that the pledge right extends to all products of the pledged object (Art. 1212 BGB). Consequently, under the German Civil Code, the pledge creditor can collect the fruits if he/she has sole possession of the pledged object (Art. 1213 BGB). The Serbian Act on Pledge over Movable Chattels and Registered Rights¹⁰ states that the pledge debtor has the right to collect the fruits of the pledged object unless he/she has agreed to cede that right to the pledge creditor (Art. 21). The Serbian Contractual Pledge Act envisages perhaps the most unfavourable provision for the pledge debtor. Article 23 (6) of the CPA which states that:

The pledge right is established over all assets of the pledge debtor, including future assets that the pledge debtor will acquire if the contracting parties have not made it clear that the pledge right encumbers only the assets that the pledge debtor has at the moment of the conclusion of the pledge contract.

According to the wording of this provision, it is possible for the (current and future) assets to be generally pledged in favour of one pledge creditor who will have priority to get payment of the secured claim from all the assets belonging to the pledge debtor. This provision not only blurs the differences between real and personal securities but it is also detrimental to the credit rating of the pledge debtor. One can argue that the pledge debtor may insist on the pledge contract specifying that only current assets are pledged but, as already said, the bargaining position of the pledge debtor vis-à-vis the pledge creditor is quite weak; so it is unlikely that the pledge creditor will agree to such specification. By allowing for the pledge to be established on an unspecified part of the pledge debtor's property (current and future), this provision contradicts the entire concept of the pledge right as a real security. In our opinion, this provision of the Contractual Pledge Act disproportionately favours the pledge creditor at the expense of the pledge debtor, thus creating party inequality unacceptable in civil law relations (Пржеска, 2024: 119).

Another provision of the Contractual Pledge Act that undermines the rights of the pledge debtor is contained in Article 69 (3) of the CPA:

If the sale price of the pledged object is not sufficient for the pledge creditor's claim to be paid in full, the pledge creditor may ask for further compensation from the pledge debtor.

When drafting Article 69 (3) of the CPA the legislator seems to have neglected that the pledge debtor and the debtor of the secured claim can be two different persons. Considering that, and the fact the pledge debtor who is not

9 *Bürgerliches Gesetzbuch* BGB (the German Civil Code), gesetze-im-internet.de (accessed on 24 August 2024)

10 *Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima i pravima upisanim u registar* (Act on Pledge over Movable Chattels and Registered Rights), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 57/03, 61/05, 64/06, 99/11, 31/19.

the debtor of the secured claim is only responsible for payment of that claim with the value of the pledged object, we can conclude that this provision is not applicable in full. It is debatable whether this provision can be applied if the pledge debtor and the debtor of the secured claim are the same person. One can argue that this will allow the pledge creditor to continue to seek payment from the debtor for the part of his/her claim that has been left unpaid after the sale of the pledged object and the termination of the pledge right. However, one must consider that, once the pledged object is sold and the pledge right terminated, the pledge creditor whose claim has not been paid in full becomes a “regular” creditor, meaning that he/she no longer has any priority to demand payment from a particular part of the debtor’s property. Once the pledge creditor becomes a “regular” creditor, there is no justification why he/she should get preferential treatment before other “regular” creditors that seek payment of their claims from the debtor. We consider that, once a pledge right is terminated with the sale of the pledged object, the pledge creditor should look for payment of the unpaid part of his/her claim under the same condition as other creditors without priority. Thus, an unfair advantage will be avoided.

4. Pledging “future things”

The Contractual Pledge Act regulates the possibility of pledging “future things” (Art. 7 (1) of the CPA). However, the CPA does not specify what “future things” are, and under which condition they could be pledged. We can stipulate that so-called “future things” are things in the process of becoming real things which are part of the material world (fruits, crops, structures under construction, etc.). Provisions on pledging “future things” may be also found in other special subject-specific regulations. For example, the Macedonian Inland Sailing Act¹¹ states that boats under construction can be pledged as future things (Art. 111(1)). The Macedonian Act on Obligations and Property Relations in Air Traffic¹² states that an aircraft under construction can be mortgaged (Art. 142). Comparatively, the Serbian Act on Pledge Over Movable Chattels and Registered Rights states that future things can be pledged (Art. 13), whereby it should be noted that this Act refers only to movable property. The Italian Civil Code¹³

11 Закон за внатрешна пловидба (Inland Sailing Act), Службен весник РМ, бр. 55/07, 26/09, 22/10, 23/11, 53/11, 155/12, 15/13, 137/13, 163/13, 42/14, 166/14, 146/15, 193/15, 31/16, 64/18, Службен весник на РСМ 122/21.

12 Закон за облигационите и стварноправните односи во воздушниот сообраќај (Act on Obligations and Property Relations in Air Traffic), Службен весник на РМ, бр. 85/08, 59/11, 148/11, 10/15, 150/15.

13 *Codice Civile Italiano* (the Italian Civil Code), Codice Civile online, updated in August 2024; <https://www.codice-civile-online.it/en> (accessed on 24 August 2024)

states that future things can be mortgaged (Art. 2823). Similarly, the French Civil Code¹⁴ states that future things can be pledged (Art. 2333)

Even though the subject-specific regulation accepts the possibility of pledging “future things” it needs to be pointed out that the concept of a “future thing” as an object of rights *in rem* is not accepted in the Macedonian Ownership Act. Pursuant to Article 12 of the Ownership Act, only things that are part of the material world, that are specified and eligible to be possessed by individuals can be the object of rights *in rem*. The definition of things provided in the Ownership Act excludes the possibility for rights *in rem* to be established over “future things” because they are not yet part of the material world and, consequently, they cannot be possessed by individuals. Despite the provision of the Ownership Act, the subject-specific regulation that allows for pledge rights to be established over future things has opened the door to the widespread practice of mortgaging structures under construction. This practice has boosted the construction industry, making construction projects much easier to fund with bank loans. That was the upside, but there was a huge downside as well. Given that pledging of future things is completely unregulated, many fraudulent practices emerged. These practices have left lenders and potential buyers of structures under construction with no possibility of getting a return on their loans and investments, and without the possibility of seeing the initiated construction projects finished. Once the consequences of the unregulated practice of pledging “future things” have become evident, the legislator has attempted to resolve some of the more pressing issues by mandating that structures under construction be registered in the Real Estate Cadastre in a special sheet called the pre-registration sheet. The provisions that mandate the registration of structures under construction in the Real Estate Cadastre are envisaged in Article 157 of the Real Estate Cadastre Act.¹⁵ According to the Real Estate Cadastre Act, structures under construction are registered in a pre-registration sheet that holds data about the investor, the building permit, established mortgages over the structure under construction, and the pre-sale contracts for the structure under construction. If the construction is halted, Article 205-a of the Enforcement Act states that the structure under construction could be sold and the building rights transferred to the buyer. These provisions are controversial and difficult to apply if the structure under construction has been pre-sold to potential buyers who had already paid most or the entire sale

14 *Code civil* (the French Civil Code), Code civil - Légifrance (legifrance.gouv.fr); accessed on 24 August 2024)

15 *Закон за катастар на недвижности* (Real Estate Cadastre Act), *Службен весник РМ*, бр. 55/13, 41/14, 101/14, 115/14, 116/15, 153/15, 192/15, 61/16, 172/16, 64/18, 124/19, *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 155/24.

price for the structure. So, instead of offering a solution, the Enforcement Act has further complicated the issue.

The concept of pledging “future things” is debatable among scholars as well. Most scholars consider that so-called “future things” are not eligible to be the object of a pledge right or any other *right in rem* (Kovačević-Kuštrimović, Lazić 2004: 279, Rašović 2005: 386-387). Under the prevailing opinion, pledge rights, or other rights *in rem*, are established after “future things” become real. There are many valid arguments about why rights *in rem* cannot be established over “future things”. The main one is that it contradicts the nature of rights *in rem*. Exercising rights *in rem* effectively by possessing and using the object of such rights is virtually impossible if the object does not yet exist. In addition, if we consider that the pledge right is intended to serve as a real security, we cannot deny that a “future thing” which is not yet real cannot provide the pledge creditor with a real security for his/her claim. Security-wise, the pledge over “future things” is weaker than personal guarantees (Пржеска, 2024: 151). Since rights *in rem* cannot be established over “future things”, it is our opinion that the concept of pledging “future things” is just a way for the pledge creditors to obtain priority in establishing their pledge rights at the moment when the “future thing” becomes real. However, there is always the risk that the “future thing” will not be created, which leaves pledge creditors with no possibility to establish their pledge right.

5. Pledging shares in co-owned property

According to Article 14 (5) of the Macedonian Ownership Act, the share in a co-owned property is considered to have an independent value. This allows the co-owner to manage his/her share of the co-owned property independently without asking the other co-owners for consent. As a result, a co-owner can pledge his/her share of the co-owned property.

The pledging of shares in co-owned property entails establishing the pledge solely on the share in question. Consent of the co-owners is not necessary because their shares are not encumbered with the pledge right. The Contractual Pledge Act is not clear about how the pledge over shares in co-owned property is established but it stands to reason that the share is encumbered separately. Even in case where the pledge right is over a share in the co-owned property, when the debtor defaults on the payment of the secured claim, the pledge creditor may demand that the entire co-owned property be sold (Art. 11 of the CPA). This allows the pledge creditor to circumvent the provisions in the Ownership Act regulating the different ways that co-owners may divide the co-owned property for best results, including the right to buy out the share of the pledge debtor to avoid the public auction of the entire property. The

provisions of the Ownership Act regulating the division between co-owners are not considered because that could delay the exercise of the pledge creditor's rights. As it can be seen, this is yet another example of how a priority is given to the pledge creditor's rights by the Contractual Pledge Act, in this case at the expense of the rights of third parties.

6. Conclusion

In the Macedonian legal system, the pledge right is regulated as a *right in rem* by the Ownership and Other Real Rights Act, which contains only ten provisions regulating the pledge right and determining what can be an object of a pledge, what types of claims can be secured by a pledge, the type of pledges (legal, judicial and contractual), and some of the characteristics of the pledge right. The specific regulation of various types of pledges was left to subject-specific legislative acts, such as the Contractual Pledge Act and the Act on Securing Claims. The lack of general provisions in the Ownership Act impairs the cohesion of the pledge as a distinctive property law institute and enables special legislative acts to adopt different approaches in regulating particular types of pledge rights.

The contractual pledge is the only type of pledge right precisely regulated by the Contractual Pledge Act, which regulates important issues such as the manner of acquisition of the contractual pledge, the rights and duties of the pledge creditor and the pledge debtor, a few provisions on the protection of the rights of the pledge creditor, and the different ways the contractual pledge can be terminated. Even though the regulation on the contractual pledge is more precise than the regulation on other types of pledges, many disputable issues lower the quality of that regulation. The Contractual Pledge Act includes provisions that excessively favour the rights and interests of the pledge creditor, at the expense of the pledge debtor, thus creating party inequality. The Contractual Pledge Act makes it possible for the pledge debtor's assets (current and future) to be generally pledged in favour of one pledge creditor, which contradicts the entire concept of the pledge right as a real security. When the sale price of the pledged object is insufficient for the pledge creditor's claim to be paid in full, the pledge creditor may ask for further compensation from the pledge debtor, which is controversial if the pledge debtor and the debtor of the secured claim are different persons.

The Contractual Pledge Act also regulates the possibility for future things to be pledged, thus opening the door to the widespread practice of mortgaging structures under construction. This practice has boosted the construction industry by making construction projects much easier to fund with bank loans but, due to the underregulation of this matter, fraudulent practices emerged.

The fraudulent practices left many lenders and potential buyers of structures under construction with no possibility of receiving a return for their loans and investments or seeing the initiated construction projects finished.

The pledge on the co-owned part is also insufficiently regulated in the Contractual Pledge Act. The key issue is how the pledge creditor can exercise the right to demand the sale of the pledged object when the debtor fails to fulfill obligations. Under the CPA, the pledge creditor who has pledge on the co-owned part may demand that the entire co-owned property be sold without considering the rights of other co-owners guaranteed by the Ownership Act.

References

- Horvat, M. (2007), *Rimsko pravo*, Zagreb: Pravni fakultet;
- Kovačević Kuštrimović, R., Lazić M. (2004), *Stvarno pravo*, Niš: Zograf;
- Лазих, М. (2020), *Забрањене клаузуле–оправдано и неоправдано – у српском „бездржавинском“ заложном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Бр, 97, Год. LXI (pp. 13-30);
- Lazić, M. (2009), *Prava realnog obezbeđenja*, Niš: Punta, 2009;
- Попов, Д. (2010), *Zabranjene odredbe u ugovoru o zalozi*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2010, (pp. 83–100);
- Пржеска, Т. (2024), *Други стварни права*, Скопје; Европа 92;
- Rašović, Z. P. (2005), *Stvarno pravo*, Službeni list SCG, Podgorica; Pravni fakultet Beograd;
- Romac, A. (1975), *Rječnik rimskog prava*, Zagreb: Informator;

Legislation

- Bürgerliches Gesetzbuch (German Civil Code), German Civil Code BGB (gesetze-im-internet.de);
- Code civil (French Civil Code), From Code civil - Légifrance (legifrance.gouv.fr);
- Codice Civile Italiano (Italian Civil Code), Codice Civile Italiano online, aggiornato a Agosto 2024 | (codice-civile-online.it);
- Stvarnopravni zakonik (Property Code), *Uradni list Republike Slovenije*, št.87/02, 91/13, 23/20;
- Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (the Ownership and Other Real Rights Act), *Narodne Novine*, *Službeni list Republike Hrvatske*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17;
- Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima i pravima upisanim u registar (the Act on Pledge over Chattels and Rights Registered in a Registry), *Sl. glasnik RS*, br. 57/03, 61/05, 64/06, 99/11, 31/19;

Закон за сопственост и други стварни права (the Ownership and Other Real Rights Act), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 31/08, 92/08, 139/09, 35/10.

Закон за внатрешна пловидба (the Inland Sailing Act), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 55/07, 26/09, 22/10, 23/11, 53/11, 155/12, 15/13, 137/13, 163/13, 42/14, 166/14, 146/15, 193/15, 31/16, 64/18, *Службен весник на Република Северна Македонија* 122/21;

Закон за договорен залог (the Contractual Pledge Act), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 5/03, 4/05, 87/07, 51/11, 74/12, 92/12, 115/14, 98/15, 215/15, 61/16;

Закон за договорна хипотека (the Contractual Mortgage Act), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 59/00, 86/00;

Закон за залог на подвижни предмети и права (the Act on Pledge over Movable Chattels and Rights), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 21/98, 48/99, 86/00;

Закон за извршување (the Enforcement Act), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 72/16, 142/16, 178/17, 26/18, 233/18, 14/20, 136/20, 154/23;

Закон за катастар на недвижности (the Real Estate Cadastre Act), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 55/13, 41/14, 101/14, 115/14, 116/15, 153/15, 192/15, 61/16, 172/16, 64/18, 124/19, *Службен весник на Република Северна Македонија*, бр. 155/24;

Закон за обезбедување на побарувањата (the Act on Securing Claims), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 87/07, 31/16;

Закон за облигационите и стварноправните односи во воздушниот сообраќај (the Act on Obligations and Property Relations in Air Traffic), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 85/08, 59/11, 148/11, 10/15, 150/15;

Др Тина Пржеска,

Редовни професор,

Правни факултет „Јустинијан Први“,

Универзитет Св. Кирило и Методије у Скопљу,

Република Северна Македонија

Др Родна Живковска,

Редовни професор,

Правни факултет „Јустинијан Први“,

Универзитет Св. Кирило и Методије у Скопљу,

Република Северна Македонија

Теа Лалевска,

Асистент,

Правни факултет „Јустинијан Први“,

Универзитет Св. Кирило и Методије у Скопљу,

Република Северна Македонија

ПОСЛЕДИЦЕ НЕЈЕДНОСНОГ УРЕЂЕЊА УГОВОРНОГ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У МАКЕДОНСКОМ ИМОВИНСКОМ ПРАВУ

Резиме

У македонском правном систему, право залогe је регулисано као стварно право Законом о својини и другим стварним правима из 2001. године. Закон о својини садржи само десет одредби којима се регулише право залогe, утврђује шта може бити предмет залогe, које врсте потраживања могу бити обезбеђене залогом, одређују врсте залогe (законска, судска и уговорна) и неке карактеристике права залогe. Ближе регулисање различитих врста залогa препуштено је посебним законима као што су Закон о уговорној залози и Закон о обезбеђивању потраживања. Недостатак општих одредби у Закону о својини нарушава кохезију залогe као јединственог института стварног права, остављајући простор да се у посебним законима на другачији начин приступи регулисању одређених врста заложних права.

Уговорно заложно право је врста права залогe које је детаљно регулисано Законом о уговорној залози. Овај Закон регулише важна питања као што су начин стицања уговорне залогe, права и дужности заложног повериоца и заложног дужника, заштита права заложног поверилаца, као и различити начини за окончање уговорног заложног права. Иако је регулатива о уговорној залози прецизнија од регулативе о другим врстама залогe, многа спорна питања умањују квалитет тог закона. Закон о уговорној залози садржи одредбе које фаворизују права и интересе заложног

повериоца, на штету заложног дужника, што доводи до неједнакости странака. Закон о уговорној залози омогућава да се имовина заложног дужника (садашња и будућа) генерално заложу у корист једног заложног повериоца, што је у супротности са читавим концептом права залогe као стварног обезбеђења. Када продајна цена заложеног предмета није довољна да се потраживање заложног повериоца плати у потпуности, заложни поверилац може тражити накнаду од заложног дужника, што је контроверзно ако су заложни дужник и дужник осигураног потраживања различита лица.

Закон о уговорној залози такође регулише могућност стављања залогe на будуће ствари, отварајући тиме врата широко распрострањеној пракси стављања хипотеке на објекте у изградњи. Ова пракса је подстакла развој грађевинске индустрије, јер омогућава да се грађевински пројекти много лакше финансирају банкарским кредитима, али због недовољне регулације ове материје долази и до преварних радњи. Преваре су многе зајмодавце и потенцијалне купце објеката у изградњи оставиле без могућности да поврате своје кредите и инвестиције или да виде завршетак започетих грађевинских пројеката.

Залогa на сувласничком делу је такође недовољно регулисана Законом о уговорној залози. Главно питање је како заложни поверилац може да искористи своје право да захтева продају заложеног предмета када дужник не испуни обавезе. Према Закону о уговорној залози, заложни поверилац који има залогу на сувласничком делу може захтевати да се целокупна имовина у сувласништву прода без разматрања права других сувласника гарантованих Законом о власништву.

Кључне речи: имовинско право, уговорна залогa, стварно право, Северна Македонија.

UDK: 347.232.4:349.412(497.11)

UDK: 347.131.4(497.11)

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 23.08.2024.

Рад прихваћен: 30.09.2024.

Др Мирослав Лазич*

Редовни професор,

Правни факултет Универзитета у Нишу,

Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-52948

ORCID 0000-0002-5055-818X

НАЧЕЛО ПОУЗДАЊА У РЕГИСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ И СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ НА НЕПОКРЕТНИМ СТВАРИМА** – Други део –

Апстракт: Одржај доводи до коначног усклађивања фактичког и правног стања тако што дуготрајну државину која није била у складу са својином „претвара“ у својину. Дотадашњи држалац постаје нови власник и стиче овлашћење на државину и остала својинска овлашћења, а дотадашњи власник губи право својине. Одржај доводи до престанка и осталих права трећих лица на предмету стицања, под условом да је стицалац одржајем био савестан у погледу постојања тих права. Међутим, због начела поуздања у евиденцију непокретности (земљишна књига или катастар) поједина законодавства ограничавају дејство одржаја у односу на савесног стицаоца својине од књижног власника који је ствар отуђио пре уписа стицања одржајем, односно пре забележбе спора о својини. Савесни стицалац својине или другог права уз позивање на начело поуздања постаје власник (хипотекарни поверилац итд.), а узупациони држалац остаје без стицања својине одржајем. У раду анализирамо правичност решења да одржај делује према досадашњем власнику, али не и трећим савесним стицаоцима својине; могућност злоупотреба књижног власника оваквог дејства начела поуздања и чињенице да се савесност стицаоца цени само према провери књижног стања; потребу провере и ванкњижног стања својине на непокретности приликом куповине да би се очувала савесност стицања и др.

* lazicmir@yahoo.com

** Рад је резултат истраживања на интерном пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ Правног факултета Универзитета у Нишу, период 2021–2025. године.

Кључне речи: *Одржај, катастар непокретности, начело поуздања, савесност узукапијента, савесност трећих лица.*

1. Увод

Рад је наставак чланка о дејству начела поуздања код деривативног стицања (Лазих, 2023: 37) и употпуњава анализу дејства начела поуздања према трећим савесним стицаоцима својине на непокретностима од књижног власника, односно према узукапионом држаоцу. У раду разматрамо дејство начела поуздања код колизије стицања својине на истој непокретности одржајем и уговором трећег савесног лица са књижним власником и критеријумом процене њихове савесности.

Начело поуздања претпоставља тачност свих правних података који се могу утврдити увидом у земљишнокњижну или катастарску евиденцију, а који се тичу власника, својине и свих терета и ограничења на непокретности (Лазих, 2023: 37). Начело поуздања обезбеђује сигурност правног промета тако што даје предност савесном стицаоцу од књижног власника. Међутим, неслагање књижног и ванкњижног стања права на непокретности не може бити решавано само применом начела поуздања, већ се мора водити рачуна и о савесности свих лица. Посебно зато што се ради о колизији интереса два савесна стицаоца оригинарним начинима – савесног уговорног стицаоца и савесног узукапијента. Којој савесности дати предност?

Ово круцијално питање тражи одговоре и на бројна друга питања. Да ли су упис невластника у евиденцију непокретности и начело поуздања довољни да се чињеница постојања ванкњижног власника апстрахује? Које принципу дати предност – сигурности ванкњижне својине појачане државином или сигурности правног промета која се заснива на начелу поуздања? Каково понашање стицаоца од ванкњижног власника је потребно да би био савестан? Зашто је једна савесност значајнија од друге? Да ли због сигурности правног промета толерисати различите процене савесности – трећег лица само према провери књижног стања, а узукапионог држаоца према понашању током рока за одржај.

Како би одговорили на постављена питања, најпре ћемо се бавити институтом одржаја.

2. Појам и функције одржаја

Одржај (*usucapio*) је оригинарни начин стицања својине којим узукапиони држалац (узукapiјент), иначе невластник који се понаша као власник, стиче право својине чију је фактичку садржину савесно вршио

у одређеном року, а власник који је у том периоду био лишен државине трајно губи право својине. Док траје одржај, власник и држалац се налазе у неком облику „сукоба“ права и факта (*punctum saliens*), у ком периоду власник није тражио право на заштиту својине, а узупапијент је несметано вршио право својине верујући да је власник. Одржај је фактички однос између узупапионог држаоца (узупапијента) који има привид¹ својине и трећих лица, заштићен публицијанском тужбом (и државинским тужбама), који ствара дејства стварноправног односа, иако то није.

Тражећи оправдање за дејство одржаја, наилазимо на различите аргументе зависно од врсте и претпоставке дејства одржаја. У нашем праву је задржан само ванкњижни одржај (редовни и ванредни). Ипак, основни разлози су општи, заједнички за све врсте одржаја. „Ако се титулар дуже време понаша као да то није, а узупапијент као титулар и нескривљено верује да то јесте, оправдано је да постане титулар ...“ (Опширније, Водинелић, 1979: 405, 406). Основна функција одржаја као оригинарног начина стицања својине је да се дуготрајни континуитет државине узупапијента усклађује са овлашћењем на државину, тако што својину стиче узупапиони држалац, а губи је депоседирани власник. Иако власник има правну могућност и да не врши право, у друштвено међузависним односима сноси ризик губитка права ако неко други преузме његову улогу. Држалац који је право својине вршио дуго времена са уверењем да је власник (савесна државина), стварајући привид својине и према трећим лицима, коначно одржајем постаје перфектни власник. То захтева и начело правне сигурности „које је уткано у цело право и не допушта неизвесност у односима који су од пресудног значаја за саму структуру друштва“ (Курдулија, 1970: 13).

Поред основне, одржај може имати и неке посебне функције: санира недостатак пуноважног основа (неоверени уговор који је реализован, а наследник стекао књижну својину); недостатак *clausule intabulandi* и уписа код прибављања својине уговором од власника; недостатак својине код правног претходника који је ванкњижни власник; алтернатива за проблем „ђаволског доказивања“ својине (*probatio diabolica*); ослобађање од доказивања чињеница из давне прошлости; подстицање титулара да врши право санкционисањем немарног титулара итд. Ово су „његове споредне (рефлексне) и посебне функције (јер их врше само неке врсте одржаја)“ (Водинелић, 1979: 405). Тако ванредни одржај може санирати недостатак пуноважног правног основа (неформални уговор) или потпуно

¹ Свакако, треба имати у виду да је узупапиони држалац најчешће и стекао својину, али није постао формалноправни власник јер није извршен упис стицања права у евиденцију непокретности. Ређе су ситуације да нема стицања, нпр. куповином земљишта и настављањем коришћења у фактичким границама утврђеним „међама“.

одсуство уговора о преносу својине (нпр. узукапијент држи део туђе непокретности у границама преузетим од претходника верујући да има правни основ за својину у тим границама) итд. Чињеница је да уредно вођење катастра непокретности, начело обавезности уписа и примена начела поуздања, те захтевање за појам савесности уговорног стицаоца само проверу књижног стања, значајно смањује примену института одржаја. Ипак, одржај и даље има значајну улогу, нпр. код олакшаног доказивања права својине, недостатка исправе² за упис итд.

Иако услови одржаја наступају протеком рока, дејство одржаја је правно извесно тек доношењем декларативне судске одлуке којом се потврђује стицање својине, а код непокретности моментом уписа својине узукапијента у евиденцију непокретности. Тек уписом се својина публикује и може се супротставити трећим лицима³. Доношење декларативне судске одлуке може да наступи много времена након протеча рока за одржај. Како би се избегла бројна спорна питања о правима дотадашњег власника (на плодове и користи од ствари, на накнаду трошкова поводом ствари итд.) прихваћено је решење да се након уписа одржаја непокретности сматра да је својина стечена од момента успостављања државине (ретроактивно дејство). Судском одлуком се утврђује од када је успостављена државина због протеча рока, па се тако утврђује и моменат стицања својине. Узукапиони држалац не дугује накнаду бившем власнику, нити имаоцима других угашених права (Станковић, 1993: 97).

3. Претпоставке одржаја

Претпоставке одржаја можемо поделити на опште и посебне. Опште претпоставке одржаја су заједничке претпоставке за све врсте одржаја. Посебне претпоставке се модификују зависно од врсте одржаја и представљају додатне услове одржаја.

3.1. Опште претпоставке одржаја

Под општим претпоставкама одржаја подразумевамо чињенице на којима се заснива свака врста одржаја. За дејство одржаја као оригинарног

2 Катастри су понекад захтевали и неке исправе које нису неопходне за упис. Нпр. уз постојање уговора о куповини и потврде продавца о својини купца, захтевају записник о примопредаји стана у државину од лица које више од 30 година живи несметано у купљеном, а неукњиженом стану. Увођење у посед није услов за деривативно стицање, а тим пре за упис својине.

3 Чланом 3 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова прописано је да се у „случајевима одређеним законом, својина и друга стварна права на непокретностима и водовима могу стећи и пре уписа у катастар, али да и тада тек уписом производе правно дејство према трећим савесним лицима.

начина стицања својине неопходно је да се кумулативно стекну следеће опште претпоставке: 1. способност узупапијента за стицање својине одржајем; 2. предмет подобан за стицање одржајем; 3. одговарајућа државина; 4. квалификованост државине; 5. континуитет државине у одређеном року. Прве три претпоставке су општег карактера, а трећа и четврта претпоставка се модификују посебним условима зависно од врсте одржаја.

1. Способност субјекта. Узупапијент може бити свако физичко или правно лице које фактички може вршити узупапиону државину. То је лице које поседује физичке способности за реализацију воље да врши фактичку власт на одређеној ствари. Нпр. дете одређеног узраста које може вршити фактичку власт на поклоњеном бициклу. Он, односно његови законски заступници, се могу позивати на одржај ако се испостави да је бицикл поклоњен од невластника. Савесност детета се цени по савесности законског заступника. Међутим, дете не може бити држалац аутомобила, куће, пољопривредног земљишта итд. Према томе, фактичка способност држања се не поклапа са пословном способношћу, иако ће најчешће бити подударне. Правно лице може бити узупапиони држалац за ствари чије овлашћење на држање произилази из делокруга делатности за коју је оно регистровано.

2. Подобност предмета државине. Предмет стицања својине одржајем могу бити све покретне и непокретне ствари које се налазе у правном промету (*res in commercio*) и које су подобне да буду предмет приватне својине физичких или правних лица, осим ствари које су искључене из стицања одржајем. Предмет стицања некада може бити само целокупна ствар (нпр. стан), али је у појединим случајевима могуће стећи одржајем својину и на делу некретнине⁴ (нпр. део катастарске парцеле земљишта или шуме које узупапијент користи као своје у роковима за одржај⁵).

Спорно је да ли предмет стицања својине одржајем могу бити ствари у јавној својини (државна својина). Подобност ових ствари за стицање одржајем се мењала током времена. У периоду пре Другог светског рата одржај је био допуштен на овим стварима, с тим што су рокови били дужи за државну и црквену имовину⁶. Након Другог светског рата и

4 Супротно, „могуће је посједовати дио земљишне честице, али није могуће досјелошћу стећи право власништва на том дијелу (једино је цијела земљишна честица предмет права власништва) (Gavella, 2007: 559).

5 В. Рев. 2684/2018 Врховног касационог суда Србије, од 27. 8. 2020, <https://www.vrh.sud.rs/sr-lat/rev-26842018-31146-sticanje-svojine-odr%C5%BEajem>

6 У праву Краљевине Југославије рокови су били дужи када је одржај текао против цркве и државе. За покретне ствари су износили 6 година, а за непокретне са тапијом 12 год., а без тапије 36 година. Удвајање рокова је постојало и у случају када се власник

социјалистичке револуције, није било могуће користити одржај у погледу државне и друштвене имовине на непокретностима. Тако, према Закону о искоришћавању пољопривредног земљишта⁷ било је предвиђено да се на земљишту у друштвеној својини не може стицати грађанска својина путем одржаја, осим ако је време потребно за одржај протекло пре 6. априла 1941. године, као и за случајеве који су правоснажно окончани пре ступања на снагу овог закона⁸.

Изменама ЗОСПО из 1996. године, одржај је под једнаким условима допуштен и на стварима у јавној својини, ако нису изузете⁹. Тиме је реализовано уставно начело о равноправности свих облика својине¹⁰. С обзиром на правни режим располагања и коришћења, у оквиру јавне својине разликујемо природна богатства, добра од општег интереса и добра у општој употреби¹¹. Законом се могу изузети поједине ствари од могућности стицања одржајем. **„Физичка и правна лица могу имати право својине на стамбеним зградама, становима, пословним зградама, пословним просторијама, пољопривредном земљишту и другим непокретностима, осим на природним богатствима која су искључиво у државној својини“**¹². Тако, предмет стицања одржајем не налазио у иностранству, али само за време проведено ван земље. В. §931 СГЗ (допуна од 5. маја 1864).

7 „Службени лист ФНРЈ“, бр. 43/1959. Чл. 112, ст. 2.

8 Практично, у времену од 6. 4. 1941. до 4. 7. 1996. године није се могло стећи право својине путем одржаја на непокретностима које су биле у друштвеној или државној својини. Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима („Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96) који је ступио на снагу 4. 7. 1996. године, је то дозволио за убудуће. Брисан је чл. 29 ЗОСПО који је гласио: „На ствари у друштвеној својини право својине не може се стећи одржајем“.

9 Тако, предмет стицања одржајем не могу бити одређена јавна добра од општег интереса која не могу да буду предмет располагања и принудног извршења. „Природна богатства, добра у општој употреби, мреже у јавној својини, водно земљиште и водни објекти у јавној својини, заштићена природна добра у јавној својини и културна добра у јавној својини, не могу бити предмет принудног извршења“ (чл. 10, ст. 2 ЗЈС). Код њих је као искључиви титулар Република Србија једино овлашћена да их уступи на коришћење – концесијом, закупом и сл. (чл. 10, ст. 4 ЗЈС). Посебан режим је предвиђен и за културна добра која су у режиму државне својине и не могу бити предмет стицања својине одржајем.

10 Чл. 86 Устава РС („Сл. гласник РС, бр. 98/2006 и 115/2021) гласи: „Јемче се приватна, задружна и јавна својина. Јавна својина је државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе. Сви облици својине имају једнаку правну заштиту“.

11 Чл. 9 и 10 ЗЈС.

12 Чл. 9 ЗОСПО.

могу бити одређена јавна добра од општег интереса која не могу да буду предмет располагања и принудног извршења. Законом о јавној својини је предвиђено: „Природна богатства, добра у општој употреби, мреже у јавној својини, водно земљиште и водни објекти у јавној својини, заштићена природна добра у јавној својини и културна добра у јавној својини, не могу бити предмет принудног извршења“¹³. Код њих је Република Србија, као искључиви титулар, једино овлашћена да их уступи на коришћење – концесијом, закупом и сл., а њихов корисник не може имати савесну и својинску државину, већ државину права.¹⁴ Јавна добра у општој употреби су у јавној својини, а због своје природе намењена су коришћењу од свих (јавни путеви, јавне пруге, мост и тунел на јавном путу, пружи или улици, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др.)¹⁵. Такође, културна добра су у режиму државне својине и не могу бити предмет стицања својине одржајем.¹⁶ Евентуално узурпирање државине ових јавних добара нема карактер државине, не ужива државинску заштиту и не води стицању својине одржајем, ма колико дуго трајало.

3. Одговарајућа државина. Државина подобна за одржај је својинска државина (државина ствари). Ово је последица принципа да „право својине по обиму одговара државини“ (Станковић, 1993: 97), тј. принципа *quintum possessum tantum praescriptum* – колико у државини, толико у својини. Државина права, нпр. закупа, послуге, оставе, залоге иникада не може довести до стицања својине одржајем. Изузетно, у француском праву државина права плодоуживања на покретним стварима може довести до стицања својине одржајем (Лазић, Личне службености 2000: 165). Државина права може некада довести до стицања тих ужих права одржајем, нпр. државина права стварне службености¹⁷.

4. Квалификованост државине. Није ни свака својинска државина подобна да доведе до одржаја већ само својинска државина одређеног квалитета, тј. квалификована државина. Одговарајућа државина одређеног квалитета која је подобна за одржај се назива узукапиона државина. Услови квалификованости државине подобне за одржај су

13 Чл. 16 и 17 Закона о јавној својини. „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011; 88/2013, 105/2014, 104/2016-др. закон, 113/2017, 95/2018 и 153/2020.

14 „Свако има право да добра у општој употреби користи на начин који је ради остварења те намене прописан законом, односно одлуком органа или правног лица коме су та добра дата на управљање“ (чл. 10, ст. 5 ЗЈС).

15 Чл. 10, ст. 2 Закона о јавној својини.

16 Културна добра у јавној својини Републике Србије могу бити дата на коришћење и управљање другом носиоцу права јавне својине, о чему одлуку доноси Влада на предлог Републичке дирекције за имовину Републике Србије (чл. 10, ст. 10 ЗЈС).

17 Чл. 54 ЗОСПО.

законита, права и савесна државина, али пошто зависе од врсте одржаја о њима ћемо говорити као о посебним претпоставкама.

5. Континуитет државине и протек рока. Одржај се изводи из дуготрајне својинске државине која је постојала у одређеном року и створила привид правне извесности постојања својине. Континуитет својинске државине током рока за одржај постоји ако је државина вршена непрекидно, али и мирно (без противљења власника или трећих лица) и видљиво, а не тајно за власника или трећа лица. Постојање континуитета успостављеног фактичког односа је у интересу правне сигурности, а заснива се на претпоставци да ако узупациони држалац непрекидно користи туђу ствар без приговора власника, онда му треба признати и право својине. Континуитет државине се мора остварити у законом одређеном року који зависи од квалитета државине и врсте одржаја (3, 10, 20 година).

Континуитет државине у одређеном року је омогућен и могућношћу прирачунавања (акцесије) државине различитих лица у корист последњег држаоца. Прирачунавање омогућава сабирања времена више државина протеклих у корист различитих узупационих држалаца између којих постоји одређена веза и компатибилност државина. Врши се у корист и на захтев садашњег држаоца. „У време потребно за одржај урачунава се и време за које су претходници садашњег држаоца држали ствар као савесни и законити држаоци, односно као савесни држаоци“¹⁸. Услов за прирачунавање је да је каснији узупациони држалац стекао својинску државину од претходног одређеним правним основом (уговор, наслеђивање итд.) и да прибавилац има исти квалитет државине као и његов претходник. Наш закон не регулише изричито могућност прирачунавања у случају ако се ради о државини различитог квалитета. Међутим, доцнији држалац може у једноструком износу рачунати државину претходника погодну за редовни одржај као државину погодну за ванредни одржај, какву он има¹⁹.

Континуитет је потребан у одређеном времену – року одржаја. „Време потребно за одржај почиње тећи оног дана када је држалац ступио у државину ствари, а завршава се истеком последњег дана времена потребног за одржај“²⁰. Пандектно право је олакшало држаоцима доказивање непрекидности државине постављањем претпоставке: *Olim et hodie possessor, semper possessor*. Ко докаже почетак и завршетак државине, доказао је тиме да је и у међувремену био држалац. Ову претпоставку

18 Чл. 30, ст. 2 ЗОСПО.

19 Видети § 941 СГЗ.

20 Чл. 30, ст. 1 ЗОСПО.

прихвата и француско право (чл. 2234 С.с.) и немачко право (§ 938 BGB). Француско и немачко право предвиђају рок од годину дана за поновно успостављање државине да би се одржала непрекидност тока рока одржаја. АГЗ, СГЗ и ЗОСПО немају такву одредбу²¹. „На прекид, односно застој одржаја сходно се примењују одредбе о прекиду, односно застоју застарелости потраживања“²².

3.2. Посебне претпоставке (услови) одржаја

У нашем позитивном праву примењује се само институт ванкњижног (вантабуларни, *contra tabulas*) одржаја, који може бити редовни и ванредни. Поред општих претпоставки одржаја (способност субјекта, подобност предмета државине, својинска државина и континуитет државине у одређеном року) за стицање права својине одржајем постоје и посебни услови у погледу квалитета државине и рока одржаја. Услови одржаја се разликују зависно од врсте одржаја.

Редовни одржај је оригинарни начин стицања својине на покретним или непокретним стварима од стране узупапионог држаоца (узупапијента) који је у одређеном времену имао закониту, праву и савесну својинску државину на предмету подобном за одржај. Посебни услови редовног одржаја су: законита својинска државина; савесна својинска државина и протек рока. Ванредни одржај је оригинарни начин стицања права својине на покретним или непокретним стварима подобним за одржај од стране узупапионог држаоца – узупапијента који је у одређеном времену (року) имао савесну својинску државину. Посебни услови ванредног одржаја су: савесна својинска државина и протек рока.

1. Законита својинска државина. Овај услов постоји само као квалитет својинске државине који је потребан за редовни одржај. „Државина је законита ако се заснива на пуноважном правном основу који је потребан за стицање права својине и ако није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења“²³. Овај појам је регулисан код државине, а не код одржаја, уз занемаривање да је законита државина шири појам могућ и код државине ствари и код државине права. Два су законска елемента постојања законите својинске државине: 1. пуноважан²⁴ правни основ

21 Према Закону о мораторном стању из 1920. године мировање тока рока одржаја је постојало за време балканских ратова и Првог светског рата. Према правним правилима, време које се не рачуна у одржај износи 7 година 1 месец и 18 дана, ако државина обухвата период од 1912. до 1918. године.

22 Чл. 30, ст. 3 ЗОСПО

23 Чл. 72 ЗОСПО.

24 Правни основ мора бити пуноважан према објективном праву. Замишљени (путативни) правни основ није довољан.

који је подобан за стицање права својине (уговор о продаји, уговор о трампи, уговор о поклону, јавно обећање награде, испорука – легат и др.²⁵); и 2. законити начин стицања државине (права државина²⁶) – што захтева да је стечена предајом ствари (увођењем у посед), а не манљива државина (стечена силом, преваром или злоупотребом поверења). Овај други услов правна теорија сматра сувишним, односно да и манљива државина може бити законита. Нпр. ако је купац неовлашћено прибавио државину предмета купопродаје он би требало да се третира као законити (јер има пуноважни правни основ), иако је манљиви држалац. ЗОСПО је то онемогућио. У правној теорији се сматра да права државина треба да буде услов и код ванредног одржаја, што је предвиђено у италијанском законодавству (В: Курдулија, 1970: 18; Доловић Бојовић, 2019: 173).

2. Савесна својинска државина. „Државина је савесна ако држалац не зна или (требало је „и“ – прим. аутора²⁷) не може знати да ствар коју држи није његова“. Законодавац је, опет у одељку о државини, одредио само појам савесне својинске државине подобне за одржај, занемарујући појам савесне државине права. Савесност државине ствари је неопходан услов и за редовни и за ванредни одржај, али се процена савесности може мењати зависно од врсте одржаја. „У случају редовног, да би био савестан, узупапијент не сме знати и не може знати да његов претходник није био власник; у случају ванредног одржаја, нескривљено незнање може се односити и на то да правни основ није важећи или да не постоји“ (Водинелић, 1979: 413). У правној теорији се сматра да се савесност државине (*possessio bonae fidei*) код ванредног одржаја схвата другачије (шире) него код редовног одржаја (Станковић, 1993: 135). Код ванредног одржаја „законитост није објективни квалификатив узупапионе државине, али зато мора бити елемент савести узупапијента, из чега, опет, даље следи да је код ове врсте одржаја довољан и путативан (замишљен) основ“ (Станковић, 1993: 91). Узупапијент може бити у заблуди у погледу постојања права преносиоца. Ово је последица околности да савесност државине зависи од субјективне претпоставке (знања или оправданог незнања

25 Према схватању франциске теорије, не могу државину учинити законитом тзв. декларативни акти, као нпр. деоба, судска пресуда, поравнање. Њихов декларативан карактер само потврђује већ настало стање које се темељи на некој изворној правној чињеници. Међутим, пресуда којом се ствар досуђује на јавној дражби је пуноважан основ, јер је у њеној основи купопродаја (В, Стојановић, 1987: 172).

26 Чл. 28 ЗОСПО се захтева законита и савесна државина, али је појмом законитости обухваћена и права државина.

27 Чл. 72, ст. 2 ЗОСПО; Неспорно је у правној теорији да је у овом члану требало да стоји везник „и“, јер је несавестан и држалац који не зна, али је према околностима случаја могао знати да држи туђу ствар.

држаоца за одређене правне чињенице), а законитост од објективних претпоставки. Иако у законској дефиницији нема разлике, чињеница да су рокови ванредног одржаја знатно дужи, а савесност је потребна све време тока рока, довољан су разлог да се ова савесност теже остварује.

Савесност државине се претпоставља²⁸, а ко тврди супротно, несавесност треба да докаже. У погледу трајања, савесност мора постојати за све време тока рока одржаја (*mala fides superveniens nocet*)²⁹, а не само у моменту стицања државине³⁰. Несавесност која је наступила након протеча рока за одржај не штети. Савесност наследника процењује се према личности наследника, а не оставиоца³¹.

3. Рокови за одржај. За редовни одржај на непокретним стварима потребно је да протекне 10 година³². Рок за ванредни одржај непокретности је 20 година³³. Континуитет државине за стицање својине редовним одржајем подразумева да све време тока рока одржаја постоји законита својинска државина (*possessio iusta*) и да је узупапијент савесни држалац. Дужина рокова је иста без обзира да ли је државина прибављена теретним или добротним правним послом. Законом о јавној својини је предвиђено да се „на стицање, вршење, заштиту и престанак права јавне својине, примењују одредбе закона којим се уређује право приватне својине, ако нешто друго није одређено овим или другим законом³⁴. Тиме је потврђена уставна једнакост режима за приватну и јавну својину, иако то није увек тако у упоредном праву. Ток рока за одржај за стицање својине на стварима у јавној својини се рачуна најраније од 4. јула 1996. као дана измене ЗОСПО.

28 Чл. 72, ст. 3 ЗОСПО.

29 Тако и § 926 Српског грађанског законика.

30 У неким законодавствима, попут француског и грчког грађанског законика, савесност се захтева само у моменту стицања државине док накнадна несавесност током рока одржаја не шкоди. Ово схватање води порекло из римског права. Међутим, према решењу из СГЗ-а, преузетом из АГЗ, што према већинском мишљењу важи и у нашем праву, накнадна несавесност шкоди.

31 „Околност да се власник дуги низ година није интересовао за своју непокретност не утиче на савесност (брат и сестра су 1955. извршили деобу којом је сестри припала спорна некретнина, али иако тужиља никада није затражила предају спорне некретнине, то се не може тумачити у прилог савесности држаоца који је знао да непокретност коју држи није његова)“, Одлука ВСХ, Рев. 2031/1987, Судска пракса бр. 1, 1990, стр. 36, пр. 54.

32 Чл. 28, ст. 1 и 2 ЗОСПО.

33 Чл. 28, ст. 3 и 4 ЗОСПО.

34 Чл. 4 ЗЈС.

4. Начело поуздања и дејство одржаја према трећим савесним лицима

Начело поуздања (поверења) је принцип евиденције непокретности који означава претпоставку тачности правних података о непокретности из земљишно књижне, односно катастарске евиденције. Две су претпоставке из начела поуздања: истинитост и потпуност књижне правне евиденције и два дејства. Позитивно дејство значи да је истинито све оно што је уписано, а негативно да неуписана ванкњижна права правно не постоје (В: Орлић, 1999: 332; Josipović у Gavella et al. св. 1. 2007: 291 и др.). Дејство начела поуздања наступа од момента коначности уписа које није у поступку забележбом означеног оспоравања (Лазих, Ковачевић Куштримовић, 2009: 328 и др.).

Последица начела поуздања у погледу одржаја је да узупапијент протеком рока постаје ванкњижни власник непокретности, али супротстављивост својине према трећим савесним стицаоцима својине од књижног власника има тек након уписа. Остала права трећих лица на предмету одржаја (службености, залога итд.) опстају само ако је узупапијент за њих знао или могао знати. Ако је био савестан, престају. Уопште, ванкњижна права трећих лица (својина, службености, реални терети итд.) отежавају правни промет и чине га несигурним, тако да нису правно пожељна. Зато им правни поредак под отежаним условима признаје правно дејство. Начело поуздања је један од начина решавања овог проблема.

Начело поуздања уписа је „стожер“ сваке евиденције непокретности јер обезбеђује сигурност правног промета. Међутим, неслагање књижног и ванкњижног стања права на непокретности не може бити решавано само применом начела поуздања, већ се мора водити рачуна и о најважнијем оригинарном стицању својине – ванкњижном одржају, као и о савесности свих стицаоца. Услед одржаја дотадашњи власник губи својину без непосредног садејства његове воље, а узупапиони држалац стиче право својине без деривације у односу на претходног власника – оригинарно (изворно, законско стицање). И савесно стицање својине на основу начела поуздања уз уговор са књижним власником је стицање на основу закона (оригинарно) јер нема деривације од књижног власника због начела *Nemo plus iuris...* Када је у питању одржај, својина се стиче протеком рока одржаја, а судска одлука је декларативног карактера. Међутим, без судске одлуке нема потврђеног стицања. Ако у међувремену, пре уписа на основу судске одлуке, треће савесно лице прибави својину од књижног власника, оно може постати власник позивањем на начело поуздања насупрот узупапијента. Смисао начела поуздања је да заштити савесног стицаоца

управо када су подаци из земљишних књига нетачни – неистинити или непотпуни, омогућавајући сигурност правног промета од нетачно уписаног власника и од неуписаних терета (хипотека, службености...), тако што ће стећи право својине и својину без ванкњижних терета. Такво решење је у интересу правне сигурности.

Поставља се питање до ког степена се треба држати принципа поуздања, а да то остане правично и целисходно. Ради се о колизији два савесна стицаоца на основу закона (оригинарног стицања) – узукационог држаоца и савесног прибавиоца својине од књижног власника. Предност има савесни прибавилац од књижног власника. Ипак, сматрамо да је суштина у критеријуму процене савесности. Савесно лице је оно које није знало и према околностима случаја није могло знати да се књижно стање из регистра непокретности и ванкњижно стање не подударују. Спорно је до које мере прибавилац својине треба да испитује постојање ванкњижне својине, укључујући и постојање узукационе државине.

У немачкој правној теорији и судској пракси, савесност се процењује само према земљишнокњижном стању. У швајцарском и аустријском праву је такође довољна провера књижног стања да би стицалац био савестан. Изузетно, ако постоји сумња у истинитост и потпуност земљишне књиге..., или ако је то уобичајено у правном саобраћају, стицалац ће морати да истражује и ванкњижно стање“ (Живковић, 2020: 170). Да би се побољшао положај трећих савесних лица и заживело начело поверења у евиденцију непокретности, прекид са досадашњом судском праксом је неопходно урадити новим и јасним законским одредбама, попут права Хрватске, БиХ, Републике Српске. Начело поверења у земљишне књиге законодавство Републике Хрватске регулише како прописима о стварном праву³⁵, тако и Законом о земљишним књигама³⁶. При томе, „за савесност трећег лица није нужно активно истраживање ванкњижног стања... тако да законодавац од савесних стицалаца захтева познавање земљишнокњижног и непознавање поседовног стања некретнина, под условом да ово непознавање није последица грубе непажње“ (Мутапчић, Бркић, 2015: 25). Слично решење је предвиђено и у новом праву Федерације БиХ, а такво је и решење у Републици Српској. Према Закону о стварним правима Федерације БиХ, „земљишна књига истинито и потпуно одражава чињенично стање, па ко у доброј вјери поступа са повјерењем у земљишне књиге, не знајући да оно што је у њих уписано није потпуно или да је различито од ванкњижнога стања, ужива у

35 Чл. 115, ст. 4 и чл. 122–124 Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске, „Народне новине“, 91 (1996) до бр. 94 (2017).

36 Чл. 8, ст. 3 Закона о земљишним књигама Хрватске, „Народне новине“, бр. 83 (2010) и бр. 128 (2022).

погледу тога стјецања заштиту³⁷. Закон о стварним правима ФБиХ даје и дефиницију савесности: „СТИЦАЛАЦ ЈЕ БИО У ДОБРОЈ ВЈЕРИ АКО У ТРЕНУТКУ СКЛАПАЊА ПРАВНОГ ПОСЛА, А НИ У ТРЕНУТКУ КАД ЈЕ ЗАХТИЈЕВАО УПИС, НИЈЕ ЗНАО НИТИ ЈЕ С ОБЗИРОМ НА ОКОЛНОСТИ ИМАО ДОВОЉНО РАЗЛОГА ПОСУМЊАТИ У ТО ДА СТВАР ПРИПАДА ОТУЏИОЦУ“³⁸. Посебно је битна одредба према којој се недостатак добре вере не може пребацити никоме „само из разлога што није истраживао изванкњижно стање“³⁹. Добра вера је очувана уколико терети или ограничења нису били уписани у тренутку стицања, нити је из земљишних књига било видљиво да је затражен њихов упис, осим ако законом није другачије одређено⁴⁰. Оваква правила би требало у будућности лишити суд свих дилема, без обзира да ли су се наведена стицања десила пре или након 6. марта 2014. године као дана почетка примене ЗСП ФБиХ (Повлакић, 2014: 44). Наведено решење сматрамо оправданим код високог процента потпуности и тачности евиденције непокретности, осим ако се ради о превари или другим посебним околностима које су указивале на сумњу у тачност регистра.

У досадашњој српској судској пракси се наглашавао значај провере савесности стицаоца права који обухвата како податке из катастра, тако и проверу ванкњижних (фактичких) података. У међувремену, регистар непокретности је постао знатно тачнији и потпунији, а начело поуздања добија на значају. У колизији савесног уговорног стицаоца од књижног власника и савесног узукапионог држаоца критеријуми процене савесности морају бити исти – провера књижног, али и ванкњижног стања када постоји оправдана сумња у неподударност књижне и ванкњижне својине. У супротном, то би отворило простор за злоупотребе и преваре. Књижни власник би, увек када схвати да је изгубио својину одржајем, могао да ствар отуђи или оптерети. Такав пример оптерећења књижне својине иако се зна да је ствар продата ванкњижном власнику коме је успешно протекао рок за одржај, анализирана је у судској одлуци из БиХ, од стране проф. М. Повлакић. У наведеном случају је закључен и извршен неоверени уговор о купопродаји куће (1991), тако да није дошло до укњижбе купца. Рок за редовни одржај је истекао 2001. године, али поступак утврђења стицања својине није покренут. Продавац је као књижни власник заложиио кућу (2002) једној банци за осигурање потраживања трећег лица, у форми споразума пред судом. Због неплаћеног дуга 2005.

37 Чл. 55 Закона о стварним правима ФБиХ, „Službene novine Federacije BiH“. бр. 66 (2013).

38 Чл. 55, ст. 2.

39 Чл. 55, ст. 3 ЗСП Федерације БиХ.

40 Чл. 56, ст. 2 ЗСП Федерације БиХ.

године је донето решење о извршењу на хипотекарној некретнини. Купац и држалац непокретности је поднео тужбу за утврђење стицања својине одржајем и за брисање терета хипотеке према банци. Првостепени и другостепени суд су усвојили оба захтева, па је поднета ревизија Врховном суду Федерације БиХ због погрешне примене материјалног права. Суд је установио да је исправна одлука о стицању својине редовним одржајем, али не усваја захтев за брисање хипотеке према банци, јер првостепени судови нису узели у обзир начело поверења у земљишне књиге, већ само начело да „нико не може пренети на другога више права но што сам има“. Ревизијски суд се позива на начело поверења и примењује правно правило из §1500 АГЗ које предвиђа да право које је стечено одржајем не може деловати према савесном стицаоцу који је прибавио неко право позивајући се на начело поверења пре него што је узупапиони држалац уписан као нови власник. Банка је као хипотекарни поверилац савесна јер је проверила земљишнокњижно стање. „Суд сматра да поверење у земљишну књигу не може довести у питање ни чињеница да је тужилац пре уписа хипотеке банци презентирао купопродајни уговор закључен са књижним власником (хипотекарни дужник) у односу на спорну некретнину, будући да он тиме није могао доказивати право власништва у односу на њу, с обзиром на то да се право власништва на основу правног посла стиче тек уписом у јавне књиге“ (Повлакић, 2014: 46). Међутим, оправдано се у анализи доводи у питање савесност банке којој је презентирао неоверени уговор, што је „довољно да банку учини несавесном јер долази у ситуацију да зна или да може знати да се земљишнокњижно и стварно стање не слажу... савјесност се не мора односити стриктно само на постојање другог права, већ и правне позиције (тужитељ је био *in statu usucapiendi*)... Банка је знала за постојање једног облигационог права, а у доктрини је од тридесетих година прошлог столећа неспорно да су и облигациона права супротстављива трећим лицима, ако она за њих знају“ (Повлакић, 2014: 47).

Сматрамо да се од банака мора очекивати појачана професионалност. Познато је да банке приликом конституисања хипотеке, за предмет хипотеке прихватају непокретности које са 50% код првог ранга, а највише са 75% вредности код нижег ранга вредности покрива износ кредита (Лазић, Права реалног обезбеђења, 2009: 138). Претходна процена вредности непокретности свакако захтева и проверу не само књижних већ и ванкњижних права на непокретности када постоји разумна сумња у неслагање.

У судској пракси бивше Југославије стицалац се није сматрао савесним ако поред увида у земљишне књиге није извршио и проверу ванкњижног стања својине, а начело поуздања у земљишне књиге је

практично напуштено због примене начела да „нико не може на другога пренети више права него што сам има...“ (Станковић, 1993: 334; Повлакић, 2014 : 42). У праву Србије се прихвата начело поуздања уз неусаглашености између ЗДПК⁴¹ где се савесност не захтева и ЗПУКНВ⁴² где се савесност захтева (Опширније у првом делу рада, Лазић, 2023: 50). Нетачност и непотпуност уписа у српској катастарској евиденцији непокретности још увек не гарантује да доследна примена начела поуздања, а посебно без шире провере савесности сваког стицаоца (која подразумева проверу и ванкњижног стања), неће довести до веће штете од користи. Иако смо свесни значаја начела поуздања, најприхватљивији нам је став да ванкњижно стање не треба проверавати само „ако према околностима стицалац не мора да зна да је стање у катастру неистинито или непотпуно“ (Живковић, 2022: 181)⁴³.

Сматрамо да законска решења која, штитећи савесног стицаоца и начело поуздања, захтевају за савесност да се само проверава књижно стање својине и других права, а не и ванкњижно стање, нису правична. Могућност неслагања књижне и ванкњижне својине, као и других права (хипотеке, плодоуживања итд.), захтева, у оправданој сумњи, и проверу ванкњижног стања. Посебно зато што књижни власник не поседује државину некретнине коју треба одмах да уступи. Затим, узупапијенту као ванкњижном власнику је потребна савесност током рока одржаја (10 или 20 година), а савесном стицаоцу је потребна савесност само у моменту закључења уговора. Иако нема ефикасне евиденције непокретности без дејства начела поуздања, равнотежа интереса и једнакост критеријума процене савесности мора да постоји. Коректив начелу поуздања мора да буде процена савесности која мора да обухвати све чињенице када постоје индиције о разликовању књижног и ванкњижног стања. Само у таквим околностима савесност уговорног стицаоца може имати предност у односу на савесног узупапионог држаоца.

5. Закључак

Институт одржаја је опстао и показао своју оправданост током историје и бројних промена концепта својине. Он налази своју примену

41 Чл. 63 Закона о државном премеру и катастру, „Сл. гласник РС“, бр. 72 (2009).

42 Закон о поступку уписа у катастар непокретности и катастар инфраструктуре, „Сл. гласник РС“, бр. 41 (2018); 95 (2018); бр. 31 (2019); бр. 15 (2020).

43 Проф. Живковић анализира став из аустријске доктрине, да „једном савесно стечено право је коначно стечено и може се даље пуноважно пренети (четвртом) лицу које је било несавесно у погледу уписа у које се поуздало савесно треће лице, осим у случају преваре“ (Живковић, 2022: 170 и нап. 442).

и у модерном праву. Да ли је начело поуздања и ажурна евиденција непокретности нешто што ће искључити његову примену код одржаја непокретности? Умањиће свакако, али не и искључити. Одржај, у разним облицима, а посебно ванкњижни, како редовни, тако и ванредни, још увек има своју функцију и оправдање.

У конкуренцији начела поуздања и начела да „нико на другог не може пренети више права него што сам има”, новије законодавство и судска пракса, посебно због појачане ажурности евиденције непокретности и значаја правне сигурности промета, дају предност начелу поуздања као носећем принципу катастарске или земљишнокњижне евиденције. Сигурно је да се и од узукапионих стицалаца може захтевати додатна ажурност у утврђивању стицања својине и уписа одржајем стеченог права. Међутим, основни критеријум мора да буде савесност стицаоца и примена једнаког критеријума у утврђивању савесности свих стицалаца. Коректив начелу поуздања је савесност, а процена савесности мора да обухвати пре свега проверу књижног стања, али и проверу свих чињеница својине када постоје индиције о разликовању књижног и ванкњижног стања.

Литература/References

Водинелић, В. Владимир, Одржај, разматрање поводом Нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4, 1979.

Gavella, N., Josipović, T, Gliha, I., Belaj, V., Stipković, Z. (1998). *Stvarno pravo*, Zagreb, Narodne novine.

Доловић Бојић Катарина, Одржај као начин стицања права својине на непокретности, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2019.

Ковачевић Куштримовић Р., Лазић М. (2009). *Стварно право*, Ниш, Пунта.

Курдулија, Момчило, Стицање својине одржајем, *Правни живот*, Београд, 8-9/1970.

Лазић, Мирослав, Начело поуздања у регистар непокретности и уговоно стицање својине од књижног власника, *Зборник радова Правног факултета*, Ниш, бр. 100, 2023.

Лазић, Мирослав, *Личне службености*, Ниш, 2000.

Лазић, Мирослав, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009.

Мутапчић, Х., Бркић, Е. (2015). Улога и значај начела савјесности у процесу реформе земљишнокњижног права, *Зборник радова Правног факултета у Тузли*, бр. 1. http://pf.untz.ba/dokumenti/casopisi/2015/zbornik_1_clanak_1.pdf

Повлакић, М. (2014). Начело повјерења у земљишну књигу у најновијој пракси Врховног суда Федерације БиХ, Нова правна ревија, часопис за домаће, њемачко и европско право, 1. 41–50. <https://portalfo2.pravosudje.ba/vstvfo-api/vijest/download/28348>

Станковић, О., Орлић М. (1993). Стварно право, Београд, Службени лист СРЈ.

Стојановић, Д. (1987). Стварно право, Београд, Службени лист СФРЈ.

Живковић, М. (2022). Право регистара непокретности. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.

Закону о искоришћавању пољопривредног земљишта, Службени лист ФНРЈ, бр. 43/1959, <https://www.uzzpro.gov.rs/doc/biblioteka/bib-propisi/restitucija/35-zakon-o-iskoriscavanju-polj.zemljista.pdf>

Закон о државном премеру и катастру, „Сл. гласник РС“, 2009. бр. 72; 2010 бр. 18; 2013 бр. 65; 2015 бр. 15 – одлука УС, 2017 бр. 47 – аутентично тумачење; 2017 бр. 113 – др. закон; 2018 бр. 27 – др. закон; 2018 бр. 41 – др. закон и 2020 бр. 9 – др. закон. https://www.paragraf.rs/propisi/zakon_o_dr-zavnom-premeru_i_katastru.html

Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова, „Сл. гласник РС“, 2018 бр. 41; 2018 бр. 95; 2019 бр. 31; 2020 бр. 15. <https://www.paragraf.rs/propisi/zakon-o-postupku-upisa-u-katastar-nepokretnosti-i-vo-dova.html>

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine Републике Хрватске, 1996, бр. 91... 2017 бр. 94. <https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima>

Закон о стварним правима ФБиХ «Службене новине Федерације БиХ», број 66/13 (28. 8. 2013), https://advokat-prnjavorac.com/zakoni/Zakon_o_stvarnim_pravima_FBiH.pdf

Miroslav Lazić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

**THE PRINCIPLE OF RELIANCE ON REAL ESTATE RECORDS
AND ACQUISITION OF OWNERSHIP BY USUCAPIO
ON IMMOVABLES**

- Part Two -

Summary

Usucapio (acquisitive prescription or adverse possession) ultimately brings the factual and legal situation in accord by “turning” a long-term possession that was incompatible with ownership into legal ownership (title to property). The former owner loses the right of ownership whereas the possessor becomes the new owner, thus acquiring the right of possession and other ownership entitlements. Usucapio also terminates other third-party rights on the object of acquisition, provided that the person who acquires ownership by prescription acted in good faith (bona fides) regarding the presence of those rights. However, due to the principle of reliance on real estate records in land registry or real estate cadastre, some legislations limit the effect of usucapio in relation to a bona fide acquirer of ownership from the registered owner who alienated the immovable property before the registration of acquisition by usucapio, or before entering a note on pending ownership dispute into real estate records. Referring to the principle of reliance, the bona fide acquirer of ownership or another right becomes the legal owner (mortgage creditor, etc.), while the usucapio possessor loses his ownership acquired through prescription.

When considering the two competing principles: the principle of reliance on real estate records and the principle that “no one can transfer more rights to another than he himself has” (Lat. Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet), recent legislation and judicial practice has given priority to the principle of reliance on real estate records as the fundamental principle in cadastral or land registry record-keeping, particularly in view of the increasing accuracy of real estate records and the importance of security of legal transactions. Yet, the vital corrective to the principle of reliance is the conscientious (bona fide) conduct of the acquirer. The assessment of conscientiousness must include a check on the ownership status in cadastral records, as well as the examination of all other ownership-related facts that may not be registered in case there is a discrepancy between the registered and unregistered owner status.

In this paper, the author analyzes the fairness of the legal solution that usucapio shall take effect only towards the current owner but not towards third conscientious acquirers, the possibility of abuse of the principle of reliance by the registered owner and the fact that the conscientiousness of the acquirer is assessed only on the basis of verification of the registered status, the need to check the status of unregistered immovable property during the purchase in order to preserve the conscientiousness of the acquisition, etc.

Keywords: *usucapio, real estate cadastre, principle of reliance on real estate records, bona fide acquirer, bona fide third parties.*

Др Наташа Стојановић,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-52879
ORCID 0000-0002-6928-8298

АКТУЕЛНИ ТРЕНДОВИ У РАЗВОЈУ ПРИНЦИПА НАСЛЕДНОГ ПРАВА**

Апстракт: Свака правна грана у правном систему има темељна правила, идеје водиље, на којима је изграђена целокупна конструкција правних норми које је чине, а којима се регулише низ сродних врста одређених друштвених односа. Наследно право као део породице грађанског права не одступа од тога и своја основна начела прилагођава основним принципима грађанског права, захтевима правне традиције, али и потребама друштва у одговарајућем периоду његовог развоја. У Грађанском кодексу Руске Федерације, у делу у којем су регулисани наследноправни односи, у Грађанском кодексу Републике Француске, у делу посвећеном установи наслеђивања и у Закону о наслеђивању Републике Србије основна начела наследног права распоређена су у различитим деловима законских текстова, што делом отежава њихово проналажење и повезивање у једну правно-логичку мисаону целину, па самим тим и њихову примену у пракси. У раду, служећи се правно-догматским, нормативно-правним, упоредно-правним и историјско-правним методом, чинимо покушај да, кроз призму законских решења, теоријских схватања и ставова судске праксе, утврдимо основна начела савременог руског, француског и српског наследног права, анализирамо их и сагледамо њихов смисао и домаћај у регулисању наследноправних односа. Будући да су руски, француски и српски наследноправни прописи до сада више пута новелирани, овим радом посебно желимо да осветлимо актуелне трендове у развоју основних принципа наследног права, како би се утврдио даљи, могући, правац развоја наследноправне регулативе у овим државама.

Кључне речи: руско право, француско право, основни принципи наследног права.

* natasa@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 5.2.2024. године.

1. Уводне напомене

Принципи (начела)¹ представљају најважнију категорију у праву јер одређују садржај права, његову суштину и сврху (Ткаченко, 2012; Дреев, 2020).

Принципи у праву, као најопштије одредбе у закону, креирају се са циљем да олакшају примену правних норми, да попуне правне празнине у законском тексту и да буду путокази за правилно тумачење нејасних или спорних одредаба у закону. Начелима се, такође, обезбеђује боље разумевање суштине дате правне гране, као и њене друштвене сврхе (Братусь, 1963: 13; Кириллова, 2012: 114; Смольков, 2007: део апстрактна доктората).

Начела могу бити садржана у одређеној правној норми, обично на почетку законског текста, или произлазити из садржине и значења низа правних норми које се налазе у једном законском тексту.

Свака правна грана, па тако и наследно право има основна начела, идеје водиле на којима је изграђена целокупна конструкција норми које је чине.

У Грађанском кодесу Руске Федерације,² Грађанском кодексу Републике Француске³ и у Закону о наслеђивању Републике Србије⁴ основна начела наследног права не чине посебну целину у законском тексту, већ се налазе на разним местима у оквиру наследноправних прописа, што, у крајњој линији, омогућава посленицима правне мисли да различито гледају на ову проблематику.

1 Израз „принцип” (од лат. „*principium*”) дословно означава оно што је прво, почетак, темељ. Видети: WordSense Dictionary. Преузето 8. 6. 2024. <https://www.wordsense.eu/principium>.

2 Грађански кодекс Руске Федерације, први део од 30. 11. 1994. године. Бр. 51-ФЗ, други део од 26. 1. 1996. године. Бр. 14-ФЗ, трећи део од 26. 11. 2001. године. Бр. 146-ФЗ, четврти део од 18. 12. 2006. године. Бр. 230-ФЗ. Закључно са изменама и допунама од 16. 5. 2023. године. Бр. 23-П (Гражданский кодекс Российской Федерации – ГКРФ, часть первая от 30. 11. 1994 года. N 51-ФЗ, часть вторая от 26. 01. 1996 года. N 14-ФЗ, часть третья от 26. 11. 2001 года. N 146-ФЗ и часть четвертая от 18. 12. 2006 года. N 230-ФЗ. Ред от 16. 05. 2023 года. N 23-П). Преузето 15. 7. 2024. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142. У наставку рада ГКРФ.

3 Грађански кодекс Републике Француске од 21. 3. 1804. године. Закон бр. 65-570 1965-07-13; Закон бр. 72-626 1972-07-05. Закључно са изменама и допунама од 15. јуна 2024. године. Закон бр. 2024-536. (Code civil, 21. 03. 1804. *Loi 65-570 1965-07-13; Loi 72-626 1972-07-05. Version en vigueur au 16 juillet 2024*). Преузето 16. 7. 2024. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXTooo006070721/ У продужетку раду СС.

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

Предмет наше пажње јесу основни принципи наследног права на простору Руске Федерације, Републике Француске и Републике Србије са циљем да се утврди њихов смисао и домаћај, као и степен њиховог преображаја, услед измена и допуна наследноправних прописа у овим државама.

2. Основни принципи на којима је утемељено савремено руско право

2.1. Схватања руских правних теоретичара о основним начелима наследног права у Руској Федерацији

Међу посленицима руске правне мисли нема јединственог гледања на ствар која су то основна начела у регулисању наследноправних односа на простору Руске Федерације, највише због тога што се и руски законодавац на ову тему изричито не изјашњава (Дреев, 2020).

Тако, Гришаев (Гришаев) прави разлику на основне принципе наследног права где спадају слобода наслеђивања и заштита интереса породице као и нужних наследника, и допунске принципе који обухватају: начело наследноправне универзалне сукцесије и начело заштите наслеђа од противправних поступака (Гришаев, 2003: 9–10). Слично Гришаеву и Смољков (Смољков), разликује основне и допунске принципе наследног права. Према овом аутору, у круг основних принципа модерног руског права спадају: начело слободе воље и принцип заштите интереса нужних наследника. У круг допунских принципа спадају: принцип наследноправне универзалне сукцесије и начело слободе и диспозитивности у остваривању права наслеђа (Смољков, 2007).

Грудцина (Грудцына) сматра да је наследно право Руске Федерације утемељено на принципима демократије и једнакости, а да су његове друге идеје водиље: начело првенства наслеђа на основу завештања у односу на наслеђе на основу закона; принцип слободе избора (како оставиоца, тако и наследника); начело равноправности наследника који наслеђују на темељу закона; принцип јединства очувања наследства; начело обезбеђења права наслеђа; принцип заштите правног поретка, морала, интереса оставиоца, наследника и других физичких или правних лица који имају имовинскоправне интересе у односу на одређену заоставштину (Грудцына, 2005: 9).

Курноскина (Курноскина) је схватања да је савремено руско наследно право изграђено и развија се на принципу наследноправне универзалне сукцесије, начелу слободе завештања, начелу заштите права и интереса лица блиских оставиоцу у комбинацији са правима и интересима других

лица, принципу слободе наслеђивања и начелу најпотпуније гаранције испуњења воље оставиоца (Курноскина, 2006: 12).

Дреев (Дреев) дели основна начела савременог руског наследног права на она која имају извориште у нормама ГКРФ: начело универзалне сукцесије, начело слободе завештања, начело тајности завештања и начело правде као опште грађанскоправно начело, и принципе наследног права који директно произилазе из актуелних наследноправних прописа (Дреев, 2020).

Толстој (Толстой) је мишљења да у основна начела наследног права у Руској Федерацији спадају: начело универзалне сукцесије, принцип слободе завештања, начело обезбеђења права и интереса нужних наследника; принцип узимања у обзир не само стварне већ и намераване воље оставиоца; начело слободе избора наследника позваних на наслеђе, принцип заштите правног поретка, морала, интереса оставиоца, наследника и других физичких и правни лица која имају имовинске претензије према заоставштини и начело заштите заоставштине од противправних и неморалних поступака (Толстой, 1999: 34–39). Овај теоријски поглед на основна начела модерног руског права подржава велики број теоретичара у Руској Федерацији (видети, на пример: Гушћина, 2010; Кириллова, 2012: 118; Курбанов, 2018: 44–46; Корнеева, 2019: 12–14), зато ће она, у наставку рада, бити предмет наше пажње.

2.2. Неколико напомена о основним начелима савременог руског наследног права

У савременом руском праву начело универзалне сукцесије има свој извор у чл. 110 ГКРФ. Суштина овог начела огледа се, пре свега, у непосредном преносу заоставштине (како права, тако и обавезе) са умрлог на његове наследнике. Ова начело подразумева да све што је припадало оставиоцу, а што је подобно наслеђивању, прелази на наследнике у непромењеном виду (истом саставу, обиму и вредности), као једна правна целина и у истом тренутку, независно од времена фактичког пријема наслеђа и независно од момента државне регистрације одређених права на имовинским добрима из оставинске масе (ако права подлежу регистрацији код надлежних државних органа), осим ако нешто друго није предвиђено одговарајућим одредбама ГКРФ (деталније: Абраменков, Чугунов, 2019: 90–93). Поједини руски аутори, у начелу универзалне сукцесије виде и продужење правне личности оставиоца од стране наследника и његово представљање у правним односима, изузев односа личноправног карактера (Курбанов, 2018: 44).

Принцип слободe завештања има своје утемељење у чл. 119 ГКРФ. Садржина овог начела огледа се у законом датој могућности сваком завештајно способном лицу да располаже својом имовином за случај смрти, укључујући и ону која се може стећи у будућности у корист једног или више лица, да одреди њихове наследне делове, да лиши наслеђа законске наследнике, без навођења разлога за то и да у изјави своје последње воље унесе друга располагања предвиђена ГКРФ. Ово начело подразумева и могућност опозива или измене већ дате изјаве последње воље. ГКРФ завештаоцу гарантује и тајност, како у састављању, тако и одузимању важности или измени изјаве последње воље (деталније: Гущина, 2010).

Начело обезбеђења права и интереса нужних наследника проистиче из чл. 1149 ГКРФ. Ово начело штити посебно привилеговану групу законских наследника – нужне наследнике. Ради се о малолетном детету или пунолетном детету оставиоца, неспособном за привређивање, затим његовом супружнику и родитељима, такође неспособним за привређивање. У категорију нужних наследника спадају и друга лица неспособна за привређивање која је оставилац за живота издржавао.

Принцип узимања у обзир не само стварне воље оставиоца, већ и његове претпостављене воље има своје утемељење у чл. 1141 ГКРФ. Суштину овог начела чини уважавање последње воље оставиоца, изражене у завештању или уговору о наслеђивању. Међутим, уколико оставилац није располагао *mortis causa*, или је располагао само појединим имовинским добрима, или је то његово располагање неважно или без дејства, онда се позивају на наслеђе наследници према правилима законског наслеђивања у чију садржину је уграђена претпостављена воља оставиоца.

Начело слободe избора наследника позваних на наслеђе проистиче из садржине чл. 1157 ГКРФ. Овај принцип омогућава наследнику да прихвати наслеђе или да га се одрекне у року од шест месеци од отварања наслеђа.⁵ Уколико наследник изричито или прећутно (*pro gestio herede*) не прихвати наслеђе, сматра се да се наслеђа одрекао⁶ (деталније: Курбанов, 2018: 46). Ово начело омогућава наследнику да се одрекне наслеђа, иако је претходно прихватио наслеђе, док неопозивост изјаве о одрицању од наслеђа има стриктну примену.⁷ У домен овог начела улази и слобода наследника да се прихвати наслеђа само по једном правном

5 Видети: чл. 1157, ст. 2, у вези са чл. 1154, ст. 1 ГКРФ.

6 Видети: чл. 1152, ст. 1 ГКРФ.

7 Видети: чл. 1157, ст. 3 ГКРФ.

основу наслеђа или по свим основима позивања на наслеђе, ако је позван на наслеђе на темељу више правних основа наслеђивања.⁸

Начело заштите правног поретка, морала, интереса оставиоца, наследника и других физичких или правних лица која имају имовинско-правне претензије према заоставштини има своје утемељење у више чланова ГКРФ. Тако, интереси наследника оставиоца штите се одговорношћу за дугове оставиоца у вредности примљеног наслеђа.⁹ Интересе будућег оставиоца руски законодавац штити правилом о тајности завештања или уговора о наслеђивању,¹⁰ тумачењем завештања или уговора о наслеђивању у складу са његовом вољом¹¹ и испуњењем свих његових „заповести”, садржаних у располагању за случај смрти.¹² Правни поредак и правила морала штите се: немогућношћу недостојних наследника да наследе оставиоца,¹³ овлашћењем поверилаца оставиоца да своја потраживања пријаве у границама рокова застарелости, утврђених за дотична потраживања,¹⁴ као и обавезом накнаде трошкова овлашћеним лицима која су управљала заоставштином или је штитила.¹⁵

Принцип заштите самог наследства од незаконитих или неморалних поступака извире из чл. 1171–1173 ГКРФ, и нераскидиво је повезан са претходно наведеним начелом савременог руског наследног права. Суштина овог начела огледа се у обезбеђивању потребне заштите наслеђених добара кроз њихов попис и процену, чувања поједних ствари из оставинске масе код нотара (нпр. готовина), односно у банци (хартије од вредности, страни новац, племенити метали и драго камење) или од стране неког од наследника (друге оставиочеве ствари). Када је састав активе заоставштине такав да постоји потреба за њеним управљањем (примера ради, умрли је имао удео у привредном друштву), онда се може применити механизам повереничког управљања који омогућава постављење повереника заоставштине, са циљем њеног очувања и повећања њене вредности.¹⁶

8 Видети: чл. 1152, ст. 2 ГКРФ.

9 Видети: чл. 1175, ст. 1 ГКРФ.

10 Видети: чл. 1123 ГКРФ.

11 Видети: чл. 1132 ГКРФ.

12 Видети: лк. 1137–1140 ГКРФ.

13 Видети: чл. 1117 ГКРФ.

14 Видети: чл. 1175, ст. 3 ГКРФ.

15 Видети: чл. 1171–1173 ГКРФ, у вези са чл. 1174, ст. 2 ГКРФ.

16 Видети: чл. 1173 ГКРФ.

2.3. *Метаморфоза основних принципа модерног руског наследног права*

Право се налази у континуираном кретању и мењању, прилагођавајући се променама у друштву и потребама нових генерација људског рода.

У Русији, не само да је на место Грађанског кодекса из 1964. године¹⁷ на правну снагу ступио ГКРФ, већ су и напред наведена начела наследног права доживела промену, прилагођавајући се захтевима социјалне стварности.

У првом реду, до ступања на правну снагу ГКРФ, начело универзалне сукцесије се примењивало на наслеђивање готово целокупне заоставштине, изузев стицања права на легат и права на основу налога.¹⁸ Данас у важећем ГКРФ постоји више изузетака од овог принципа, не само када је реч о сингуларном последовању у оставиочева права на темељу завештања или уговора о наслеђивању већ и на основу закона.¹⁹ Такође, постоје изузеци и од принципа универзалности у наслеђивању,²⁰ као интегралног дела начела универзалне сукцесије (детаљно: Кирилова, 2012: 118–119).

И начело слободе завештања доживело је преображај. С једне стране, границе слободе завештања да располаже својом имовином за случај смрти проширене су у важећем ГКРФ, будући да је смањен нужни део нужних наследника са $\frac{2}{3}$ на $\frac{1}{2}$.²¹ С друге стране, у ГКРФ повећан је број форми завештања у односу на раније важећи ГК,²² што у великој мери олакшава завештајно способном лицу да сачини завештање, прилагођавајући се околностима конкретног случаја, својим потребама и могућностима. Начело слободе завештања еволуирало је, барем када је реч о супружницима, у правцу могућности да, према важећим наследноправним прописима, сачине заједничко завештање.²³ Будући

17 Грађански кодекс РСФСР од 11. 6. 1964. године. *Гласник Оружаних снага РСФСР*. Бр. 24. Измене и допуне од 26. 11. 2001. године. Бр. 147-ФЗ (Гражданский кодекс РСФСР от 11. 06. 1964 года. *Ведомости ВС РСФСР*. 1964. № 24. Ред. от 26. 11. 2001 года. N 147-ФЗ. Преузето 27. 5. 2024. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1838/

18 Видети: чл. 538–539 ГКРСФСР.

19 Видети: чл. 1183 и чл. 1185, ст. 1 ГКРФ.

20 Видети: чл. 1176 и чл. 1185 ГКРФ.

21 Упоредити: чл. 535 ГКРСФСР са чл. 1149 ГКРФ.

22 Упоредити: чл. 540–542 ГКРСФСР са чл. 1124–1127 и чл. 1129 ГКРФ.

23 Видети: чл. 1118, ст. 4 ГКРФ.

да су измене и допуне ГКРФ, извршене 2018. године,²⁴ увеле у руско право уговор о наслеђивању као дозвољени правни основ наслеђивања на који се аналогно примењују правила која важе за завештање,²⁵ следи да је слобода сваког завештајно способног лица да располаже својом имовином за случај смрти добила квалитативно нову димензију.

Принцип узимања у обзир не само стварне већ и претпостављене воље такође је доживео промене, будућу да је важећим наследноправним прописима значајно проширен круг законских наследника који могу наследити оставиоца, уколико он своју заоставштину не распореди завештањем или уговором о наслеђивању.²⁶ Руски законодавац је већ у постојећи систем груписања крвних сродника – систем степена сродства „уградио” још пет законских наследних редова, обухвативши њима крвне сроднике, закључно са петим степеном сродства, али и одговарајуће тазбинске сроднике (пасторчад, очуха и маћеху), као и лица која је оставилац издржавао.²⁷

И принцип обезбеђења права и интереса нужних наследника је у доброј мери коригован у ГКРФ, у односу на раније важећи ГК. Наиме, како је већ речено, величина нужних делова нужних наследника је сада 1/2 од појединачног законског наследног дела у односу на 2/3 од законског наследног дела одређеног нужног наследника, према раније важећем ГК. Промена суштине овог начела последица је и решења, садржаног у ГКРФ, којим се омогућава да се и тај смањени нужни додатно умањи или да се нужном наследнику он уопште и не да, уколико би нужном наследнику на име нужног дела припала непокретност коју завештајни наследник користи за становање, а коју нужни наследник није за живота оставиоца употребљавао, или се ради о стварима које су завештајном наследнику служиле као главни извор средстава за рад (нпр. алат, креативна радионица и сл.)²⁸

Начело слободе избора наследника позваних на наслеђе модификовано је у ГКРФ у односу на раније важеће наследноправне прописе. Наиме, сада руски законодавац даје шира овлашћења наследнику који хоће да се одрекне наслеђа, чак и у ситуацији када је већ наслеђе, изричито

24 Ова новина постала је интегрални дело ГКРФ на основу Федералног закона од 19. 7. 2018. године, №217-ФЗ, под оригиналним насловом „О внесении изменений в статью 256 части первой и часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации”, преузето 12. 6. 2024. године. <https://www.consultant.ru/cons/cgi/online/.cgi?req=doc&nd=RRGHw&base=LAW&n=302862&dst=100055&field=134#u3LsNrTwy9aQtdAe1>.

25 Видети: чл. 1118, ст. 1 ГКРФ.

26 Упоредити: чл. 532 раније важећег ГКРСФСР са чл. 1141–1148 ГКРФ.

27 Видети: чл. 1145, ст. 3 и чл. 1148 ГКРФ.

28 Видети: чл. 1149, ст. 4 ГКРФ.

или прећутно, прихватио, што није било могуће на основу ГКРСФСР.²⁹ Штавише, актуелним наследноправним прописима наследник који је у односу на наслеђе поступао *pro gestio herede* има право да се одрекне наслеђа, по истеку одређеног рока,³⁰ ако надлежни суд сматра да су разлози за пропуштање рока били ваљани.³¹ С друге стране, у руском праву забрањено је да наследник који се одрекао наслеђа опозове дату изјаву или је измени.³²

Слобода избора наследника који су позвани на наслеђе „појачана је” у ГКРФ, у односу на раније важеће наследноправне прописе, могућношћу наследника да може, уколико је позван на наслеђе на основу више правних основа – да се наслеђа одрекне по једном основу или по свим правним основима.³³

Начело заштите правног поретка, морала, интереса оставиоца, наследника, других физичких или правних лица која имају имовинско-правне претензије према заоставштини доживело је преображај у односу на раније важећи ГК. То је јасно видљиво у погледу ближег одређења правних последица недостојности за наслеђивање наследника,³⁴ боље заштите интереса поверилаца оставиоца, јер сада могу да пријаве своје потраживање наследницима у границама рокова застарелости потраживања, а не, како је то било предвиђено раније важећим ГК, у року од шест месеци од отварања наслеђа оставиоца,³⁵ као и детаљног регулисања правне позиције оних лица која штите или управљају заоставштином оставиоца.³⁶ Осим тога, важећим ГКРФ, а у циљу заштите интереса самог оставиоца, доследно је испоштован принцип тајности завештања и обезбеђено је да се права воља оставиоца сазна путем тумачења нејасних или спорних одредаба у завештању.³⁷ И код одговорности за оставиочеве дугове додатно је обезбеђена заштита наследника, будући да ГКРФ децидно одређује да наследник који је путем наследноправне трансмисије ступио на место наследника који је умро након отварања наслеђа оставиоца, не изјаснивши се о пријему

29 Упоредити: чл. 1157, ст. 2 ГКРФ са чл. 550, ст. 3 раније важећег ГКРСФСР.

30 Ради се о року од шест месеци од отварања наслеђа који је идентичан року за пријем наслеђа. Видети: чл. 1154 ГКРФ.

31 Видети: чл. 1157, ст. 2 ГКРФ.

32 Видети: чл. 1157, ст. 3 ГКРФ.

33 Видети: чл. 1158, ст. 3 ГКРФ.

34 Видети: чл. 1117, ст. 3 ГКРФ.

35 Упоредити: чл. 1175, ст. 3 ГКРФ са чл. 554 ГКРСФСР.

36 Видети: чл. 1171–1174, ст. 2 ГКРФ.

37 Видети: чл. 1123 и чл. 1132 ГКРФ.

или одрицању од наслеђа, одговара само за оставиочеве дугове, а не и за дугове наследника на чије место је дошао.³⁸

И принцип заштите самог наследства еволуирао је у ГКРФ, у односу на ГКРСФСР, будући да актуелни наследноправни прописи садрже детаљна правила у погледу заштите и управљања наследством.³⁹

3. Основна начела савременог француског наследног права

3.1. Мишљење француских правних мислилаца о основним принципима наследног права у Републици Француској

Ни међу француским теоретичарима нема сагласја у погледу тога на којим принципима је утемељена установа наслеђивања у савременом француском праву.

Тако, Тере и Лукет (Terré, Lequette) у основна начела наследног права увршћују: принцип наслеђивања лица, а не имовине; принцип јединства заоставштине, са пратећим начелима која се односе на имовинску структуру наслеђа; начела која се односе на породичну структуру наслеђа и принцип аутономије воље, ограничен забраном уговора о будућем наследству и установом нужног дела (Terré, Lequette, 1997: 54–74, 201–202, 482, 629).

Грималди (Grimaldi) је мишљења да се установа наслеђивања у француском праву темељи на: начелу о супсидијарној примени законског наслеђивања у односу на завештајно и уговорно наслеђивање, принципу ограничене аутономије воље установом нужног дела и начелном забраном уговора о будућем наследству, начелу да се наслеђује лице, а не имовина и начелу јединства заоставштине (Grimaldi, 2017: 43–44, 91, 219, 227–228, 318, 477–479 и 487).

Малори, Енес и Бернер (Malaurie, [Aynés], Brenner) основним принципима наследног права у модерној Француској сматрају: начело аутономије воље, принцип да се наслеђују имовинска добра, а не умрло лице и начело јединства заоставштине (Malaurie, [Aynés], Brenner, 2018: 21–22, 41, 46, 113–116 и 144–145).

Мори (Maury) под темељна начела француског наследног права подводи: начело да се наслеђује лице, а не имовина, принцип јединства заоставштине и начело аутономије воље (Maury, 2007: 9–20).

38 Видети: чл. 1175, ст. 2 ГКРФ.

39 Упоредити: чл. 555–556 ГКРСФСР са чл. 1171–1173 ГКРФ.

3.2. Неколико напомена о основним начелима савременог француског наследног права

Суштина начела јединства заоставштине огледа се у истоветним правилима за наслеђивање заоставштине оставиоца, без обзира на природу или порекло имовинских добара који је чине. Све до измена и допуна СС извршених 2001. године, ово начело је имало своје утемељење у његовом чл. 732. Са реформом француског наследног права из 2001. године, стари чл. 732 „нестаје”, остављајући без одговора правну заједницу да ли је принцип јединства заоставштине и даље стуб носач установе наслеђивања у Француској или не. Јаз је продубљен изменама и допунама СС из 2006. године, будући да и оне „игноришу” овај принцип, задајући све директнији ударац идеји о јединству заоставштине (Maugu, 2007: 13). По схватању поједних француских аутора, принцип јединства заоставштине, упркос нестанку чл. 732, и даље је један од темељних принципа наследног права, али је озбиљно оштећен (Malaurie, [Aupés], Brenner, 2018: 64).

Принцип да се наслеђује лице, а не имовина, који има своје корене у архаичном римском праву (Marković, 1991: 7–8; Nicod, 2014), подразумева да је наследник тај који оставиоца мења у правним односима, преузимајући његово место уз минимум формалности, одмах након његове смрти (Maugu, 2007: 10). Поједини правни писци у овако конципираном начелу да се наслеђује лице, а не имовина виде заправо начело универзалне сукцесије (Mathieu, Vladimirovna Rostovtseva, 2016: 460).

Остарилац, дакле, наставља да живи кроз своје наследнике који не само да настављају његово име, већ и добијају његова имовинска добра, као и дугове за које одговарају и својом имовином (Maugu, 2007: 10; Nicod, 2014).

Принцип да се наслеђује лице, а не имовина нема директно утемељење ни у једном члану СС, али би се његово постојање могло повезати са садржином чл. 785, ст. 1 СС који одређује да наследник који безусловно прихвати наслеђе одговоран је неограничено за дугове и оптерећења која из тог наследства произлазе (тако и: Nicod, 2014). Осим тога, на присуство овог начела у француском праву указује и чл. 724 СС, који прецизира да наследници, одређени законом, аутоматски преузимају наследство оставиоца тренутком отварања његовог наслеђа,⁴⁹ што у великој мери подсећа на средњовековну доктрину француског права „*le*

40 Поједини француски теоретичари сматрају да је ово решење пре последица континуитета личности оставиоца, него афирмација самог континуитета. Видети: Sériaux, 2013: n° 6. Наведено према: Nicod, 2014.

mort saisit le vif doctrine”,⁴¹ (тако и: Mathieu, Vladimirovna Rostovtseva, 2016: 460), па и на начело стицања наслеђа *ipso iure*, прихваћено у српском праву.

У прилог постојања овог начела у француском праву иде и ретро-активно дејство изјаве о прихватању или одрицању од наслеђа,⁴² као и декларативно дејство деобе наследства⁴³ (деталније: Маугу, 2007: 10–11; Nicod, 2014).

Начело аутономије воље у сфери наследноправних односа у француском праву испољава се кроз слободу појединаца да својом имовином располажу путем добротинских правних послова (*libéralités*) – поклона (*la donation*), завештања (*le testament*) и поклона будућих ствари (*l’institution contractuelle*) (Grimaldi, 2017: 221).

И док се поклонима постижу правни ефекти за живота уговорних страна, код завештања и поклона будућих ствари то се догађа у време када је завештаоцу, односно поклонодавцу отворено наслеђе.

Слобода завештајних располагања у оквиру начела аутономије воље односи се на могућност завештајно способног лица да целокупну своју имовину или њен део остави универзалном испорукопримцу,⁴⁴ квази-универзалном испорукопримцу⁴⁵ или партикуларном испорукопримцу.⁴⁶ Слобода завештајних располагања подразумева и могућност опозива већ дате изјаве последње воље.⁴⁷

Слобода остављања поклона будућих ствари може се остварити брачним уговором – од трећег лица будућим супружницима,⁴⁸ или између самих будућих супружника, као и између самих супружника, током трајања брака.⁴⁹ Овај сегмент аутономије воље појединаца у француском праву, када се реализује брачним уговором, не може се опозвати, а када се остварује током трајања брака, опозив је (Grimaldi, 2017: 222).

Слобода располагања поклонима, завештањем или путем поклона будућих ствари, у првом реду, ограничена је установом нужног дела у корист нужних наследника.⁵⁰ Аутономија воље у домену наследноправних

41 Дословце преведено „мртви хватају живе доктрина”. Преузето 12. 5. 2024. <https://www.lsd.law/define/le-mort-saisit-le-vif-doctrine>.

42 Видети: чл. 776, у вези са чл. 768 СС.

43 Видети: чл. 883 СС.

44 Видети: чл. 1003 СС.

45 Видети: чл. 1010 СС.

46 Видети: чл. 1010, ст. 2 СС.

47 Видети: чл. 895 СС.

48 Видети: чл. 1081–1090 СС.

49 Видети: чл. 1091–1099-1 СС.

50 Видети: чл. 913 СС.

односа ограничена је и начелном забраном закључивања уговора о будућем наследству, у смислу стицања или одрицања од права на заоставштину која још није отворена.⁵¹

3.3. Преображај основних принципа модерног француског наследног права

У прилог научној тврдњи да је принцип јединства заоставштине доживео озбиљну метаморфозу иде решење СС, садржано у чл. 366, ст. 1, које и те како води рачуна о пореклу добара која чине заоставштину умрлог усвојеника из обичног усвојења. Наиме, француски законодавац одређује да део заоставштине усвојеника који је умро без потомства или супружника, стечен од усвојитеља, враћа се њему или његовим потомцима, ако та добра још увек постоје у природи у тренутку отварања наслеђа усвојеника. Имовинска права која је усвојеник бесплатно добио од својих родитеља враћају им се на исти начи (или њиховим потомцима). Она имовинска добра која премаше ту вредност деле се на пола између његове биолошке породице и усвојитељске породице.

Још један доказ да је начело јединства заоставштине озбиљно повређено јесте садржина чл. 757-3 СС који говори о праву браће и сестара (или њихових потомака) оставиоца, који у конкретном случају наслеђују оставиоца, представљајући своје родитеље, да заједно са супружником деле (по 1/2) оно што је умрли добио од својих сродника у правој узлазној линији путем наследства и поклона, уколико се та добра и даље налазе *in natura* у заоставштини. Супружнику у целини припада оно што је оставилац стекао теретним правним послом.

Да је начело јединства заоставштине у француском праву претрпело значајну метаморфозу потврђује и правило садржано у чл. 738-2 СС, које даје право родитељима оставиоца, умрлог без потомства, да захтевају враћање добара која су они дали на име поклона, сада покојном детету, у висини вредности свог наследног дела.⁵² За разлику од претходно наведена два случаја, у овој ситуацији, ако се поклоњена добра не могу вратити *in natura*, могуће је враћање њихове вредности у границама активне заоставштине.⁵³

Одступање од принципа јединства заоставштине предвиђа и Законик о интелектуалној својини Републике Француске,⁵⁴ прописујући

51 Видети: чл. 722 СС.

52 Видети: чл. 738-2, ст. 1, у вези са чл. 738, ст. 1 СС.

53 Видети: чл. 738-2, ст. 3 СС.

54 Законик о интелектуалној својини Републике Француске од 1. 7. 1992. године. Закон бр. 92-597. Закључно са изменама и допунама од 17. 2. 2024. године. Закон бр.

за надживелог супружника аутора плодoуживање на ауторским правима док је жив. За преостало време, до истека 70 година од смрти аутора, интелектуална права припадају наследницима.⁵⁵

Колика је моћ принципа јединства заоставштине у француском праву пољуљана сведоче и правила међународног приватног права која предвиђају различите тачке везивања за наслеђивање заоставштине одређеног оставиоца. Тако је за наслеђивање покретних ствари које чине заоставштину меродавно право места пребивалишта оставиоца, док је за наслеђивање непокретности меродавно *lex rei sitae* (Maury, 2007: 13).

Принцип јединства заоставштине не штите у доброј мери ни судови у Француској. То је посебно видљиво код наслеђивања породичних успомена,⁵⁶ гробних места и гробница.⁵⁷

Потпуну примену принципа да се наслеђује лице, а не имовина француски законодавац је ублажио још у изворној верзији СС, решењем да наследник има право да се наслеђа одрекне, као и правилом о прихватању наслеђа у границама активе заоставштине⁵⁸ (више о томе код: Mathieu, Vladimirovna Rostovtseva, 2016: 460). Исто тако, измене и допуне чл. 280 СС предвиђају да након смрти супружника – дужника издржавања, у плаћању алиментације учествују сви наследници, који немају личну обавезу да то чине и то у границама наслеђене активе заоставштине.

Принцип да се наслеђује лице, а не имовина у француском праву ослабљен је нарочито после измена и допуна СС из 2001, 2004, 2006. и 2009. године. У прилог нашој тврдњи иде новина из 2006. године, садржана у чл. 785, ст. 2 СС, да је наследник или универзални легатар одговоран за легате у новцу, само до износа активе заоставштине. Овај принцип француског наследног права крњи и правило из чл. 786, ст. 2 СС, такође из 2006. године, које предвиђа да наследник, и поред безусловног прихватања наследства може тражити од судије ослобођење од плаћања дела или целе обавезе наслеђеног дуга за чије постојање није знао у

2024-449 (Code de la propriété intellectuelle, Loi 92-597. Modifié en dernier lieu par 17. 02. 2024. Loi n° 2024-449). Преузето 15. 7. 2024. https://www.Legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEX000006069414/2024-07-15/

55 Видети: чл. L. 123-1 и чл. L. 123-6 Законика о интелектуалној својини Републике Француске.

56 Видети, примера ради: Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 1978, de Méneval, Bull. civ. I, n° 71; D. 1978.505, n. R. Lindon; JCP G 1978.II.18836, concl. Cont. Gulphe; Defrénois 1978.866, obs. G. Champenois; GAJ civ., n° 99; Cass. 1^{re} civ., 29 nov. 1994, Bull. Civ. I, n° 354; Req., 14 mars 1939, DP 1940.I.9, n. R. Savatier. Наведено према: Malaurie, [Aynés], Brenner, 2018: 47–48.

57 Видети, на пример: Req., 7 avr. 1857, DP 1857.I.311; Cass. 2^{re} civ., 17 oct. 2013, n° 12-23375, Bull. civ. II, n° 206. Наведено према: Malaurie, [Aynés], Brenner, 2018: 51.

58 Видети: чл. 768 СС.

тренутку прихватања наслеђа, из законом прописаних разлога, уколико би његово намирење имало за последицу озбиљно задуживање његове личне имовине.

Да се у француском праву принцип о наслеђивању лица постепено замењује принципом наслеђивања имовине сведоче и решења СС из 2001. године, новелирана 2009. године, садржана у чл. 758, о праву на издржавање предака оставиоца (који нису отац и мајка), из заоставштине оставиоца, које су сви наследници (а у случају да их нема и сви легатари), дужни да измире сразмерно вредности наслеђеног. Иста привилегија предвиђена је чл. 767 СС у корист супружника оставиоца.

Урушавању принципа да се наслеђује лице, а не имовина свакако доприноси и установа налога са постхумним дејством, уведена у француско право 2006. године, чл. 812 СС, која омогућава завештаоцу да одређено физичко или правно лице овласти да управља његовом имовином или да води његове послове у време када више неће бити жив.⁵⁹

Да је принцип да се наслеђује лице, а не имовина много изгубио од своје суштине, иако је „побожно очуван”, (Nicod, 2014), потврђује и пракса француских судова.⁶⁰

Ниједно од начела француског наследног права није доживело такву метаморфозу као што се то догодило са начелом аутономије воље. Наиме, изворна верзија СС садржавала је правило о забрани одрицања од наслеђа које није отворено и уступања евенуталних права у односу на исто.⁶¹ Од јула месеца 2002. године, када су одговарајуће новеле СС из 2001. године ступиле на правну снагу, почео је да се примењује чл. 722 који својом садржином, у доброј мери, контрира већ наведеном чл. 791. Са реформом СС из 2006. године, чл. 791 је нестало из текста Законика (Маури, 2007: 17).

Значајан допринос у развоју начела аутономије воље у наследно-правним односима изнедрило је и решење француског законодавца из 1972. године, а модификовано 2006. године, које омогућава једном физичком лицу или брачном пару да са својим потомцима или другим потенцијалним законским наследницима закључи породични споразум

59 Овај институт регулисан је чл. 812–812-7 СС.

60 У прилог постојања начела да се наслеђује лице, а не имовина гласе, примера ради: Cass.civ. 1^{re}, 5 décembre 2012, n° 11-24758, D. 2013, note A. Tadros, p. 482; Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 2012, n° 11-10594, JCP G 2013, p. 442; RLDCiv. 2012, n° 97, art. 4827, obs. A. Paulin. Наведено према: Nicod, 2014. Против постојања начела да се наслеђује лице, а не имовина јесу: Cass. civ. 3^e, 9 décembre 2009, n° 08-20133, D. 2010, 1332, note C. Blanchard; RTDCiv. 2010, 350, obs. T. Revet - Cass. civ. 3^e, 9 novembre 2011, n° 10-18473, Defrénois 2012, art. 40322, note A. Tadros. Наведено према: Nicod, 2014.

61 Видети: стари чл. 791 СС.

о подели имовине поклонима, чиме би се унапред одредило ко ће и како наследити његову (њихову) имовину.⁶²

У правцу проширења начела аутономије воље у француском наследном праву сигурно иде и правило о сукцесивним⁶³ и резидуалним добротиним давањима,⁶⁴ и поред начелне забране фидекомисарне супституције у Француској, на основу чл. 896 СС.

Аутономија воље у сфери наследноправних односа на француском тлу још више је дошла до изражаја са новелама СС из 2006. године, увођењем налога са постхумним дејством, о чему је већ било речи (детаљније: Mathieu, Vladimirovna Rostovtseva, 2016: 460).⁶⁵

Границе аутономије воље проширене су 2006. године и правилом да је поклонодавац тај који одлучује о томе да ли ће поклон бити опозван, ако му се, после даривања, роди дете. До Новеле из 2006. године, опозив таквог поклона, у наведеној ситуацији, био је аутоматски, по сили закона.⁶⁶

Појачана примена принципа аутономије воље у наследноправним односима дошла је до изражаја и захваљујући још двама новинама из 2006. године. У првом реду, има се у виду сужење круга нужних наследник на потомке и супружника оставиоца.⁶⁷ Притом, треба имати у виду да супружник може бити нужни наследник једино ако умрли не остави потомство.⁶⁸ Потом, нужном наследнику је омогућено да се одрекне подизања тужбе за редуковање добротиних давања у корист једног или више одређених лица, зарад намирења свог нужног дела.^{69 70}

62 Видети: чл. 1076–1078-3 СС.

63 Видети: чл. 1048–1056 СС.

64 Видети: чл. 1057–1061 СС.

65 Видети: чл. 812 СС.

66 Видети: чл. 960 СС.

67 Француски законодавац елиминисао је из круга нужних наследника родитеље оставиоца новелама из 2006. године. Нешто раније, изменама СС из 2001. године, својство нужних наследника изгубили су остали преци оставиоца. Детаљније: Маури, 2007: 22.

68 Видети: чл. 913 и чл. 914-1 СС.

69 Видети: чл. 924 СС.

70 Треба имати у виду да одрицање од тужбе за смањење добротиних давања није и одрицање од наслеђа, јер, да подсетимо, француско право и даље има начелну забрану одрицања од наслеђа које није отворено, осим у случају када је то допуштено самим законом. Опширније видети код: Mathieu, Vladimirovna Rostovtseva, 2016: 488.

4. Основни принципи савременог српског наследног права

4.1. Мишљење српских посленика правне мисли о основним начелима наследног права у Републици Србији

Слично руској и француској правној мисли и српски теоретичари наследног права различито виде које се то идеје водиље сматрају основним начелима за уређивање наследноправних односа. Тако, Ђорђевић у темељне принципе наследног права уврштава: начело универзалне сукцесије, начело ограничености основа позивања на наслеђе, начело слободе завештања, начело равноправности, начело стицања наслеђа *ipso iure* и начело судског расправљања заоставштином (Ђорђевић, 1997: 35–45). Антић је мишљења да је наследно право у Републици Србији изграђено на: начелу универзалности у наслеђивању, начелу равноправности, начелу ограничености основа позивања на наслеђе, начелу паралелног односа основа позивања на наслеђе; начелу слободе завештања и начелу обавезне универзалне сукцесије (Антић, 2007: 18–30). Сворцан сматра да би у основне принципе наследног права требало уврстити: начело равноправности, начело стицања заоставштине *ipso iure*, начело ограничене слободе тестирања, начело забране уговорног наслеђивања, начело универзалне сукцесије, начело ограничене одговорности за дугове оставиоца и начело официјелног расправљања заоставштине (Сворцан, 2004: 15–16). По схватању Бабића, постоје више начела наследног права, али да се по свом значају посебно издвајају: начело наслеђивања у моменту смрти (*mortis causa*), начело стицања заоставштине по сили закона (*ipso iure*), начело непосредне универзалне сукцесије, начело равноправности, начело добровољности стицања, начело слободе тестирања и начело расправљања заоставштине по службеној дужности (Бабић, 2008: 23–24). Стојановић је мишљења да у темељне принципе наследног права треба уврстити: начело обавезне универзалне сукцесије, начело стицања наслеђа *ipso iure*, начело равноправности у наслеђивању, начело јединства наследне масе, начело ограничености основа позивања на наслеђе, начело ограничене слободе завештајних располагања и начело официјелног расправљања заоставштином (Стојановић, 2011: 11–18). Ђурђевић у темељне принципе наследног права убраја: начело *ipso iure* наслеђивања, начело приватноправног карактера наслеђивања, начело универзалности наслеђивања, начело равноправности, начело ограничености основа позивања на наслеђе, начело слободе тестирања и начело породичног наслеђивања (Ђурђевић, 2010: 25–32).

4.2. Неколико напомена о основним начелима савременог наследног права

ЗНРС нема, попут ГКРФ,⁷¹ изричиту одредбу која говори у прилог наследноправне универзалне сукцесије. Из одредаба посвећених налогу и испоруци,⁷² као и правила која се тичу одговорности за оставиочеве дугове⁷³ може се закључити да се у Републици Србији пренос заоставштине са умрлог на његове наследнике остварује по правилу путем универзалне сукцесије, а само изузетно и путем наследноправне сингуларне сукцесије. Српски законодавац у тексту ЗН спомиње и сингуларно стицање *mortis causa* које се остварује мимо наслеђивања, када је реч о предметима домаћинства мање вредности.⁷⁴ Начело обавезне универзалне сукцесије нема пуну примену и због чињенице да наследник за оставиочеве дугове, по правилу, одговара само у вредности активе заоставштине.⁷⁵

И док раније важећи Закон о наслеђивању Србије,⁷⁶ по угледу на савезни Закон о наслеђивању,⁷⁷ у основним одредбама спомиње и одређује садржај принципа равноправности у наслеђивању,⁷⁸ важећи ЗНРС нема ни речи о овом начелу наследног права, изузев одредбе да и страни држављани имају, под условом реципроцитета, исти наследноправни положај, осим ако међународним уговором није другачије одређено.⁷⁹ У домаћој правној литератури овакав став српског законодавца оправдава се чињеницом да Устав Републике Србије,⁸⁰ у чл. 21, говори о једнакости свих грађана пред Уставом и законом, као и о забрани сваког вида дискриминације, а посебно по основу расе, пола, националне припадности и сл. Будући да се у домаћој законодавној пракси често сусрећемо са понављањима одређених формулација, садржаних у Уставу,⁸¹ не видимо

71 Видети: чл. 10 ГКРФ.

72 Видети: чл. 117, чл. 132–134 и чл. 141–154 ЗНРС.

73 Видети: чл. 222–224 ЗНРС.

74 Видети: чл. 1, ст. 2 ЗНРС.

75 Видети: чл. 222 ЗНРС.

76 Закон о наслеђивању Социјалитичке Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 52.1974, 1.1980, 25.1982 и 48.1988. У продужетку рада ЗНСРС.

77 Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 20.1955; *Службени лист СФРЈ*. Бр. 19.1965 и 42.1965. У наставку рада СЗН.

78 Видети: чл. 4 ЗНСРС и чл. 4 СЗН.

79 Видети: чл. 7 ЗНРС.

80 Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98.2006, 115.2021 и 16.2022. У наставку рада УРС.

81 Примера ради, УРС промовише равноправност полова (чл. 15), а Породични закон Републике Србије (*Службени гласник РС*. Бр. 18.2005, 72.2011 – други

разлог да се принцип равноправности у наслеђивању поново не уврсти у текст Закона о наслеђивању, утолико више што се и данас женска деца, услед патријархалних схватања средине у којој живе, одричу наслеђа у корист мушких потомака оставиоца (своје браће, евентуално братанаца и сл.), а деца умрлог, рођена ван брака, често буду „заборављена”, приликом поделе заоставштине. Притом, како би се избегло буквално схватање самог израза „равноправност у наслеђивању”, потребно је прецизирати на шта се та равноправност односи и која су то својства наследника ирелевантна за стицање наследничког својства, како би се избегло различито поступање у пракси (тако и: Ђурђевић, 2010: 28–29).

Мада готово целокупна садржина ЗНРС говори у прилог принципа универзалности у наслеђивању који подразумева да су правила законског наслеђивања општа, иста и једнака за све оставиоце и све наследнике, без обзира на: пол, брачни или ванбрачни статус, ред рођења, узраст, верску припадност, занимање, имовинске прилике и сл., као и да се све што чини заоставштину, без обзира на врсту, намену, порекло и квалитет добара, наслеђује према истим правилима, чињеница је да се његова правила не примењују увек и у свим случајевима расправљања заоставштине на основу закона. Довољно је само споменути наслеђивање права и обавеза из уговора о доживотном издржавању, после смрти даваоца издржавања.⁸² Управо због тога, сматрамо да би сврставање принципа универзалности у наслеђивању у скупину основних принципа наследног права морало да буде праћено и одступањима од овог начела, посебно када су та одступања садржана у неком другом законском тексту, попут наслеђивања удела у ортачком друштву на основу Закона о привредним друштвима Републике Србије.⁸³ Уколико би српски законодавац ово начело уградио у наследноправне прописе, *de facto* би престала потреба за начелом равноправности у наслеђивању и начелом јединства наследне масе које подразумева да се наслеђивање свих оставиочевих добара одвија према истим правилима, независно од њиховог порекла, врсте и намене.

Из чињенице да српски законодавац, у самом ЗН, одређује да се може наслеђивати једино на основу закона и завештања,⁸⁴ а да је уговор

закон и 6.2015) то ближе прецизира равноправношћу супружника као лица истог пола (чл. 3, ст. 3). Или, УРС изједначава децу која су рођена изван брака са децом рођеном у браку (чл. 64, ст. 4), а готово исту формулацију има и Породични закон Републике Србије (чл. 6, ст. 4).

82 Видети: чл. 204–205 ЗНРС.

83 Видети: чл. 119 Закона о привредним друштвима Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 36.2011, 99.2011, 83.2014 – други закон, 5.2015, 44.2018, 95.2018, 91.2019 и 109.2021.

84 Видети: чл. 2 ЗНРС.

о наслеђивању забрањен правни посао,⁸⁵ следи да је једно од основних начела савременог српског наследног права начело ограничености основа позивања на наслеђе.

Будући да на нашем правном простору није уобичајена пракса располагања имовином за случај смрти у форми завештања, у круг основних начела савременог српског права треба, по угледу на руско право, да буде уврштено и начело узимања у обзир не само стварне већ и претпостављене воље оставиоца. На темељу претпостављене воље оставиоца конструисани су законски наследни редови, првенствено узимајући у обзир близину или удаљеност појединих крвних сродника у односу на умрлог. Притом, треба имати у виду да је претпостављена воља оставиоца важећим наследноправним прописима шире постављена у односу на ЗНРС, који је ограничавао круг крвних сродника који су могли бити позвани на наслеђе и то закључно са дедама и бабама и њиховим првостепеним потомцима.⁸⁶

Како ЗНРС, код повећања и смањења наследних делова наследника који чине први и други законски наследни ред, узима у обзир посебне околности у којима се неки од тих наследника налази,⁸⁷ има основа и оправдања да и начело уважавања специфичних прилика и потреба појединих законских наследника буде уврштено у скупину основних начела наследног права.

У основна начела савременог српског наследног права права треба уврстити и начело заштите интереса нужних наследника, за шта има покрића у чл. 40 ЗНРС. Ово начело директно и најозбиљније ограничава слободу завештајних располагања.

У односу на раније важећи ЗНРС, па и СЗН, који су основним одредбама дефинисали начело располагања тестаментом, прописујући да завешталац може располагати својом имовином тестаментом на начин и у границама одређеним законом,⁸⁸ важећи ЗНРС нема такво решење, већ се о постојању овог начела може извести закључак на основу онога шта може чинити садржину завештања⁸⁹ и на темељу могућности завештаоца да своје завештање опозове,⁹⁰ будући да све то долази у домен слободе завештања. Ипак, право завештајно способног лица да може располагати својом имовином *mortis causa* у форми завештања, као примарни део слободе завештања, у законском тексту није изричито наведено.

85 Видети: чл. 179 ЗНРС.

86 Видети: чл. 9, ст. 1 ЗНРС.

87 Видети: чл. 9, ст. 3, чл. 23, ст. 1, чл. 26, ст. 1 и чл. 31, ст. 1 ЗНРС.

88 Видети: чл. 7 ЗНРС и чл. 7 СЗН.

89 Видети: чл. 62, ст. 1, чл. 64, ст. 2 и чл. 114–134 ЗНРС.

90 Видети: чл. 176–177 ЗНРС.

Премда је чланом 212, ст. 1 ЗНРС регулисан принцип стицања наслеђа *ipso iure*, који подразумева да наследник стиче наследство по сили закона у време отварања наслеђа, то не значи да је наследнику ускраћена могућност побијања онога што закон претпоставља. Наиме, српски законодавац даје слободу наследнику да му својевољно престане наследничко својство, тако што ће се наслеђа одрећи до окончања првостепеног поступка за расправљање заоставштине.⁹¹ Управо због тога, има смисла и оправдања да један од основних принципа домаћег наследног права буде оно што руски правни теоретичари заговарају, начело слободе избора наследника, а што у погледу садржине одговара начелу добровољности стицања наслеђа, за које се, како смо већ видели, залаже Бабић. Начело слободе избора наследника применљиво је у односу на све наследнике, изузев државе као последњег и принудног наследника (тако и: Бабић, 2008: 24). Једном дата изјава о прихватању или одрицању од наслеђа везује наследника и он је не може опозвати.⁹²

И начело официјелног расправљања заоставштине које подразумева да се поступак за расправљање заоставштине као особени метод грађанско правне заштите покреће и води по службеној дужности од стране надлежног суда, треба да буде једно од основних начела домаћег наследног права. Разлог лежи у чињеници да сам Закон о ванпарничном поступку Републике Србије,⁹³ као процесни део наследног права у објективном смислу, потврђује његово постојање садржином чл. 87 и чл. 89.⁹⁴

За начело заштите заоставштине које пристиче из садржине чл. 91, чл. 96–104 и чл. 114 ЗВПРС има оправдања да припадне групи основних принципа наследног права. Привременим мерама и мерама за обезбеђивање заоставштине (детално: Стојановић, 2011: 405–411) штите се састав и вредност заоставштине, утврђени у тренутку отварања наслеђа оставиоца.

91 Видети: чл. 213, ст. 1 ЗНРС.

92 Видети: чл. 214, ст. 3 ЗНРС.

93 Закон о ванпарничном поступку Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 25.1982, 48.1988; *Службени гласник РС*. Бр. 46.1995 – други закон, 18.2005 – други закон, 85.2012, 45.2013 – други закон, 55.2014, 6.2015 и 106.2015 – други закон. У продужетку рада ЗВПРС.

94 Деталније о начелима поступка за расправљање заоставштине видети код: Бабић, 1997:

4.3. *Метаморфоза основних принципа наследног права у Републици Србији*

ЗНРС који је данас у примени, можемо рећи, чини корак назад у погледу формулисања и позиционирања основних начела наследног права у односу на раније важеће наследноправне прописе. То јасно показују одредбе ЗН из 1974. године које ближе одређују начело равноправности у наслеђивању и начело располагања тестаментом,⁹⁵ док таквих одредаба у важећем ЗН нема.

У односу на ЗНРС, наследноправни прописи који су данас у примени дају шири домашај претпостављеној вољи оставиоца, будући да сада омогућено позивање на наслеђе свих крвних сродника у правој усходној линији, као и свих потомака дедова и баба оставиоца.⁹⁶ То, у исто време, значи и шири круг нужних наследника,⁹⁷ чиме је начело заштите интереса нужних наследника добило на интензитету. Појачаној улози овог принципа у савременом српском праву свакако је допринело и решење о наследивости права на нужни део које припада наследницима потомка или усвојеника оставиоца.⁹⁸ С друге стране, спуштање старосне доби са 16 на 15 година, за састављање завештања⁹⁹ и увођењем јавнобележничког завештања,¹⁰⁰ проширена је примена принципа слободе завештајних располагања.

Измене и допуне ЗВПРС из 2014. године утицале су на принцип официјелног расправљања заоставштином, у правцу промене субјеката овлашћених да воде оставински поступак, будући да се расправљање конкретне заоставштине може поверити јавном бележнику.¹⁰¹

И начело заштите заоставштине, у извесној мери, претрпело је измене, будући да је уместо органа управе, за попис и процену заоставштине сада надлежан јавни бележник.¹⁰² Исто тако, значајне су ингеренције јавног бележника код одређивања привремених мера за обезбеђење заоставштине, као и код предузимања других мера којима се заоставштина оставиоца штити током оставинског поступка.¹⁰³ Начело

95 Видети: чл. 4 и чл. 7 раније важећег ЗНРС.

96 Видети: чл. 8, ст. 1 ЗНРС.

97 Видети: чл. 39, ст. 1 ЗНРС.

98 Видети: чл. 60, ст. 2 ЗНРС.

99 Видети: чл. 79 ЗНРС.

100 Видети: чл. 11а ЗНРС.

101 Видети: чл. 110а ЗВПРС.

102 Видети: чл. 96 ЗВПРС.

103 Видети: чл. 102 и чл. 104 ЗВПРС.

заштите заоставштине новелама ЗВПРС из 2014. године добило је нову димензију, увођењем печатења појединих имовинских добара из састава заоставштине у списак привремених мера за обезбеђење заоставштине.¹⁰⁴

5. Закључна разматрања

Попут ГКРФ и СС и у ЗНРС принципи наследног права не чине посебну целину која се налази на почетку законског текста. Они своје извориште имају у појединим одредбама закона или проистичу из смисла низа правних норми садржаних у наследноправним прописима. Оваква концепција законског текста иде на уштрб његове квалитетније примене, ефикаснијег попуњавања правних празнина и правилнијег тумачења недовољно јасних одредаба у закону или завештању као правном послу за случај смрти.

Више је него јасно да на простору Руске Федерације, Републике Француске и Републике Србије, нема поклапања у погледу начела којима су уређени наследноправни односи. Разлози правне традиције и различите потребе праксе креирали су и разлике у принципима наследног права у овим државама.

Иако ово није коначна листа начела наследног права, по нашем уверењу, у основне принципе савременог српског наследног права треба уврстити: начело универзалне сукцесије, начело равноправности у наслеђивању, начело јединства наследне масе, начело ограничености правних основа наслеђивања, начело узимања у обзир не само стварне већ и претпостављене воље оставиоца, начело уважавања специфичних прилика законских наследника, начело заштите интереса нужних наследника, начело слободе завештања, начело слободе избора наследника, начело официјелности расправљања заоставштине и начело заштите заоставштине.

Нема сумње, а ово истраживање је то и доказало, да су измене и допуне наследноправних прописа у Руској Федерацији, Републици Француској и Републици Србији утицале на преображај основних принципа наследног права и њихово прилагођавање економским кретањима у датом правном систему, као и захтевима друштвене стварности. Ти ефекти су дошли до најслабијег изражаја у српском праву, будући да домаћи законодавац деценијама није вршио неке крупније измене и допуне у нормирању наследноправних односа.

За разлику од ГКРФ који јасно говори о универзалној сукцесији као начину ступања у имовинске односе оставиоца у којима се он, за свога живота, налазио, ЗНРС нема такво решење. Квалитетнијој примени

¹⁰⁴ Видети: чл. 102 ЗВПРС.

и бољем разумевању актуелних наследноправних прописа сматрамо да би више послужило решење, садржано у ГКРФ, о наследноправној универзалној сукцесији.

Према се постојање принципа слободе завештања у домаћем праву може уочити из садржине низа одредаба посвећених завештајном наслеђивању, мишљења смо да решење о принципу слободе завештања, онако како је дефинисано у ГКРФ, може отклонити све недоумице савременог српског права у погледу тога шта слобода завештања све подразумева.

Како би се обезбедио виши ниво заштите заоставштине која у свом саставу има добра за чије управљање су потребна посебна стручност и знање, прихватљиво је да се, као у руском праву, то уреди механизмом повереничког управљања заоставштином и на тај начин ојача начело заштите заоставштине.

Литература/References

Абраменков, М. С., Чугунов. (2019). *Наследственное право*. Москва: Юрайт.

Антић, О. (2007). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Бабић, И., Важнија начела оставинског поступка. *Анали Правног факултета у Београду*. Бр. 6/1992. 610–621.

Бабић, И. (2008). *Наследно право*. Београд: Службени гласник.

Братусь, С. Н. (1963). *Предмет и система советского гражданского права*. Москва: Госюриздат.

Васильев, А. (2019). *Основные понятия и принципы наследственного права в соответствии с V разделом ГК РФ*. Преузето 24. 5. 2024. <https://rulaws.ru/articles/osnovnye-ponyatiya-i-principy-nasledstvennogo-prava-v-sootvetstvii-s-v-razdelom-gk-rf/>

Grimaldi, M. (2017). *Droit des successions*, Paris: LexisNexis SA.

Гришаев, С. П. (2003). *Наследственное право. Учебное пособие*. Москва: Юрист.

Грудцына, Л. Ю. (2005). *Наследственное право РФ. Учебное пособие*. Ростов на Дону: Феникс.

Гущина, К. О. (2010). *Принципы наследственного права*. Преузето 10. 4. 2024. <https://be5.biz/prava/no09/02.html>.

Дреев Алексеевич, И. (2020). *Принцип справедливости и его реализация в нормах наследственного права*. Преузето 8. 4. 2024. <https://conf.siblu.ru/princip-sprovedlivosti-i-ego-realizaciya-v-normah-nasledstvennogo-prava>.

- Борђевић, В. (1997). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.
- Бурђевић, Д. (2010). *Институције наследног права*. Београд: Службени гласник.
- Кириллова, Е. А. (2012). Значење и улога принципа наследственог права. *Вестник Пермског Университета*. 3(17). 114–124.
- Корнеева, Л. И. (2019). *Наследствено право*. Москва: ООО Издательство Юрайт.
- Курноскина, О. Г. (2006). *Как грамотно составить завещание*. Ростов на Дону: Феникс.
- Курбанов, А. Р. и др. (2018). *Наследствено право*. Москва: Проспект.
- Malaurie, Ph., [Aynés, L.], Brenner, C. (2018). *Droit des successions et des libéralités*, Paris: LGDJ, Lextenso édition.
- Marković, S. (1981). *Nasledno pravo*. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Mathieu, M.-L., Vladimirovna Rostovtseva, N. (2016). Le droit successoral en Russie et en France: étude comparative. *Revue internationale de droit comparé*. 68-2. 455–493.
- Mauray, J. (2007). *Successions et libéralités*. Paris: LexisNexis Litec.
- Nicod, M. (2014). La continuation de la personne du défunt: principe général du droit français des successions? *Presses de l'Université Toulouse Capitole*. 141–150. <https://books.openedition.org/putc/776>.
- Sériaux, A. (2013). *Successions et libéralités*. Paris: Ellipses.
- Сворцан, С. (2004). *Наследно право*. Крагујевац: Правни факултет.
- Смольков, Н. С. (2007). *Принципы наследственного права* (диссертација). Самара. Преузето 12. 4. 2024. <https://www.dissercat.com/content/printsipy-nasledstvennogo-prava>.
- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Правни факултет.
- Terré, F., Lequette, Y. (1997). *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris: Dalloz.
- Ткаченко, А. А. (2012). Понятие и система принципов гражданского права. *Научный журнал КубГАУ*, № 84(10). Преузето 8. 6. 2024. <http://ej.kubagro.ru/2012/10/pdf/10.pdf>.
- Толстой, Ю. К. (1999). *Наследствено право: Учебное пособие*. Москва: Проспект.

Правни извори

Грађански кодекс Републике Француске од 21. 3. 1804. године. Закон бр. 65-570 1965-07-13; Закон бр. 72-626 1972-07-05. Закључно са изменама и допунама од 15. јуна 2024. године. Закон бр. 2024-536 (Code civil, 21. 03. 1804. *Loi 65-570 1965-07-13; Loi 72-626 1972-07-05*. Version en vigueur au 16 juillet 2024). Преузето 16. 7. 2024. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/

Грађански кодекс Руске Федерације, први део од 30. 11. 1994. године. Бр. 51-ФЗ, други део од 26. 01. 1996. године. Бр. 14-ФЗ, трећи део од 26. 11. 2001. године. Бр. 146-ФЗ, четврти део од 18. 12. 2006. године. Бр. 230-ФЗ. Закључно са изменама и допунама од 16. 5. 2023. године. Бр. 23-П (Гражданский кодекс Российской Федерации – ГКРФ, часть первая от 30. 11. 1994 года. N 51-ФЗ, часть вторая от 26. 1. 1996 года. N 14-ФЗ, часть третья от 26. 11. 2001 года. N 146-ФЗ и часть четвертая от 18. 12. 2006 года. N 230-ФЗ. Ред от 16. 5. 2023 года. N 23-П). Преузето 15. 7. 2024. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142.

Грађански кодекс РСФСР од 11. 06. 1964. године. *Гласник Оружаних снага РСФСР*. Бр. 24. Измене и допуне од 26. 11. 2001. године. Бр. 147-ФЗ (Гражданский кодекс РСФСР от 11. 6. 1964 года. *Ведомости ВС РСФСР*. 1964. № 24. Ред. от 26. 11. 2001 года. N 147-ФЗ). Преузето 27. 5. 2024. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1838/

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 25.1982, 48.1988; *Службени гласник РС*. Бр. 46.1995 – други закон, 18.2005 – други закон, 85.2012, 45.2013 – други закон, 55.2014, 6.2015 и 106.2015 – други закон.

Закон о наслеђивању Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 46.1995, 101.2003 – одлука УСРС и 6.2015.

Закон о наслеђивању Социјалистичке Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 52.1974, 1.1980, 25.1982 и 48.1988.

Закон о наслеђивању Федеративне Народне Републике Југославије. *Службени лист ФНРЈ*. Бр. 20.1955; *Службени лист СФРЈ*. Бр. 19.1965 и 42.1965.

Законик о интелектуалној својини Републике Француске од 1. 7. 1992. године. *Закон бр. 92-597*. Закључно са изменама и допунама од 17. 2. 2024. године. *Закон бр. 2024-449* (Code de la propriété intellectuelle, Loi 92-597. Modifié en dernier lieu par 17. 2. 2024. Loi n° 2024-449). Преузето 15. 7. 2024. https://www.Legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXToooooo6069414/2024-07-15/

Закон о привредним друштвима Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 36.2011, 99.2011, 83.2014 – други закон, 5.2015, 44.2018, 95.2018, 91.2019 и 109.2021.

Породични закон Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 18.2005, 72.2011 – други закон и 6.2015.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98.2006, 115.2021 и 16.2022.

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

CURRENT TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF SUCCESSION LAW PRINCIPLES

Summary

In a legal system, each branch of law has its fundamental rules, the guiding principles which serve as the cornerstone for developing the entire structure of constituent legal norms for regulating a range of related social relations. Being part of the civil law family, succession law is no exception as it adapts its basic principles to the basic principles of civil law, the requirements of the legal tradition, and the needs of society in a specific period of its development. As evident in the Civil Code of the Republic of France (the part regulating succession relations), the Civil Code of the Russian Federation (the part regulating succession rights), and the Succession Act of the Republic of Serbia, the basic principles of succession law are envisaged in different parts of legal texts. They are difficult to locate and correlate in a legal and logical whole, which ultimately aggravates their application in practice. Relying on the legal dogmatics, legal history, normative law and comparative law methods, the paper examines the basic principles of contemporary French, Russian and Serbian succession law through a prism of theoretic concepts, legal solutions and jurisprudence (judicial practice). They are analyzed in terms of their meaning and reach in regulating succession law relations. Given the fact that Russian, French and Serbian succession law provisions have been amended a number of times, this paper aims to cast more light on the current trends in the development of the basic succession law principles in order to determine a further direction in the development of succession law regulations in these countries.

Keywords: Russian law, French law, Serbian law, basic succession law principles.

UDK: 340.13:[316.774:342.727(4-672EU)]2024”

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 29.04.2024.

UDK: 347.922:[342.727:070.422(4-672EU)]

Рад прихваћен: 27.08.2024.

Др Александар Мојашевић,*

Редовни професор,

DOI: 10.5937/zgrfn1-50737

Правни факултет, Универзитет у Нишу

ORCID 0000-0001-7424-3505

Република Србија

СТРАТЕШКЕ ТУЖБЕ ПРОТИВ УЧЕШЋА ЈАВНОСТИ, ДЕМОКРАТСКИ СТАТУС И ЕФИКАСНОСТ ПРАВОСУЂА: УПОРЕДНА СТАТИСТИЧКА АНАЛИЗА**

Апстракт: Стратешке тужбе против учешћа јавности (енгл. *Strategic Lawsuits Against Public Participation – „SLAPP suits“*) представљају правно средство за застрашивање и ућуткивање критичке свести. Иако је њихово присуство првенствено забележено у САД, последње деценије, пре свега због тренда сталног раста, стратешке тужбе привлаче огромну пажњу стручне и опште јавности у Европи и, последично, европских институција (те је 2024. донета тзв. „анти-SLAPP“ Директива). У овом раду испитујемо однос између пораста броја стратешких тужби у изабраним европским земљама и њиховог демократског статуса и, у оквиру њега, два индикатора – степена слободе медија и степена независности судства. Потом истражујемо однос између броја стратешких тужби и ефикасности правосуђа. Желимо да проверимо да ли су стратешке тужбе карактеристика земаља са ниским демократским статусом (неслободне или делимично слободне), ниским степеном слободе медија и независности судства, као и земаља са неефикасним судовима и судским поступцима. У ту сврху спроводимо статистичку анализу чији налази јасно указују да су стратешке тужбе присутне у свим земљама, независно од нивоа развоја демократских институција, стања слободе медија, независности и ефикасности правосуђа. У складу с тим општим налазом, у закључку отварамо питања за будућа истраживања друштвеног, политичког и правног феномена „SLAPP“ тужби.

Кључне речи: стратешке тужбе, демократски статус, слобода медија, независност судства, ефикасност правосуђа, компарација.

* mojasevic@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 5.2.2024. године.

1. Појам и значај стратешких тужби

Препознатљиви акроним SLAPP¹ потиче од израза на енглеском језику “Strategic lawsuit against public participation”, а који се преводи као „стратешке² тужбе против јавног учешћа (партиципације)³“. Овај израз први пут користе амерички професор права Принг (Pring) и професорка социологије Канан (Canan) у два заједничка рада објављена исте године (Canan, Pring, 1988a; Canan, Pring, 1988b), а у вези са десетогодишњом интердисциплинарном студијом на ову тему (Pring, Canan, 1996).⁴ Парадигматски случај ових тужби представља онај у којем привредни субјекат подноси тужбу због неосноване клевете против „обичних грађана“ који су му се супротставили у неком управном поступку на локалном нивоу, рецимо, приликом добијања дозволе за изградњу неког објекта (Beatty, 1977: 85–86). Због високог присуства ових тужби у САД, те спречавања застрашивања јавног говора, тридесет и три америчке државе (и дистрикт Колумбија) унеле су „анти-SLAPP“ мере у своје законодавство (Rasmussen, 2011: 2)⁵, али недостаје посебан закон на федералном нивоу.⁶ Слична ситуација догодила се и у Канади, тачније, у провинцијама Британска Колумбија, Онтарио и Квебек (Schaufele, 2022: 2).

Иако су први радови о SLAPP тужбама објављени пре тридесет и више година, изазвали огромну пажњу америчке стручне и опште јавности и медија у годинама које су следиле, стиче се утисак да феномен „стратешких тужби против учешћа јавности“ не престаје да интригира јавност до данашњих дана и ван америчког простора. У прилог томе можда

1 Пошто овај акроним потиче од енглеске синтагме, и као такав је постао препознатљив, у овом раду задржавамо његово изворно означавање на латиничном писму (SLAPP).

2 Будући да се у нашој правописној пракси (Клајн, 2008: 246) реч „стратешки“ и „стратегички“ користе упоредо као синоними, и ми ћемо се држати тог правила, али у овом тексту, ради доследности, дајемо предност изразу „стратешке тужбе“.

3 Партиципација или учешће грађана један је од постулата демократског поретка и важан принцип доброг управљања (енгл. good governance). Под партиципацијом, у најширем смислу, подразумева се „учешће грађана у процесу осмишљавања, доношења и спровођења јавних политика, односно вођењу јавних послова“ (Jerinić, Vičetić, Stanković, 2020: 206). У контексту теме коју истражујемо, стратешке тужбе, својим циљем и последицама које изазивају, угрожавају овај фундаментални принцип демократског одлучивања.

4 Студија је симптоматичног назива: „Бити тужен због јавног говора“ (енгл. SLAPPs: Getting Sued for Speaking Out) и јасно указује на сврху ових тужби.

5 У овом раду из 2011. Расмусен (Rasmussen) приказује 29 држава, али се у међувремену повећао број на 33. Видети свежије податке из 2023. на: <https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection#scorecard>

6 Према томе, у 17 америчких држава, и на федералном нивоу, не постоји заштита од стратешких тужби, видети: <https://www.freedomforum.org/anti-slapp-laws/>

највише говори повећана пажња и активност европских институција у правцу заштите, како се популарно каже, „паса чувара” (енгл. *wachdogs*), то јест чувара јавног интереса, и то: новинара, активиста, узбуњивача, заговарачких група и других, од различитих облика злоупотреба, међу којима се на самом врху налазе стратешке тужбе (CASE, 2022: 1). Тако је Европски парламент 2021. године усвојио Резолуцију којом предлаже мере за сузбијање претњи од ових тужби,⁷ да би, на основу предлога Европске комисије из априла 2022. године,⁸ фебруара 2024. године усвојио и Директиву против SLAPP тужби, а која је претходно усаглашена са Европским саветом новембра 2023. године (са роком од две године за државе чланице да Директиву транспонују у национална законодавства).⁹ Крајем 2021. године, чланови Комитета министара Савета Европе договорили су се да оснују Комитет експерата за стратешке тужбе против учешћа јавности који би израдио препоруке за борбу против ових тужби.¹⁰ У међувремену, након четири одржана састанка, током 2022. и 2023. године, Комитет експерата је публиковао Нацрт препорука државама чланицама за супротстављање коришћењу SLAPP тужби,¹¹ који је Комитет министара Савета Европе усвојио 5. априла 2024. године.¹²

SLAPP тужбе предмет су истраживања и бројних страних и домаћих аутора, махом правника. Рецимо, у неким радовима (Farrington, Zabrocka, 2023) акценат се ставља на критичку анализу опсега (у том моменту предложене) Директиве против SLAPP тужби и њене делотворности у заштити грађана од злоупотреба судских поступака. У домаћој литератури одређени радови (Здравковић, 2022) из правног угла анализирају стратешке тужбе као средства за злоупотребу права на судску заштиту у домаћем и упоредном праву, кроз призму кршења

7 <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20211108IPR16838/eu-rules-needed-against-abusive-lawsuits-targeting-critical-voices>

8 Предлог Директиве (енгл. Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings (“Strategic lawsuits against public participation”) доступан је на: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2022/0177/COM_COM\(2022\)0177_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/com/2022/0177/COM_COM(2022)0177_EN.pdf)

9 <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240223IPR18074/new-eu-rules-to-defend-critical-voices-from-judicial-intimidation>

10 <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-slp>

11 Draft Recommendation CM/Rec(20XX)XX of the Committee of Ministers to member states on countering the use of SLAPPs, доступно на: <https://rm.coe.int/msi-slp-revised-draft-recommendation-on-slapps/1680abaf88>

12 Recommendation CM/Rec(2024)2 of the Committee of Ministers to member States on countering the use of strategic lawsuits against public participation (SLAPPs), доступно на: <https://rm.coe.int/0900001680af2805>

стандарда из праксе Европског суда за људска права, уз разматрање правних могућности за сузбијање ове „неприхватљиве правне појаве“. Но, у последње време, тема стратешких тужби може се срести и у странијој литератури економске анализе права (ЕАП), пре свега због утицаја ових тужби (које не представљају само приватни акт) на економске исходе.¹³ Утисак је да оскудна литература ЕАП баца другачије светло на ову тему у односу на правну. Тако, рецимо, Bradshaw (2021) указује да јавни актери својим противљењем могу и да повећају трошкове пројеката (рецимо, уређења земљишта), те да од профитабилних они постану пројекти са негативном очекиваном вредношћу. На тој линији, поједини и ретки аутори (Schaufele, 2022) испитују економске ефекте „анти-SLAPP“ регулативе на инвестициону изградњу објеката, моделујући два сценарија: „са анти-SLAPP регулативом“ и „без анти-SLAPP регулативе“. Главни налаз је да је просечна инвестициона изградња у канадским градовима смањена за око шездесет милиона долара месечно у односу на супротан сценарио без „анти-SLAPP-а“ (док је кумулативан ефекат „анти-SLAPP-а“ на инвестиције око осамдесет милиона долара). Такође, забележено је 120 мање изграђених породичних кућа на месечном нивоу и мање инвестиционих токова у комерцијалне и индустријске пројекте у односу на супротан сценарио да „анти-SLAPP“ регулатива није примењена, мада је овај ефекат делимично ублажен повећаном изградњом стамбених зграда. Овај и други радови из ове области (рецимо, Galasso, Luo, 2022)¹⁴ сугеришу да измене одређених прописа (макар руковођене и добрим намерама) могу имати негативне ефекте на економију. Закључак је да „анти-SLAPP“ регулатива, упркос пружању заштите онима који се противе економским пројектима, може за последицу имати смањење економске активности и броја профитабилних пројеката. Према томе, док правна литература наглашава злоупотребу права на правну заштиту путем стратешких тужби, економска литература указује на негативне економске ефекте „анти-SLAPP“ мера.¹⁵

13 SLAPP тужбе представљају посебну категорију тзв. тужби негативне очекиване вредности (енгл. frivolous lawsuits), којима је у литератури ЕАП посвећена велика пажња (вид. Bebchuk, 1998; Cooter, Rubinfeld, 1989). Иако постоје радови који моделују ове тужбе као игру асиметричних информација (Hurley, Shogren, 1997), мали је број радова који испитује економске ефекте „анти-SLAPP“ регулативе.

14 Аутори показују да појачана објективна одговорност за штету од ствари са недостацима (енгл. product liability) „хлади“ иновације у индустрији медицинских уређаја.

15 Свакако треба имати у виду и то да немају све стратешке тужбе подједнак утицај на економске исходе, пошто „ућуткивање јавности“ може да буде руковођено не само економским, него и политичким или личним интересима.

У наставку прво објашњавамо методологију за прикупљање података о стратешким тужбама у европским земљама из релевантних извештаја и студија, а потом и методологију за мерење демократског статуса и ефикасности правосуђа изабраних земаља, те спроводимо статистичку анализу односа између ових варијабли (броја SLAPP тужби, демократског статуса и ефикасности правосуђа). У последњем делу рада сумирамо налазе и отварамо одређена питања од значаја за будућа истраживања.

2. Извештаји и студије о стратешким тужбама

У прилог значају стратешких тужби говоре и бројни извештаји и компаративне студије о стању слободе медија у европским земљама и њеном угрожавању од стране физичких и правних лица у својству тзв. „слапера“. Свакако, два репрезентативна извештаја из 2022. и 2023. године објављује Коалиција против SLAPP тужби у Европи (енгл. The Coalition Against SLAPPs in Europe – CASE).¹⁶ Подаци из ових извештаја послужиће као основа за нашу статистичку анализу, те им посвећујемо нарочиту пажњу. Извештај из 2022. године обухвата податке о SLAPP тужбама из 29 европских јурисдикција од 2010. до 2021. године,¹⁷ док је Извештај из 2023. године обухвата 35 јурисдикција, укључујући и податке о тужбама за 2022. годину.¹⁸ Извештај из 2022. године анализира 570 случајева, док Извештај

16 Извештаје за потребе ове Коалиције (CASE) припремила је фондација „The Daphne Caruana Galizia Foundation“ и доступни су на: <https://www.the-case.eu/latest/how-slapps-increasingly-threaten-democracy-in-europe-new-case-report/>. У овом тексту извештаје означавамо као: (CASE, 2022) и (CASE, 2023).

17 Државе обухваћене истраживањем су: Албанија, Аустрија, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Хрватска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Мађарска, Ирска, Италија, Косово*, Луксембург, Малта, Холандија, Пољска, Португал, Румунија, Русија, Србија, Словачка, Словенија, Шпанија, Швајцарска, Турска, Велика Британија и Украјина. У извештајима (CASE, 2022: 14; CASE, 2023: 9) се наводи да узорак из првог извештаја (2010-2021) чине тужбе из *јурисдикција 30 држава* (укључујући и тзв. Косово), али горенаведени попис држава јасно указује да су анализирани тужбе из **29 држава**. Будући да на сајту (<https://www.the-case.eu/latest/how-slapps-increasingly-threaten-democracy-in-europe-new-case-report/>) стоји да први Извештај из 2022. обухвата 29 држава, а исти број стоји на другом месту у Извештају из 2023. године (CASE, 2023: 16), претпостављамо да је реч о техничкој грешци.

18 Број од 35 држава стоји на сајту и у Извештају из 2023. године (CASE, 2023: 16). Међутим, на графикону се виде подаци за 36, а не 35 држава. Претпостављамо да је такође реч о грешци, али је сигурно да Извештај из 2023. године обухвата још седам држава и то: Грузију, Северну Македонију, Грчку, Кипар, Молдавију, Чешку и Шведску. Додајмо и то да Графикон о броју SLAPP тужби по земљама обухвата и Јерменију (укупно: 16 тужби), док Графикон о броју ових тужби на 100.000 становника не обухвата ову државу (CASE, 2023: 14-15).

из 2023. године додаје још 240 случајева (од којих су 157¹⁹ из 2022. године).²⁰ Подаци о стратешким тужбама прикупљени су на узорку „грудве снега“,²¹ информације о њима пружиле су организације-чланице ове Коалиције (CASE) из бројних европских земаља, а исти су оцењени и верификовани од истраживача са Амстердамских правних клиника (ALCs).²² Коришћене су и друге методе за прикупљање и оцену података: 1. оцена јавно доступних података (онлајн медијских и академских чланака, судских одлука, извештаја и домаћег законодавства); 2) имејл преписка и интервјуи (са члановима Коалиције, новинарима, правницима, и другима); 3) анализа података из контакт форме Коалиције (мисли се на SLAPP жртве које су се преко контакт форме обратиле овој организацији и пружиле информације или због потребе за заштитом или у сврху њиховог „мапирања“ у извештају) (CASE, 2023: 9–11). У извештајима се, у складу са добром праксом истраживања, обелодањују и ограничења истраживања (CASE, 2022: 16; CASE, 2023: 11), и то: 1) подаци се односе само на званичне судске случајеве, те је питање да ли су покривени сви случајеви застрашивања од ових тужби, нарочито узимајући у обзир чињеницу да се жртве ових тужби „устежу“ од давања информација због страха од одмазде или репутационе штете; 2) студија није обухватила интервјуе са тужиоцима и њиховим адвокатима, као ни са судијама и јавним тужиоцима; 3) литература на коју се студија ослања махом је концентрисана на новинаре као жртве „слапера“, и у мањој мери на заштитнике људских права и грађанске активисте, а такође је потенцијално занемарен негативан утицај ових тужби на слободу окупљања и удруживања; 4) у појединим земљама, попут Пољске или Хрватске, било је отежано доћи до података о свим случајевима, јер жртве, које су „преплављене“ овим тужбама, немају приступ свим информацијама због ограничених ресурса; 5) недостатак

19 У извештају из 2023. године, на једном месту (CASE, 2023: 10) стоји додатних 157 случајева из 2022. године, а на другом 161 (CASE, 2023: 13). Могуће је и да постоји разлог за овакво навођење (одступање), али је то свакако требало објаснити у извештају, те се стиче утисак да је реч о још једној грешци.

20 Извештај из 2023. године (добро изабраног наслова на енглеском: “Shutting Out Criticism: How SLAPPs Threaten European Democracy”) у ствари је допуњена верзија извештаја из 2022. године.

21 Узорак грудве снега (енгл. *snowballing sample*) сачињава се тако што постојећи чланови узорка регрутују нове чланове најчешће из реда својих познаника, те се на тај начин узорак увећава попут „грудве снега“. Овакав узорак спада у групу неслучајних узорака и не говори пуно о величини и карактеристикама популације (није репрезентативан), те се и закључци на основу „грудве снега“ морају ограничити на сам узорак (Popadić, Pavlović, Žeželj, 2018: 215–216).

22 Ове клинике су лидери на пољу клиничког правног образовања у Холандији. Видети: <https://student.uva.nl/en/topics/amsterdam-law-clinics>

капацитета Коалиције да прикупи све релевантне информације путем захтева за приступ информацијама од јавног значаја (мисли се на пресуде).

На крају овог одељка, ради стицања опште слике о стању стратешких тужби у Србији, наводимо и један релевантан извештај из 2021. године (ARTICLE 19, 2021).²³ У извештају се анализира правни оквир у вези са стратешким тужбама у грађанскоправној материји,²⁴ кога чине закони на основу којих се подносе стратешке тужбе, и то против новинара и медијских кућа – Закон о јавном информисању и медијима (ЗЈИМ)²⁵, и против осталих лица – Закон о облигационим односима (ЗОО)²⁶ у делу који регулише повреду части и угледа (чл. 198 ЗОО); затим, усаглашеност ових закона и судске праксе са међународним стандардима слободе изражавања који треба да буду основа за сва ограничења те слободе у Србији;²⁷ те примена тих стандарда у судској пракси, у коју сврху је детаљније приказано и анализирано 26 случајева стратешких тужби против новинара, медија, активиста и заштитника људских права у периоду од 2010. до 2020. године (Додатак Извештаја). Као један од кључних недостатака у нашем систему ради заштите критичке јавности од ових тужби, и пре свега ради њиховог *ex ante* превенирања, у Извештају се издваја немогућност одбачаја таквих тужби и немогућност новчаног кажњавања несавесних тужилаца због злоупотребе судског процеса, а у случају када је поступак већ покренут, тужени немају приступ правној помоћи. На крају овог Извештаја наводе се и конкретне препоруке за сузбијање стратешких тужби које се свode на измену релевантних законских норми (пре свега одредаба о клевети из ЗЈИМ и ЗОО); утврђивање највишег фиксног износа накнаде нематеријалне штете због повреде угледа; побољшање капацитета правосуђа у примени светских и регионалних стандарда слободе изражавања у вези са стратешким тужбама; проширивање појма „новинара” са регистрованих на сва лица која се баве прикупљањем и

23 Овај извештај о стратешким тужбама у Србији објавили су организација ARTICLE 19, Центар за људска права Америчке адвокатске коморе (АВА) и Независно удружење новинара Србије (НУНС) – у даљем тексту: (ARTICLE 19, 2021).

24 По нашем праву, тужиоци могу да злоупотребе и кривични поступак ради застрашивања, позивајући се на различита кривична дела, попут увреде (клевета је код нас декриминализована). Но, споменути извештај се ограничава на грађанскоправну материју.

25 Сл. гласник РС, бр. 92/2023.

26 Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 18/2020.

27 Мисли се на члан 10 Европске конвенције за заштиту људских права и члан 19 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, који су интегрални део нашег правног система.

објављивањем информација у јавности; досуђивање накнаде само за „озбиљне штете“; промовисање толеранције на грађанску критику јавних званичника, политичара и јавних личности; обезбеђење простора за слободно јавно изражавање мишљења итд.

3. Демократски статус и ефикасност правосуђа – методолошки приступ

Пошто смо дефинисали стратешке тужбе и потом показали да оне привлаче значајну пажњу европских институција, законодаваца у европским земљама и широм света, али и опште и стручне јавности, сада се намећу два питања важна за наш рад: прво, у каквом су односу стратешке тужбе и демократски статус појединих држава, и друго, да ли присуство стратешких тужби зависи од ефикасности правосуђа у појединим земљама? На први поглед стиче се утисак да би стратешке тужбе требало у већој мери да угрожавају критичку свест и да буду бројније у земљама са неразвијеном демократијом, девастираним демократским институцијама, и неефикасним правосуђем.²⁸ Да бисмо проверили ову претпоставку, у нашој анализи ослонићемо се пре свега на Извештај Фридом хауса – скр. ФХ (енгл. Freedom House),²⁹ као један од најрепрезентативнијих извештаја који мери стање слободе (глобалне трендове у политичким правима и грађанским слободама) широм света (195 држава и 15 територија).³⁰ Подаци из овог извештаја ће послужити како основа за стицање увида у демократски статус изабраних земаља (слободне, неслободне и делимично слободне), с тим да ће фокус, због теме коју истражујемо, бити на два индикатора: стање слободе медија и независност судства.³¹

28 Штавише, ефикасност правосуђа један је од стубова владавине права и детерминишући фактор правичног суђења, као што је и дефинисано у члану 6 ЕКЗ/БП. Такође, ефикасност правосуђа доприноси добром управљању, борби против корупције и јачању поверења у институције (ЦЕПЕЈ, 2022: 125). Следи да је ефикасност правосуђа важна „карика“ демократског развоја, одакле и произилази очекивање да би учесталост стратешких тужби требало да буде већа у неслободним земљама са неефикасним правосуђем.

29 Извештај ФХ за све државе је доступан на: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>.

30 <https://freedomhouse.org/report/freedom-world>

31 Податке за све државе ограничили смо на 2023. годину (ФХ, 2023), јер је то моменат када смо почели истраживање. У међувремену је објављен извештај за 2024. годину, који не мења значајно вредности индикатора из 2023. године. Штавише, просек вредности индикатора демократског статуса за посматране земље од 2017. до 2024. (то су године за које постоје упоредни подаци на сајту ФХ) не разликује се од вредности за

Затим, да бисмо одговорили на питање о вези између стратешких тужби и ефикасности правосуђа, у нашој анализи ћемо се ослонити на Извештај ЦЕПЕЈ-а, то јест, Европске комисије за ефикасност правосуђа (енгл. European Commission for the Efficiency of Justice – CEPEJ)³² објављеног 2022. године (на основу података из 2020. године).³³ Овај извештај оцењује бројне параметре судских система у европским земљама (буџет, судско и несудско особље, судове, кориснике судских услуга, ИКТ, итд), али се за потребе наше анализе усредсређујемо на ефикасност судова и судских поступака и два најважнија индикатора: временску диспозицију (енгл. Disposition time – DT)³⁴ и стопу ажурности (енгл. Clearance rate – CR)³⁵. Ова два индикатора служе као апроксимација ефикасности судова (и тужилаштва) у пруженим услугама (енгл. *services efficiency*) и генерално правосуђа у појединим земљама.

Организација рада је следећа. Прво приказујемо статистику о учесталости стратешких тужби у изабраним земљама у периоду од 2010. до 2022. године, како бисмо уочили генералне трендове у кретању ових тужби, и како бисмо разврстали државе у три групе: прву групу са најмањим бројем стратешких тужби, другу групу са средњим бројем стратешких тужби и трећу групу са највећим бројем стратешких тужби. Интересује нас је да ли постоји значајна разлика између земаља различитог демократског статуса (према општем скору) у броју стратешких тужби у апсолутном износу и на 100.000 становника, а потом и према два кључна индикатора: степену слободе медија и степену независности правосуђа у посматраним земљама. Затим, интересује нас да ли постоји разлика у броју SLAPP тужби између земаља које смо разврстали према критеријуму ефикасности судова на „ефикасне“ и „нефикасне“. Кључне податке о

изабрану 2023. годину. Једино је Мађарска забележила промену статуса од „слободне“ (који је имала током 2017. и 2018. године) у „делимично слободну“ (од 2019. до 2024. године), али у просеку током овог периода, Мађарска има вредност која је сврстава у „делимично слободну“ (као и током репрезентативне 2023. године).

32 <https://www.coe.int/en/web/cepej>

33 Извештај ЦЕПЕЈ-а из 2022. је доступан на: <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>. У даљем тексту: (ЦЕПЕЈ, 2022).

34 *Временска диспозиција* је мера која се добија дељењем броја нерешених предмета на крају одређеног периода са бројем решених предмета у том периоду, помноженим са 365. Више нерешених него решених предмета ће довести до DT већег од 365 дана и обрнуто (ЦЕПЕЈ, 2022: 126).

35 *Стопа ажурности* је однос добијен дељењем броја решених предмета са бројем примљених предмета у датом периоду, изражен као проценат (ако је је CR > 100%, суд је способен да реши више предмета него што их прими, те се смањују заостали предмети) (ЦЕПЕЈ, 2022: 125).

стратешким тужбама добили смо из два споменутог Извештаја Коалиције за борбу против SLAPP тужби (CASE, 2022; CASE, 2023).³⁶

4. Општи трендови у кретању стратешких тужби

Табела 1. Дескриптивна статистика SLAPP тужби (2010-2022)

Statistics		
број SLAPP тужби		
N	Valid	36
	Missing	0
Mean		22.47
Median		13.50
Mode		1
Std. Deviation		27.199
Variance		739.799
Minimum		1
Maximum		128
Sum		809

Укупан број стратешких тужби у посматраним земљама (укупно 36)³⁷ износи 809, док је просечан број тужби на узорку 22. Највећи број тужби забележен је у Пољској (128), а најмањи (једна тужба)³⁸ у четири државе (Шведска, Словачка, Чешка и Кипар). Уочљив је већи број тужби у још неколико држава: Малта (88), Француска (76), Хрватска (54), Босна и Херцеговина (43) и Словенија (42). Србија је незнатно изнад просека (28), с тим да је највећи број тужби у Србији забележен 2021. године. Године 2022. значајан пораст броја стратешких тужби (у односу на претходне године) бележе: Малта, Француска, Хрватска, Грчка, Велика Британија, Турска и Грузија.

36 Статистичку анализу спровели смо у посебном статистичком програму за друштвене науке (енгл. Statistical Package for the Social Sciences – SPSS) коришћењем Ман-Витнијев У теста за поређење два независна узорка и Краскал-Валисовог Н теста (као проширења Ман-Витнијевог У теста) за утврђивање да ли постоје статистички значајне разлике између три или више независних група.

37 У анализу је укључено и тзв. Косово*.

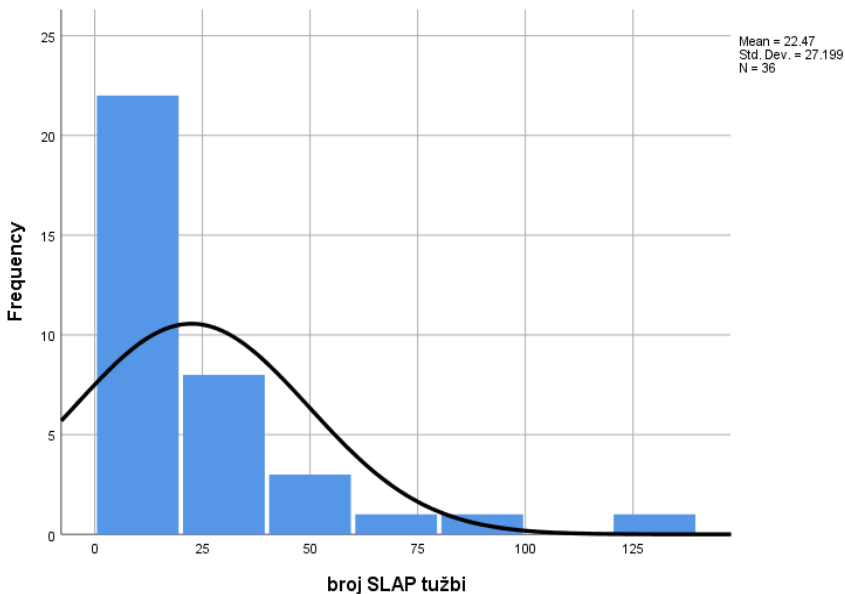
38 Једна тужба уједно је и научесталији број стратешких тужби.

За потребе наше анализе, све државе из узорка разврставамо у три групе: 1) од 1 до 39 SLAPP тужби; 2) од 40 до 99 SLAPP тужби; 3) преко 100 SLAPP тужби (табела 2).

Табела 2. Груписање држава по броју стратешких тужби

Група	број SLAPP тужби	број држава
Прва група	1-39	30
Друга група	40-99	5
Трећа група	≥ 100	1

Прва група је најбројнија, укупно 30 држава, 22 државе (први стуб) плус 8 држава (други стуб). У другом стубу налази се и Србија са 28 тужби. Друга група броји пет држава: Словенија са 42 тужбе и БиХ са 43 тужбе (трећи стуб); затим, Француска са 76 тужби (четврти стуб) и Малта са 88 тужби (пети стуб). У трећу групу улази једна држава, Пољска са 128 тужби (*шести стуб*) (графикон 1).



Графикон 1. Приказ броја SLAPP тужби

Напошетку, приказујемо кретање броја стратешких тужби забележених по годинама (укупно 570), од 2010. до 2021. године, у

посматраним државама (графикон 2).³⁹ Графикон јасно показује тренд сталног повећања броја стратешких тужби у овом периоду. Штавише, већ је речено да је током 2022. године додато још око 160 тужби (CASE, 2023), што представља највеће повећање у односу на претходне године.



Графикон 2. Кретање стратешких тужби по годинама

У наставку дајемо статистички приказ разлика између земаља из узорка у броју стратешких тужби према дефинисаним критеријумима (демократски статус и ефикасност судства).

5. Стратешке тужбе и демократски статус земаља

Као што је речено, прво нас је интересовало да ли постоји значајна разлика између земаља различитог демократског статуса у броју стратешких тужби у апсолутном износу и на 100.000 становника (табела 3). Конкретније, да ли постоји разлика између земаља које се према методологији Фридом хауса⁴⁰ сврставају у три различите категорије (слободне, неслободне и делимично слободне) у броју стратешких тужби које су регистроване у тим земљама према објашњеној методологији Коалиције за борбу против стратешких тужби (CASE 2022, 2023).

³⁹ Изворни графикон о кретању стратешких тужби налази се у Извештају из 2022. године (CASE, 2022: 18). Незнатно модификовану верзију тог графикана приказујемо на овом месту.

⁴⁰ Више о методологији ФХ у: <https://freedomhouse.org/reports/freedom-world/freedom-world-research-methodology>

Табела 3. Однос стратешких тужби и демократског статуса држава

Државе	Укупан број SLAPP тужби ⁴¹	Број SLAPP тужби на 100.000 ст.	Демократски статус	Слободни и независни медији	Независно правосуђе
1 (УК)	29	0.4	2 (слободна)	4 / 4	4/4
2 (Украјина)	22	0.5	1 (делимично слободна)	2/4	1/4
3 (Турска)	22	0.3	0 (неслободна)	1/4	1/4
4 (Швајцарска)	10	.12	2 (слободна)	4/4	4/4
5 (Шведска)	1	.01	2 (слободна)	4/4	4/4
6 (Шпанија)	15	.03	2 (слободна)	3/4	3/4
7 (Словенија)	42	2.02	2 (слободна)	2/4	4/4
8 (Словачка)	1	0.2	2 (слободна)	3/4	3/4
9 (Србија)	28	.32	1 (делимично слободна)	2/4	2/4
11 (Русија)	18	.01	0 (неслободна)	0/4	1/4
12 (Румунија)	25	.13	2 (слободна)	3/4	3/4
13 (Португалија)	9	.09	2 (слободна)	4/4	4/4
14 (Пољска)	128	.34	2 (слободна)	3/4	1/4
16 (С. Македонија)	5	.29	1 (делимично слободна)	3/4	2/4
17 (Холандија)	10	.04	2 (слободна)	4/4	4/4
20 (Молдавија)	3	.07	1 (делимично слободна)	2/4	1/4
21 (Малта)	88	19.93	2 (слободна)	3/4	4/4
22 (Луксембург)	4	.64	2 (слободна)	4/4	4/4
26 (Косово*)	3	.17	1 (делимично слободна)	2/4	1/4
27 (Италија)	32	.05	2 (слободна)	3/4	4/4
28 (Ирска)	31	.63	2 (слободна)	4/4	4/4
30 (Мађарска)	12	.12	1 (делимично слободна)	2/4	2/4
31 (Грчка)	19	.18	2 (слободна)	3/4	3/4
32 (Немачка)	12	.01	2 (слободна)	4/4	4/4
33 (Грузија)	6	.15	1 (делимично слободна)	2/4	2/4
34 (Француска)	76	.12	2 (слободна)	4/4	4/4
35 (Финска)	4	.07	2 (слободна)	4/4	4/4

41 У питању је укупан број стратешких тужби закључно са 2022. годином.

Државе	Укупан број SLAPP тужби ⁴¹	Број SLAPP тужби на 100.000 ст.	Демократски статус	Слободни и независни медији	Независно правосуђе
36 (Естонија)	3	.01	2 (слободна)	4/4	4/4
38 (Чешка)	1	.01	2 (слободна)	4/4	3/4
39 (Кипар)	1	.08	2 (слободна)	4/4	4/4
40 (Хрватска)	54	1.29	2 (слободна)	3/4	3/4
41 (Бугарска)	11	.16	2 (слободна)	2/4	3/4
42 (БиХ)	43	1.31	1 (делимично слободна)	2/4	1/4
43 (Белгија)	21	.18	2 (слободна)	4/4	4/4
45 (Аустрија)	16	.18	2 (слободна)	3/4	4/4
48 (Албанија)	4	.14	1 (делимично слободна)	2/4	2/4

Будући да подаци о броју тужби не испуњавају услов нормалности расподеле (табеле 4 и 5), за процену статистичке значајности разлика трију група (земаља) коришћен је Краскал Валисов тест (*Kruskal-Wallis H test*). Стога, постављамо хипотезе уз ниво значајности $\alpha=0,05$:

H_0 : Не постоји разлика у броју SLAPP тужби између земаља различитог демократског статуса;

H_1 : Постоји разлика у броју SLAPP тужби између земаља различитог демократског статуса.

Критична вредност за $\alpha=0,05$ износи 5.99,⁴² а услов за одбацивање нулте хипотезе (H_0) је $H \geq 5.99$. Резултат тест статистике је $H=.851$ (табела 7), те претходни услов није задовољен и нулту хипотезу не можемо одбацивати. Дакле, разлика у (апсолутном) броју SLAPP тужби између земаља различитог демократског статуса не постоји.

Идентичан резултат је добијен и приликом мерења разлика између земаља различитог демократског статуса и броја тужби на 100.000 становника: $H=4.3$, $P=0.11$ (табеле 8 и 9). Дакле, разлика у броју SLAPP тужби на 100.000 становника између земаља различитог демократског статуса не постоји.

42 Видети Таблицу критичних вредности за χ^2 расподелу: https://www.chem.bg.ac.rs/~jvelicko/ORM_2016/Statisticke%20tablice.pdf

Табела 4. Провера нормалности расподеле података (апсолутни износ)

Tests of Normality						
	Kolmogorov-Smirnov ^a			Shapiro-Wilk		
	Statistic	df	Sig.	Statistic	df	Sig.
број SLAPP тужби	.215	36	.000	.732	36	.000
a. Lilliefors Significance Correction						

Табела 5. Провера нормалности расподеле података (на 100.000 становника)

Tests of Normality						
	Kolmogorov-Smirnov ^a			Shapiro-Wilk		
	Statistic	df	Sig.	Statistic	df	Sig.
број SLAPP тужби на 100.000 становника	.409	36	.000	.230	36	.000
a. Lilliefors Significance Correction						

Табела 6.

Ranks			
	Демократски статус	N	Mean Rank
број SLAPP тужби	Неслободна	2	22.75
	Делимично слободна	9	16.11
	Слободна	25	19.02
	Total	36	

Табела 7.

Test Statistics ^{a,b}	
	број SLAPP тужби
Kruskal-Wallis H	.851
df	2
Asymp. Sig.	.653
a. Kruskal Wallis Test	
b. Grouping Variable: Демократски статус	

Табела 8.

Ranks			
	Демократски статус	N	Mean Rank
број SLAPP тужби	Неслободна	2	22.75
	Делимично слободна	9	16.11
	Слободна	25	19.02
	Total	36	

Табела 9.

Test Statistics ^{a,b}	
	број SLAPP тужби на 100.000 становника
Kruskal-Wallis H	4.396
df	2
Asymp. Sig.	.111
a. Kruskal Wallis Test	
b. Grouping Variable: Демократски статус	

Практично гледано, налази указују на то да стратешке тужбе нису више или мање присутне у недемократским земљама у поређењу с демократским. Према томе, демократски статус није значајан фактор у одређивању учесталости ових тужби. То даље значи да потенцијално неки други фактори могу имати већи утицај на учесталост ових тужби, попут општих карактеристика правног система, заштите слободе говора, разлика у (правној) култури итд.

5.1. Стратешке тужбе и слобода медија

Интересовало нас је такође да ли постоји значајна разлика у броју SLAPP тужби према степену слободе медија у посматраним земљама (табела 3 – пета колона). За рангирање степена слободе медија коришћена је методологија ФХ, према којој је одговор на питање „Да ли постоје слободни и независни медији?” рангиран од најмањег степена (0) до највишег степена (4). Стога, дефинисали смо пет категорија земаља: најнижи ниво слободе (0), нижи ниво слободе (1), средњи ниво слободе (2), виши ниво слободе (3) и највиши ниво слободе (4).

Опет је коришћен непараметријски Краскал Валисов тест. Резултат тест статистике је $H=4.491$ (табела 10). За $\alpha=0,05$, критична вредност износи 9,49, те услов за одбацивање нулте хипотезе ($H \geq 9,49$) није задовољен.

Дакле, не постоји значајна разлика између земаља различитог степена слободе медија у броју SLAPP тужби.

Табела 10.

Test Statistics ^{a,b}	
	број SLAPP тужби
Kruskal-Wallis H	4.491
df	4
Asymp. Sig.	.344
a. Kruskal Wallis Test	
b. Grouping Variable: Да ли постоје слободни и независни медији?	

Према томе, чак и ако су медији у неким земљама слободнији, то не чини да SLAPP тужбе постају мање учестале. Слобода медија је важан аспект демократије и права на слободно изражавање, али у овом случају изгледа да степен те слободе не утиче значајно на учесталост SLAPP тужби, те други фактори могу бити релевантнији, попут правног система, економских интереса, разлика у култури итд.

5.2. Стратешке тужбе и независност судства

Интересовало нас је и да ли постоји значајна разлика у броју SLAPP тужби према степену независности правосуђа у посматраним земљама (табела 3 – шеста колона). За рангирање степена независности судства коришћена је методологија ФХ, према којој је одговор на питање „Да ли постоји независно правосуђе?” рангиран од најмањег степена (0) до највишег степена (4). Стога, дефинисали смо пет категорија (група) земаља: најнижи ниво независности судства (0), нижи ниво независности судства (1), средњи ниво независности судства (2), виши ниво независности судства (3) и највиши ниво независности судства (4).

Коришћен је непараметријски Краскал Валисов тест. Резултат тест статистике је $H=1.10$ (табела 11). За $\alpha=0,05$, критична вредност износи 7,81, те услов за одбацивање нулте хипотезе ($H \geq 7,81$) није задовољен. Дакле, не постоји значајна разлика између земаља различитог степена независности судства у броју SLAPP тужби.

Табела 11.

Test Statistics ^{a,b}	
	број SLAPP тужби
Kruskal-Wallis H	1.107
df	3
Asymp. Sig.	.775
a. Kruskal Wallis Test	
b. Grouping Variable: Да ли постоји независно правосуђе?	

Практично гледано, без обзира на то колико су судије независне и слободне од политичког утицаја у одређеним земљама, број SLAPP тужби остаје сличан. Чак и када је судство независно, то не значи да се ове тужбе неће појављивати, те пажњу треба усмерити на друге аспекте правног система, попут заштитних мера против злоупотребе права на правну заштиту или доступности помоћи у правној заштити и томе слично.

На основу досадашње анализе, можемо извести НАЛАЗ 1: *резултати претходних тестова показују да су стратешке тужбе присутне у различитим државама независно од њиховог демократског статуса, степена слободе медија и степена независности судства.*

6. Ефикасност правосуђа и SLAPP тужбе

Даље, интересовало нас је да ли постоји разлика у броју стратешких тужби између земаља које смо разврстали према критеријуму ефикасности судског поступка (табела 12). Као што је речено, у ту сврху користили смо податке Европске комисије за ефикасност правосуђа из Извештаја објављеног 2022. на основу података из 2020. године (ЦЕПЕЈ, 2022). ЦЕПЕЈ мери ефикасност судског поступка према два кључна индикатора: временска диспозиција (Disposition time – DT) и стопа ажурности (Clearance rate – CR). У табели 12 дати су подаци за посматране државе, прво у грађанскоправној и привредноправној материји у првом степену (друга колона), а потом у кривичноправној материји у првом степену (трећа колона).⁴³

Према методологији ЦЕПЕЈ-а, постоји неколико категорија ефикасности: А. стандардна, В. стварање заосталих предмета, С.

⁴³ Изабрали смо најновији извештај ЦЕПЕЈ-а из 2022. са подацима из 2020. године не само због актуелности него и због тога што је концентрација стратешких тужби највећа у том периоду (модална година) и као таква је изабрана да буде „репрезентативна“ за ту врсту података. Друго, не постоје значајне варијације података о ефикасности поступака скоро ни код једне државе у узорку у претходним годинама (2018, 2016, 2014 и 2012).

смањење заосталих предмета, D. упозоравајућа, E. веома висока стопа ажурности, и F. веома висока временска диспозиција. За потребе наше анализе, разврстали смо државе у две категорије:⁴⁴ 1) државе са ефикасним поступком (A и E) и 2) државе са неефикасним поступком (B, C, D и F).⁴⁵

Табела 12. Ефикасност судског поступка и SLAPP тужбе

Државе	Ефикасност судског поступка (грађанска и привредна материја) – први степен	Ефикасност судског поступка (кривична материја) – први степен
1 (УК) ⁴⁶	недоступно (NA)	Стварање заосталих предмета (DT: 144, CR: 92%) о
2 (Украјина)	Стандардна (DT: 122, CR: 98%) 1	Упозоравајућа (DT: 298, CR: 93%) о
3 (Турска)	Упозоравајућа (DT: 513, CR: 90%) о	Упозоравајућа (DT: 390, CR: 93%) о
4 (Швајцарска)	Стандардна (DT: 126, CR: 100%) 1	Стварање заосталих предмета (DT: 125, CR: 92%) о
5 (Шведска)	Стандардна (DT: 161, CR: 103%) 1	Стандардна (DT: 149, CR: 96%) 1
6 (Шпанија)	Стварање заосталих предмета (DT: 468, CR: 86%) о	Стандардна (DT: 247, CR: 95%) 1
7 (Словенија)	Стандардна (DT: 350, CR: 101%) 1	Стандардна (DT: 165, CR: 96%) 1
8 (Словачка)	Стандардна (DT: 204, CR: 100%) 1	Стандардна (DT: 125, CR: 100%) 1
9 (Србија)	Стварање заосталих предмета (DT: 472, CR: 71%) о	Стандардна (DT: 155, CR: 98%) 1
11 (Русија)	није укључена	није укључена
12 (Румунија)	Стандардна (DT: 168, CR: 100%) 1	Стандардна (DT: 113, CR: 100%) 1
13 (Португалија)	Стандардна (DT: 280, CR: 98%) 1	Стварање заосталих предмета (DT: 280, CR: 93%) о
14 (Пољска)	Стандардна (DT: 317, CR: 105%) 1	Стандардна (DT: 82, CR: 98%) 1
16 (С. Македонија)	Стварање заосталих предмета (DT: 294, CR: 90%) о	Стандардна (DT: 216, CR: 98%) 1
17 (Холандија)	Стандардна (DT: 127, CR: 100%) 1	Стандардна (DT: 139, CR: 95%) 1

44 Статистички смо их категорисали као о (нефикасне) и 1 (ефикасне) (видети табелу 12).

45 Ниједна држава у грађанској и привредној материји (први степен) није сврстана у категорије E и F (из Извештаја из 2022. године), док је у кривичној материји (први степен), Малта сврстана у категорију F.

46 Према методологији ЦЕПЕЈ-а, УК је разврстана на: УК-Енглеска и Велс, УК-Северна Ирска, УК-Шкотска. За потребе наше анализе, узимамо податке за УК-Енглеска и Велс.

Државе	Ефикасност судског поступка (грађанска и привредна материја) – први степен	Ефикасност судског поступка (кривична материја) – први степен
20 (Молдавија)	Стандардна (DT: 171, CR: 97%) 1	Стварање заосталих предмета (DT: 242, CR: 91%) 0
21 (Малта)	Упозоравајућа (DT: 550, CR: 91%) 0	Веома висока временска диспозиција (DT: 792, CR: 66%) 0
22 (Луксембург)	Стварање заосталих предмета (DT: 161, CR: 93%) 0	недоступно (NA)
26 (Косово*)	није укључено	није укључено
27 (Италија)	Смањење заосталих предмета (DT: 674, CR: 104%) 0	Упозоравајућа (DT: 498, CR: 91%) 0
28 (Ирска)	недоступно (NA) (DT: NA, CR: 60%)	недоступно (NA) (DT: NA, CR: 62%)
30 (Мађарска)	Стандардна (DT: 165, CR: 100%) 1	Стандардна (DT: 54, CR: 97%) 1
31 (Грчка)	недоступно (NA)	недоступно (NA)
32 (Немачка)	Стандардна (DT: 237, CR: 98%) 1	недоступно (NA)
33 (Грузија)	Стварање заосталих предмета (DT: 433, CR: 87%) 0	Стварање заосталих предмета (DT: 126, CR: 91%) 0
34 (Француска)	Упозоравајућа (DT: 637, CR: 93%) 0	недоступно (NA) (DT: NA, CR: 91%)
35 (Финска)	Стварање заосталих предмета (DT: 300, CR: 94%) 0	Стварање заосталих предмета (DT: 189, CR: 89%) 0
36 (Естонија)	Стандардна (DT: 135, CR: 100%) 1	Стандардна (DT: 30, CR: 100%) 1
38 (Чешка)	Стандардна (DT: 165, CR: 98%) 1	Стандардна (DT: 72, CR: 100%) 1
39 (Кипар)	недоступно (NA)	Упозоравајућа (DT: 317, CR: 95%) 0
40 (Хрватска)	Упозоравајућа (DT: 655, CR: 85%) 0	Стварање заосталих предмета (DT: 223, CR: 88%) 0
41 (Бугарска)	недоступно (NA)	Стандардна (DT: 66, CR: 98%) 1
42 (БиХ)	Смањење заосталих предмета (DT: 639, CR: 103%) 0	Упозоравајућа (DT: 316, CR: 95%) 0
43 (Белгија)	недоступно (NA) (DT: NA, CR: 99%)	недоступно (NA) (DT: NA, CR: 95%)
45 (Аустрија)	Стандардна (DT: 156, CR: 100%) 1	Стандардна (DT: 133, CR: 98%) 1
48 (Албанија)	Стварање заосталих предмета (DT: 366, CR: 85%) 0	Стварање заосталих предмета (DT: 294, CR: 74%) 0

Табела 13.

Ranks				
	Ефикасност судског поступка (грађанска и привредна материја) – први степен	N	Mean Rank	Sum of Ranks
број SLAPP тужби	Неефикасно	13	16.88	219.50
	Ефикасно	15	12.43	186.50
	Total	28		

Табела 14.

Test Statistics ^a	
	број SLAP тужби
Mann-Whitney U	66.500
Wilcoxon W	186.500
Z	-1.430
Asymp. Sig. (2-tailed)	.153
Exact Sig. [2*(1-tailed Sig.)]	.156 ^b
a. Grouping Variable: Ефикасност судског поступка (грађанска и привредна материја – I степен)	
b. Not corrected for ties.	

За процену разлике у броју SLAPP тужби између двеју група земаља („ефикасне” и „неефикасне”) користили смо Ман Витнијев U тест (*Mann-Whitney U test*). Резултат тест статистике (табела 14) не показује значајну разлику између двеју група ($U=66.5$, $p=.153$).⁴⁷ Стога, нисмо успели да одбацимо нулту хипотезу, те закључујемо да разлика у броју SLAPP тужби између земаља са ефикасним и неефикасним судским поступком у грађанскоправној и привредноправној материји (у првом степену) не постоји.

Ман Витнијев U тест користили смо и за процену разлика између група земаља („ефикасне” и „неефикасне”) у кривичноправној материји. Резултат тест статистике (табела 16) не показује значајну разлику између

47 Исти резултат даје и Краскал Валисов тест ($H=2.046$, $p=.153$). Критична вредност за $\alpha=0,05$ износи 3,84, а услов за одбацивање нулте хипотезе (H_0) је $H \geq 3,84$. Услов није испуњен.

двеју група ($U=84.5$, $p=.53$).⁴⁸ Стога, нисмо успели да одбацимо нулту хипотезу, те закључујемо да разлика у броју SLAPP тужби између земаља са ефикасним и неефикасним кривичним поступком (у првом степену) не постоји.

Табела 15.

Ranks				
	Ефикасност судског поступка (кривична материја) – први степен	N	Mean Rank	Sum of Ranks
број SLAPP тужби	Неефикасно	14	15.46	216.50
	Ефикасно	14	13.54	189.50
	Total	28		

Табела 16.

Test Statistics ^a	
	broj SLAP tužbi
Mann-Whitney U	84.500
Wilcoxon W	189.500
Z	-.621
Asymp. Sig. (2-tailed)	.534
Exact Sig. [2*(1-tailed Sig.)]	.541 ^b
a. Grouping Variable: Ефикасност судског поступка (кривична материја – I степен)	
b. Not corrected for ties.	

Према томе, НАЛАЗ 2 гласи: резултати тестова показују да су SLAPP тужбе присутне у различитим државама независно од нивоа ефикасности судских поступака у грађанскоправној, привредноправној или кривичноправној материји (у првом степену) који постоји у тим земљама. То практично значи да ефикасност судског поступка, сама по себи, нема велики утицај на учесталост SLAPP тужби, те други фактори на нивоу правосудног система или ван правосуђа (рецимо, општа култура и свест о злоупотреби правде) могу бити значајнији.

⁴⁸ Исти резултат даје и Краскал Валисов тест ($H=.38$, $p=.53$). Критична вредност за $\alpha=0,05$ износи 3,84, а услов за одбацивање нулте хипотезе (H_0) је $H \geq 3,84$. Услов није испуњен.

7. Резиме и отворена питања

Резултати дескриптивне статистике показују тренд сталног повећања броја стратешких тужби у периоду 2010-2022, што је и био „аларм“ за европског законодавца за предузме правне мере за сузбијање ових тужби (споменута Директива против стратешких тужби из 2024. године са роком од две године за транспоновање у национална законодавства). Године 2022. значајан пораст броја стратешких тужби (у односу на претходне године) бележе: Малта, Француска, Хрватска, Грчка, Велика Британија, Турска и Грузија. Србија бележи 28 стратешких тужби, што је сврстава у ред европских земаља изнад просека по броју тих тужби (22).⁴⁹ Затим, када је реч о релацији између стратешких тужби и демократског статуса земаља (слободна, неслободна и делимично слободна), утврђено је да SLAPP тужбе постоје у свим посматраним земљама независно од нивоа њиховог демократског развоја мереним методологијом Фридом хауса. Такође, резултати статистичке анализе очекивано показују да нема разлике између земљама у погледу броја стратешких тужби ни према критеријуму слободе медија и независности судства, као битних компоненти демократског статуса сваке земље. Коначно, статистички тестови показују да нема разлике између земаља у броју стратешких тужби ни према критеријуму ефикасности судова и судских поступака у грађанско-привредној и кривичној материји (у првом степену). Према томе, општи закључак гласи да *стратешке тужбе не постоје само у земљама са неразвијеним демократским институцијама и културом, нити постоје само у земљама са неефикасним правосуђем*. Стратешке тужбе су присутне свуда, те се отвара питање који су то специфични разлози који доприносе појави ових тужби и нарочито зашто је дошло до њихове „експлозије“ у европским земљама у последње време, као што се то пре неколико деценија догодило у Америци (Pring, Canan, 1996: 1). Иако се на први поглед могу увидети неки специфични разлози, а неке од њих смо и дотакли у раду, попут постојања правних празнина и широких законских концепата који судовима омогућавају различита тумачења (пре свега, тумачење „повреде части и угледа“ или непостојање горњег лимита накнаде нематеријалне штете какав је случај у српском праву), сматрамо да је за дубље схватање стратешких тужби потребна анализа која је ширира од правне. Већ је у литератури (Canan, 1989: 24) одавно истакнуто да стратешке тужбе „нису догађаји“, него „политичко-правни феномен“. Свакако, постоје квалитетне компаративне правне студије (рецимо, Baueg, Bárd, Vosyliute, Luk, 2021) које упоређују стратешке тужбе у различитим

49 У овом раду, због просторног ограничења, нисмо анализирали трендове кретања стратешких тужби појединачно по земљама.

земљама претежно према карактеристикама *правних система тих земаља (закона, домаће судске праксе и праксе Европског суда)*. И студија које је послужила за анализу у овом раду (CASE, 2022: 53–67) приказује девет студија случаја стратешких тужби по земљама,⁵⁰ али узимајући у обзир не само правне него и *културолошке елементе (опште трендове и обрасце понашања)* који стварају окружење погодно за подношење ових тужби. Сматрамо да је то добар правац истраживања, јер даје ширу слику у вези са стратешким тужбама.

Да закључимо: квантитативна анализа стратешких тужби јасно показује свеопште присуство ових тужби у, демократски гледано, различитим европским земљама. Тиме смо само отворили врата за даља истраживања, те је потребно „загребати испод површине“ у више праваца. Наиме, за разумевање бројних фактора који утичу на присуство ових тужби, а нарочито за утврђивање сличности и разлика између земаља, неопходно је спровести и квалитативне анализе које би узеле у обзир не само правне карактеристике земаља него и опште трендове и обрасце понашања свих лица која су укључена у „ланац“ стратешких тужби: тужилаца, тужених, судија и других учесника судског поступка, опште јавности, новинарских и еколошких удружења. За такав подухват, свакако је нужна интердисциплинарна методологија истраживања. Такође, неопходно је сагледати и друге карактеристике демократског статуса појединих земаља – не само стање слободе медија и независности судства *и не само њихове нумеричке изразе*. Потребно је узети у обзир и друге одлике правосуђа, сем ефикасности у пружању услуга, попут процене унутрашњег учинка правосуђа путем функционалне анализе која би потенцијално открила понашање судија у вези са овим тужбама – да ли судије из неког разлога занемарују ове тужбе?⁵¹ Не мање важно, потребно је сагледати и различите врсте стратешких тужби, и бити нарочито „сензитиван“ у истраживању SLAPP тужби код којих постоји веза

50 У питању су следеће државе: 1) Пољска, 2) Хрватска, 3) Ирска, 4) Француска, 5) Србија, 6) Словенија, 7) Малта, 8) УК и 9) Италија. Аутори студије су груписали ове државе према критеријуму општих трендова и образаца: *тужбе подносе појединци са политичког снагом* (1 и 2); *тужбе подносе пословни људи и фирме* (3 и 4); *тужбе подносе исти тужбоци против истих „мета“* (5, 6 и 7); *тужбе се подносе у случајевима са прекограничним елементом* (8); *тужбе се подносе у кривичној материји* (9).

51 Ово питање је већ отворено у наведеном Извештају о стратешким тужбама за Србију (ARTICLE 19, 2021) у делу „Заштитне мере против SLAPP тужби“. Сматрамо да је ово питање важно продубити због, како се наводи у овом извештају из дела Функционалне анализе правосуђа у Србији (доступно на: <https://www.mdtfjss.org.rs/sifr/en>), страха судија да спрече процедуралне злоупотребе странака, то јест, „због бојазни да ће њихове одлуке бити оборене пред апелационим судовима, блиске сарадње са адвокатима и опште динамике тромости у судовима“.

између наводне штете (рецимо, повреде угледа) и спољног ивестиционог пројекта. Оскудна литература из области економске анализе права може да представља добар почетни водич (Schaufele, 2022). Такође, будућа истраживања треба усмерити и на злоупотребе кривичног поступка у сврху застрашивања критичке јавности (у нашем праву, кривично дело увреде томе може послужити). Све у свему, иако SLAPP тужбе нису непознате стручној, па и општој јавности, њихово присуство представља неисцрпан извор за истраживање, пре свега јер се оне могу сматрати „тихим убицом демократије“⁵² кроз „суптилну“ злоупотребу права на судску заштиту. Но, да ли примена „анти-SLAPP“ мера може представљати „убиство из нехата“ економског развоја?

Литература/References

Књиге, чланци, приручници и речници:

Beatty, J. W. (1997). The Legal Literature on SLAPPs: A Look Behind the Smoke Nine Years After Professors Pring and Canan First Yelled "Fire!". *University of Florida Journal of Law & Public Policy*. 9(1). 85–110.

Bebchuk, L. A. (1998). Suits with Negative Expected Value. In Peter Newman (Ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (pp. 551–554), Vol. 3, Palgrave MacMillan.

Bradshaw, K. (2021). Stakeholder Dynamics in Land Development Projects. *The Journal of Legal Studies*. 50(S2). S53–S70.

Canan, P. (1989). The SLAPP from a Sociological Perspective. *Pace Environmental Law Review*. 7(1). 23–32.

Canan, P., Pring, G. W. (1988a). Strategic Lawsuits Against Public Participation. *Social Problems*. 35(5). 506–519.

Canan, P., Pring, G. W. (1988b). Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation: Mixing Quantitative and Qualitative Approaches. *Law & Society Review*. 22(2). 385–395.

Cooter, R. D., Rubinfeld, D. L. (1989). Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. *Journal of Economic Literature*. 27(3). 1067–1097.

Farrington, F., Zabrocka, M. (2023). Punishment by Process: The Development of Anti-SLAPP legislation in the European Union. *ERA Forum*. <https://doi.org/10.1007/s12027-023-00774-5>.

Galasso, A., Luo, H. (2022). When does product liability risk chill innovation? evidence from medical implants. *American Economic Journal: Economic Policy*. 14(2). 366–401.

52 У процесу објављивања је рад: „Стратешке тужбе против учешћа јавности: „тихи убица демократије“ – компаративне студије случаја“, који ће, као што назив каже, бити заснован на квалитативној анализи.

Hurley, T. M., Shogren, J. F. (1997). Environmental Conflicts and the SLAPP. *Journal of Environmental Economics and Management*. 33(3). 253–273.

Jerinić, J., Vučetić, D., Stanković, M. (2020). *Priručnik za sprovođenje principa dobrog upravljanja na lokalnom nivou*. Beograd: Stalna konferencija gradova i opština – Savez gradova i opština Srbije. [Elektronska verzija]. Dostupno na: http://www.skgo.org/storage/app/uploads/public/161/183/388/161183388o_Prirucnik_DU.pdf

Клајн, И. (2008). *Речник језичких недоумица*. девето издање. Нови Сад: Прометеј.

Popadić, D., Pavlović, Z., Žeželj, I. (2018). *Alatke istraživača*. Beograd: Clío.

Pring, G. W., Canan, P. (1996). *SLAPPs: Getting sued for speaking out*. USA: Temple University Press.

Rasmussen, K. (2011). Slapp stick: Fighting frivolous lawsuits against journalists. *News Media and the Law*. 35. S1–S16.

Schaufele, B. (2022). Chilling Effects from Anti-SLAPP Laws. *MPRA Paper 113740*. University Library of Munich, Germany.

Zdravković, A. (2022). SLAPP tužbe – zloupotreba prava na sudsku zaštitu u službi ograničavanja slobode izražavanja. *Strani pravni život*. LXVI/1/2022. 75-96

Извештаји и студије:

ARTICLE 19 (2021). „SLAPP“ – stanje u Srbiji. *Izveštaji po državama*. ARTICLE 19, ABA Centar za ljudska prava i NUNS. Dostupno na: https://nuns.rs/media/2022/02/A19-Serbia-SLAPPs-report_Final_Serbian-18Feb22.pdf

Bayer, J., Bard, P. Vosyliūtė, L., Luk, C. (2021). Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP) in the European Union. A Comparative Study (June 30, 2021). EU-CITIZEN: ACADEMIC NETWORK ON EUROPEAN CITIZENSHIP RIGHTS. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=4092013> или <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4092013>

CASE (2022). *Shutting out criticism: How SLAPPs threaten European democracy – A report by case*. Prepared for the Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE). The Daphne Caruana Galizia Foundation, Greenpeace International, Amsterdam Law Clinics. Dostupno na: <https://www.the-case.eu/wp-content/uploads/2023/04/CASEREportSLAPPsEurope.pdf>

CASE (2023). *Shutting out criticism: SLAPPs: A threat to Democracy Continues to Grow – A 2023 report update*. Prepared for the Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE). The Daphne Caruana Galizia Foundation. Dostupno na: <https://www.the-case.eu/wp-content/uploads/2023/08/20230703-CASE-UPDATE-REPORT-2023-1.pdf>

Фридом хаус извештај – ФХ (2023) (енгл. Freedom House report 2023). Dostupno na: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>

Мултидонаторски поверенички фонд (2014). *Функционална анализа правосуђа у Србији*. Извештај број 94014-УФ, 2014. Доступно на: <https://www.mdtfjss.org.rs/sjfr/en>.

ЦЕПЕЈ (2022). *Извештај Европске комисије за ефикасност правосуђа*. Доступно на: <https://rm.coe.int/cepej-report-2020-22-e-web/1680a86279>

Правни извори:

Draft Recommendation CM/Rec(20XX)XX of the Committee of Ministers to member states on countering the use of SLAPPs. Доступно на: <https://rm.coe.int/msi-slp-revised-draft-recommendation-on-slapps/1680aabaf88>

Европска конвенција за заштиту људских права (ЕКЗЉП). Превод на српски доступан на: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_srp

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ПАКТ). Закон о ратификацији Пакта доступан на: <https://www.minljmpdd.gov.rs/pakt.php>

Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded or abusive court proceedings (“Strategic lawsuits against public participation”), (COM(2022)0177 - C9-0161/2022 - 2022/0117(COD)), [https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_euroeenne/com/2022/0177/COM_COM\(2022\)0177_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_euroeenne/com/2022/0177/COM_COM(2022)0177_EN.pdf)

Закон о јавном информисању и медијима (ЗЈИМ). *Службени гласник РС*. Бр. 92 (2023)

Закон о облигационим односима (ЗОО). *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29 (1978), 39 (1985), 45 (1989) – одлука УСЈ и 57 (1989), *Службени лист СРЈ*. Бр. 31 (1993), *Службени лист СЦГ*. Бр. 1 (2003) – Уставна повеља и *Службени гласник РС*. Бр. 18 (2020)

Интернет извори:

CASE. How SLAPPs increasingly threaten democracy in Europe – new CASE report. <https://www.the-case.eu/latest/how-slapps-increasingly-threaten-democracy-in-europe-new-case-report/>, приступ: 22. 4. 2024.

Coalition Against SLAPPs in Europe (CASE). How SLAPPs increasingly threaten democracy in Europe – new CASE report. <https://www.the-case.eu/latest/how-slapps-increasingly-threaten-democracy-in-europe-new-case-report/>, приступ: 20. 4. 2024.

Council of Europe (Freedom of Expression). MSI-SLP Committee of Experts on Strategic Lawsuits against Public Participation, <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/msi-slp>, приступ: 25. 4. 2024.

European Parliament (Press Room: 11.11.2021). EU rules needed against abusive lawsuits targeting critical voices, <https://www.europarl.europa.eu/news/>

en/press-room/20211108IPR16838/eu-rules-needed-against-abusive-lawsuits-targeting-critical-voices, приступ: 24. 4. 2024.

European Parliament (Press Room: 27.02.2024). New EU rules to defend critical voices from judicial intimidation, <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240223IPR18074/new-eu-rules-to-defend-critical-voices-from-judicial-intimidation>, приступ: 24. 4. 2024.

<https://freedomhouse.org/report/freedom-world>

<https://freedomhouse.org/reports/freedom-world/freedom-world-research-methodology>

<https://www.coe.int/en/web/cepej>

<https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection#scorecard>

<https://www.freedomforum.org/anti-slapp-laws/>

Statističke tablice. Obrada rezultata merenja. Доступно на: https://www.chem.bg.ac.rs/~jvelicko/ORM_2016/Statisticke%20tablice.pdf

University of Amsterdam. Amsterdam law Clinics. <https://student.uva.nl/en/topics/amsterdam-law-clinics>, приступ: 26. 4. 2024.

Aleksandar Mojašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

**STRATEGIC LAWSUITS AGAINST PUBLIC PARTICIPATION
(SLAPP), DEMOCRATIC STATUS AND EFFICIENCY OF THE
JUDICIARY: COMPARATIVE STATISTICAL ANALYSIS**

Summary

Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPP lawsuits) are a legal tool for intimidating and silencing critical awareness. While their application was first and foremost recorded in the United States, over the last decade, they have generated significant attention of the professional and general public in Europe due to their constant growth. In 2024, this has led to the adoption of the anti-SLAPP Directive by the European Parliament. This paper examines the relationship between the increase in strategic lawsuits in selected European countries and their democratic status, examined on the basis of two indicators: media freedom and judicial independence. The author further investigates the relationship between the trend in the number of strategic lawsuits and judicial efficiency. The aim is to determine whether strategic lawsuits are characteristic of the countries with low democratic status (not-free or partly free countries), a low degree of media freedom and judicial independence, as well as the countries with inefficient courts and judicial procedures. To this effect, the author has conducted a statistical analysis, which indicates that strategic lawsuits are present in all countries, regardless of the level of development of democratic institutions, the state of media freedom, judicial independence, and the efficiency of the judiciary. Based on this finding, the author concludes by raising some questions which are to be addressed in further research into the social, political, and legal phenomenon of SLAPP lawsuits.

Keywords: *strategic lawsuits against public participation (SLAPP), democratic status, media freedom, judicial independence, judicial efficiency, comparative statistical analysis.*

UDK: 347.939(438)

UDK: 342.722(438)

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 17.09.2024.

Рад прихваћен: 08.10.2024.

Tadeusz Zembrzuski*, LL.D. Hab.,

Full Professor,

Faculty of Law and Administration,

University of Warsaw,

Republic of Poland

DOI:10.5937/zrpfm1-53520

ORCID 0000-0001-8239-6827

RESTRICTIONS TO THE PRINCIPLE OF OPENNESS IN POLISH CIVIL PROCEEDINGS

Abstract: *The principle of openness, considered one of the fundamental procedural rules, is deeply rooted in Polish law. It is considered a basic safeguard of securing proper and impartial justice, and due access to the judiciary. It has been legitimated under Article 45 (§ 1) of the Constitution of the Republic of Poland, pursuant to which everyone has the right to a fair and public hearing without undue delay by a competent, independent and impartial court of law. The mechanism is reflected in systemic legal provisions regarding the organisation of justice, as well as in the Code of Civil Procedure. While the nature of the principle of openness is not absolute, it has been formally and universally accepted that the rule shall be subjected to no restrictions in judicial proceedings. Contrary to the above, changes to Polish procedural law over the years have resulted in a condition wherein the exception has become a de facto rule. Contemporarily, there are options of adjudicating with the openness principle set aside not only with regard to formal or procedural matters but merits of the case as well. The article is intended to present the evolution of the principle of openness in judicial proceedings in Poland, as something akin to a warning to other states against the risk of undermining the essence of that principle despite the formal preservation of the standard in question on systemic and statutory levels alike.*

Keywords: *principles of judicial proceedings, principle of procedural openness, closed sessions, internal and external transparency, restrictions on the openness of proceedings.*

* zembrzuski@wpia.uw.edu.pl

1. Introduction

Contemporarily, the need for openness and transparency in how the judiciary and other entities responsible for performing public tasks operate should trigger no doubt in any European state, history, tradition, or legal culture. The prominence and importance of the principle of openness is evidenced by its placement in international law instruments. Both under Article 6 (§ 1) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹ and Article 14 (§ 1) of the International Covenant on Civil and Political Rights², everyone is entitled to a fair and public hearing of their case within a reasonable time by an independent and impartial tribunal (Dziurda, Gołąb, Zembrzuski, 2021: 24). The aforementioned principle is also of considerable importance in European Union law, as well as to the legislation of individual EU member states (Kościółek, 2018: 68), Poland having been one of them since 2004.

Pursuant to Article 45 (§ 1) of the Constitution of the Republic of Poland, everyone is entitled to a fair and public hearing of their case³ without undue delay by a competent, independent, impartial and autonomous court of law (Opaliński, 2019: 35). Regardless, the nature of the principle of openness is not absolute under Polish law. Pursuant to Article 45 of the Constitution of the Republic of Poland, judicial proceedings *in camera* may be decided upon for reasons of morality, state security, and public order, and/or for reasons of protecting private lives of parties to proceedings, or other significant public interests. In seeking an equilibrium amongst aforesaid interests, proper care was taken to ensure that guarantees of openness are reflected in systemic provisions⁴ regarding the organisation of the judiciary in Poland and procedural acts of law alike, the Code of Civil Procedure included⁵.

1 Drafted in Rome as of 4th November 1950.

2 Adopted by the General Assembly of the United Nations Organisation as of 16th December 1966.

3 Regulated in Article 61 of the Constitution of the Republic of Poland, the right to accessing information on how public authorities and public officials operate has been afforded dissimilar nature under Polish law.

4 Pursuant to Article 42 §2 of the Common Courts System Law of 27th July 2001 (consolidated text: *Journal of Laws* 2023, item 217, as amended), courts of law shall hear and resolve cases in open proceedings. Conversely, under Article 42 §3 of the same Law, hearing a case *in camera* or excluding procedural openness shall be allowable on basis of legal regulations only.

5 The Code of Civil Procedure of 17th November 1964 (consolidated text: *Journal of Laws* 2023, item 1550, as amended).

2. The principle of openness against the backdrop of other procedural principles

The principle of openness is pivotal to multiple areas of public life in Poland, as well as to Polish judicial law.⁶ Interconnections between the form of judicial proceedings and the constitutional organisation of the state and prevailing axiology are evident. Procedural law codification is based on fundamental structural principles arising from the essence of regulated law. Either derived from the tradition or spirit of law or stated intuitively, individual principles are occasionally challenging in terms of definition. Contemporary Polish civil law proceedings have been structured i.a. by principles of truth, equality of parties, adversarialism, disposability, and procedural formalism; the Code of Civil Procedure is usually described as liberal (Kruszelnicki, 1931: 476; Zembrzuski, 2018: 5). All aforementioned principles secure the robustness of procedural law while preventing its ageing; they establish and contribute to legal culture.

Referred to by jurists in assorted ways as a principle of transparency, clarity, or publicness, the principle of openness is also recognised as a primary procedural rule (Broniewicz, Marciniak, Kunicki, 2020: 84). The evolution of values over the years notwithstanding (Zembrzuski, 2023: 7), openness has been acknowledged as a principal guarantee of proper and impartial justice conforming to the rule of law (Richter, 1924: 1; Miszewski, 1933: 11). It defines the contemporaneous standard of the right to be heard before a court of law, and ought to be recognised in tandem with other procedural rights: right of directness, and right of oral argument; as issues of openness may be subject to amendment or restriction through the application of other principles, their importance is also recognised as structural. It may be pointed out by way of example that even if principles of procedural openness and hearing cases under civil law in open trial are exercised, the option of submitting written positions by parties to proceedings is gaining weight (Dziurda, 2022: 125). One would be hard-pressed to imagine the course of judicial proceedings without the filing of respective statements of claim and defence, and/or the occasional preparatory document, the exchange of which precedes the setting of a public hearing with intent to assess the merits of the claim.

3. Openness of judicial sessions – internal and external openness

A hearing in open court is the primary expression of the principle of transparency in the civil law procedure (Kościółek, 2017: 232). Two aspects of procedural openness are identifiable: internal and external (general) openness (Rylski, Zembrzuski, 2006: 83). Referencing parties and participants of judicial

⁶ Applicable to proceedings under civil as well as criminal law.

proceedings, internal openness constitutes an indispensable component of procedural justice (Gołąb, 2020: 96). It is expressed in procedural regulations concerning the sequence of notifying parties of the course of proceedings, affording them options to be heard and informed of the other party's position, to participate actively in all procedural steps, and to be informed of grounds for the court admitting or dismissing the original claim.

External openness concerns third parties, or the so-called publicness of proceedings (Flaga-Gieruszyńska, 2016: 13), tying in with the capacity to access information regarding the proceedings and their course. Reinforcing safeguards of transparency of judicial operations and public monitoring of courts of law, it has been designed to exclude the option of exercising clandestine justice.

The difference between proceeding in open court and *in camera* (Zembrzuski, 2021: 8) ties in with the openness of said sessions both to parties directly engaged in the course thereof and entities concerned with securing knowledge regarding the same (Zembrzuski, 2021: 177).⁷ Proceedings *in camera* are held in the absence of parties and/or their plenipotentiaries; potential access thereto may be granted only to summoned individuals (Article 152 §3 of the Code of Civil Procedure). The essence of closed (*in camera*) proceedings is irreconcilable with the right to have a case heard in open court, said right duly secured in the Constitution of the Republic of Poland. Yet, it is assumed that under specific circumstances, the presence of parties to proceedings is not essential (Miszewski, 1933: 15), and that they may be notified of the outcome of proceedings through duly served rulings.

Closed court sessions recognised as open proceedings are distinct in nature.⁸ Such sessions may be attended by i.a. parties, their statutory representatives and plenipotentiaries, and two trusted persons appointed by each of the parties to judicial proceedings. Designating judicial proceedings as closed court sessions depends on the circumstances specified in the act of law. A court of law shall exclude external openness *ex officio*, should hearing a case in public constitute a threat to public order or morality, and/or if circumstances subject to classified information protection could be disclosed as a result. The court shall also be bound by a motion filed by a party to proceedings, if circumstances constituting a business (trade) secret could be disclosed otherwise. The court has the facultative right to proceed *in camera* pursuant to a motion filed by a party to proceedings, should grounds specified by said party be considered justified, and/or should family life details be examined.

⁷ Admission to open judicial sessions is granted to unarmed persons of age (bringing weapons, ammunition and/or other hazardous implements into judicial buildings is prohibited). Furthermore, any person in a condition in disaccord with solemnity of the court will be refused presence at judicial activities.

⁸ While restricting external openness.

Requiring examination of cases under civil law in open hearings concerns both aforementioned aspects of openness (Uliasz, 2019: 73). Examining cases under civil law in the presence of parties to proceedings and the public is a model solution. Excluding procedural openness shall be allowable in light of enumerative circumstances specified in legal provisions only (Gudowski, 2017: 119). Jurists generally agree that the matter should be subject to a comprehensive statutory regulation, whereby the scope of possible derogations from the principle of openness may be more extensive for external than internal disclosure openness.

4. The principle of open proceedings in civil procedural law provisions

Decisions to proceed in open court are made primarily with intent to try the case while allowing parties to present their positions with regard to the disputed issue or specific formal matter before a court of law (Zembrzuski, 2021: 8). Polish procedural law presumes that all judicial proceedings shall be held in open court; adjudicating courts are thus expected to hear civil law cases in trial.

In the Code of Civil Procedure (hereinafter: the CCP), the principle of openness has been reflected in Article 9 (the introductory title of general provisions) and 148 § 1 (included among provisions regulating issues of judicial sessions). Article 148 §1 of the CCP reads that “*unless a detailed provision specifies otherwise, judicial sessions shall be open, adjudicating courts examining all cases during hearings*”. The provision concerns adjudication with regard to the justifiability of the action (merit of the dispute). Conversely, pursuant to Article 148 §3 of the CCP, courts may pass decisions (rulings on formal and procedural matters) in closed session. Notwithstanding the above, the mechanism provided for under Article 148 §2 of the CCP has to be accounted for as allowing the court to decide to the effect of moving any case to open session, and holding a hearing even if the given case could have been examined with the principle of openness excluded⁹ (Kostwiński, 2019: 304).

Openness of judicial proceedings is primarily typical for litigious proceedings under civil law, the matter regulated differently for cases examined in non-litigious proceedings. Pursuant to Article 514 §1 of the CCP, hearings are to be held in cases distinctly identified in legal provisions. In all other cases, the court decides whether a case will be heard in open trial.¹⁰

9 With the exception of circumstances of issuing an order of payment. Respective adjudication is allowable in closed court only.

10 While not holding a formal trial, prior to examining a case, the court may hear participants in a judicial session, or demand that statements be submitted in writing.

The openness of enforcement proceedings – an executive stage of proceeding in civil law cases – is even more restricted in nature. In view of the diverse functions and purposes of judicial enforcement (Zembrzuski, 2022: 815), a specific solution has been adopted: courts of law will examine enforcement cases in closed session, unless there is a need for a trial – or for hearing parties to proceedings or other persons (Article 766 of the CCP).

5. Restrictions to the principle of openness

Changes involving the introduction of multiple derogations from the principle of openness in civil law proceedings have been observable in Poland over recent years. The 2019 reconstruction of the general norm ensconced in Article 148 of the Code of Civil Procedure¹¹ with regard to the scope of resorting to *in camera* proceedings was of particular importance. Pursuant to the aforesaid amendments, the structure allowing the court to rule in closed session if explicitly allowed by legal regulations only was abolished. The casuistically specified forum authorised to rule *in camera* (*numerus clausus*) was replaced with general judicial authority to issue any decision while side-stepping internal transparency (Zembrzuski, 2021: 13). Examining a specific litigious matter *in camera* is entirely different to introducing a rule of admissibility for passing any decision in closed session. The statutory rule regarding issues of openness in judicial proceedings has been completely reversed (Gołąb, 2020: 98). This gave rise to grave doubt whether constitutional safeguards of the right to have a case heard in open trial are still respected in proceedings under civil law (Walasik, 2017: 850).

Polish procedural law has introduced a broad spectrum of options for adjudicating *in camera*, extending beyond formal and procedural matters and/or interlocutory cases, and including merits of the case. These options are not limited to issuing aggregate decisions in *ex parte* dispute reversal-based proceedings or other so-called accelerated separate proceedings (Cieślak, 2011: 87; Zembrzuski, 2017: 543), such as payment order or writ-of-payment proceedings, simplified European payment order or European Small Claims procedures, or electronic writ-of-payment proceedings.¹² The admissibility of ruling *in camera* despite a preceding trial is the controversial point of contention, given the increased risk of moving the act of passing actual judicial decisions outside trial format. The natural trial-ruling interrelation may be severed, the activeness of parties and their direct influence on the course and outcome of proceedings distinctly undermined.

¹¹ Law of 4th July 2019 on amending the Code of Civil Procedure and selected other laws (*Journal of Laws* 2019, item 1469).

¹² Such solutions are typically found in the legislations of multiple European states.

The greatest objections by far have been triggered by a mechanism affording courts of law the capacity to issue a judgement *in camera* not only under conditions of the defendant having acknowledged the claim but also should the court conclude (once all pleadings and other documents have been submitted by respective parties), in view of all claims and motions for evidence filed, that a hearing is not essential (Article 148¹ §1 of the CCP) (Mendrek, 2017: 366; Ski-bińska, 2018: 151), in which case the scope of discretion is extremely extensive. Notably, while a party to proceedings may render the use of said mechanism inapplicable by including a motion to be heard in trial in its first pleading, that party will thus be required to take specific action, knowledge of procedural law standards notwithstanding.

The possibility of dismissing a claim in closed session in case the court finds to the effect of its blatant unjustifiability has triggered controversy as well. Pursuant to Article 191¹ of the Code of Civil Procedure, a negative substantive ruling may be passed should the court conclude – on basis of the content of the suit, in view of enclosures or circumstances of the suit having been filed, and/or common knowledge, or facts known to the judiciary *ex officio* – that claim unfoundedness is blatant. Under such circumstances, rather than serving the party identified as the defendant with a subpoena, the case will be examined in such entity's absence. The position of the other party is in no consequence under such conditions since the legislator believes there is no need to notify the said party that proceedings have been initiated. While the principle of openness has in this particular case been excluded with intent to simplify and accelerate proceedings in *prima facie* suits meriting no recognition, such exclusion does carry a threat of breaching fair trial standards (Błaszczak, 2021: 351). Some scholars refer to it as something akin to “*suit short-cuts*” (Zembrzuski, 2021: 169).

Even more extensive restrictions to the principle of openness are observable at the stage of examining measures of appeal designed to monitor judicial rulings. Appellate proceedings allow for cases to be heard in closed session, should a hearing be deemed non-essential (Article 374 of the CCP) (Zembrzuski, 2019: 55). Excluding the principle of openness in appellate proceedings is not possible, once a party to appellate proceedings or responding to an appeal files a pertinent motion (Kościółek, 2019: 1161). Having observed judicial practice, one can only reach the rather pessimistic conclusion that, in reality, the principle of examining appeals *in camera* prevails (Rylski, 2020: 133).

Conversely cassation complaint proceedings (categorised as extraordinary proceedings) before the Supreme Court are typically held *in camera*, hearings an exception rather than the rule (Zembrzuski, 2011: 458). The above pertains to circumstances involving a significant legal matter having been identified in a given case, the claimant having submitted a cassation complaint including a motion for its examination during a hearing. Regardless of such

motions, the Supreme Court may conclude that other factors are of importance to a decision in favour of having the measure of appeal examined in open trial (Article 398ⁿ §1 of the CCP).

Both the herein-presented review of exceptions introduced over the years and a scrutiny of trends in procedural law transformation in Poland allow a conclusion that, albeit formally safeguarded in the Polish Constitution and affirmed in systemic and procedural provisions, the principle of openness in civil law proceedings has become superficial.

6. In closing

As emphasised herein, the principle of openness is by no means an absolute in Polish judicial proceedings. Supporters of respecting the principle in full will have to come to terms with the fact that the Constitution of the Republic of Poland and international legislation highlight the importance of openness in proceedings as well as the need for adjudication within a reasonable timeframe. One ought to further take into account that the principle of openness does not necessarily have to be exercised with identical intensity at every stage or phase of judicial proceedings.

Tying in with unfavourable statistics and the ever-extending court procedures, appeals for the swiftness and expedience of judicial proceedings have become pivotal in Poland in recent years. As a result, the principle of openness in judicial proceedings and related principle of oral argument have distinctly dwindled. Every procedural mechanism precluding the attendance of parties at trial and their right to have their oral argumentation heard undermines the constitutional principle of transparency. People in Poland seem to have forgotten that while swiftness is a value to be considered when moulding procedural structures, it should only be considered if not in collision with the right to a fair trial.

While provisions of the Constitution of the Republic of Poland have not been amended and the principle of openness not eliminated from the catalogue of primary rules of proceeding, an analysis of all legal solutions and scrutiny of judicial practice yields a conclusion that transparency of judicial proceedings is occasionally underestimated. Passing all decisions (rulings in formal matters) *in camera* devalues and undermines the rank and role of openness in civil proceedings and throughout the legal system. The public nature of judicial proceedings should not be reduced to formal declarations only, as the field tends to be subject to restrictions depending on the ebb and flow of needs and expectations. Eliminating the principle of openness from civil law proceedings in its entirety is fortunately impossible.

Preserving something akin to an equilibrium between the values and principles of procedural law is mandatory for the legislator and adjudicating practice alike (Rylski, Zembrzuski, 2006: 106). The upkeep of mechanisms following the principle of openness in judicial proceedings, designed to offer protection against possible errors and/or abuse on behalf of authorities, will not suffice. Any violations to the openness of proceedings in specific cases, taking on the form of unlawful examination in closed session, ought to be criticised. In particular, no justification should be sought for any breach of internal transparency, potentially resulting in a party being deprived of the capacity to defend its rights (Zembrzuski, 2017: 235). Polish procedural law qualifies such circumstances as the materialisation of grounds for nullity of proceedings (Zembrzuski, 2017: 235), in turn tying in with a necessity to annul the related judgement and seek re-trial.

Having the principle of openness restored ought to be postulated in Poland, the intent extending beyond the removal of controversial solutions introduced over recent years. Chances for the above would be significantly improved by a well-examined and consistent computerisation of legal proceedings, in the field of the ever-more popular remote court hearings in particular (Zembrzuski, 2023: 140). Remote hearings allow oral argumentation by parties and their plenipotentiaries, as well as evaluation of evidence (preparatory inquiries). Remote court hearings can distinctly improve the chances for a renaissance of the principle of openness of proceedings in Polish procedural law.

References

- Błaszczak, Ł. (2021). *Powództwo oczywiście bezzasadne* (art. 191¹k.p.c.). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Broniewicz, W., Marciniak, A., Kunicki, I. (2020). *Postępowanie cywilne w zarysie*, Warszawa: Wolters Kluwer.
- Cieślak, S. (2011). System postępowań przyspieszonych w procesie cywilnym po zmianach Kodeksu postępowania cywilnego wprowadzonych w życie w latach 2008–2010. In: Gudowski, J., Weitz, K. (ed.), *Aurea Praxis Aurea Theoria*. Księga pamiątkowa ku czci profesora Tadeusza Erecińskiego. vol. 1. (pp. 87-106). Warszawa: LexisNexis.
- Dziurda, M. (2022). Czy nadchodzi zmierzch zasady ustności w postępowaniu cywilnym?. *Polski Proces Cywilny*. 1. 125–148.
- Dziurda, M., Gołąb, A., Zembrzuski, T. (2021). European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Impact on Polish Law Development. *Access to Justice in Eastern Europe*. 1. 24-60

Flaga-Gieruszyńska, K. (2016). Jawność zewnętrzna procesu cywilnego – wizja przyszłości. In: Gil, D., Kruk, E. (ed.), *Zasada postępowania sądowych w perspektywie ostatnich nowelizacji* (pp. 13-28). Lublin: Wydawnictwo KUL.

Gołąb, A. (2020). Wybrane aspekty zasady jawności w świetle nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019. In Rylski, P. (ed.), *Reforma czy kolejna nowelizacja? Uwagi na tle ustawy z 4.7.2019 r. zmieniającej KPC* (pp. 95-129). Warszawa: C.H. Beck.

Gudowski, J. (2017). Laserunkowość postępowania cywilnego. In Laskowska-Hulisz, A., May, J., Mrówczyński, M. (ed.), *Honeste Procedere*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu (pp. 119-129). Warszawa: Wolters Kluwer.

Kostwiński, M. (2019). Merytoryczne rozpoznanie sprawy w procesie cywilnym w ramach konstrukcji odwrócenia sporu. Warszawa: C.H. Beck.

Kościółek, A. (2019). Regulacja prawna apelacji w świetle nowelizacji KPC. *Monitor Prawniczy*. 21. 1157-1165.

Kościółek, A. (2017). Rozpoznawanie spraw na posiedzeniu niejawnym. In Tomalak, M. (ed.), *Ius est a iustitia appellatum*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu (pp. 232-241). Warszawa: Wolters Kluwer.

Kościółek, A. (2018). Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kruszelnicki, Ś. (1931). Zasady procesu cywilnego według polskiej procedury cywilnej. *Głos Sądownictwa*. 9. 470-482.

Mendrek, A. (2017). Wyrokowanie na posiedzeniu niejawnym – zagadnienia wybrane. In Tomalak, M. (ed.), *Ius est a iustitia appellatum*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu (pp. 364-387). Warszawa: Wolters Kluwer.

Miszewski, W. (1933). Jawność w procesie cywilnym w związku z przepisami kodeksu postępowania cywilnego. *Nowy Proces Cywilny*. 1. 11-18.

Opaliński, B. (2019). Dostęp do informacji publicznej jako emanacja zasady jawności życia publicznego. *Przegląd Prawa Publicznego*. 7-8. 35-43.

Richter, M. (1924). O ustność i jawność. *Głos Prawa*. 5. 1-7.

Rylski, P. (2020). Zmiany w przepisach o postępowaniu apelacyjnym w świetle modelu apelacji cywilnej. *Polski Proces Cywilny*. 1. 119-142.

Rylski, P., Zembrzuski, T. (2006). Rozpoznawanie spraw cywilnych na posiedzeniu niejawnym. *Przegląd Sądowy*. 6. 83-108.

Skibińska, M. (2018). Rozpoznanie i rozstrzygnięcie sprawy cywilnej na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 148¹ KPC w świetle zasad postępowania cywilnego i treści art. 5 KPC. In Barańska, A., Cieślak, S. (ed.), *Ars in vita. Ars in iure*. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Jankowskiemu (pp. 151-170). Warszawa: C.H. Beck.

Uliasz, M. (2019), *Zasada jawności sądowego postępowania egzekucyjnego w dobie informatyzacji*. Warszawa: CH. Beck.

Walasik, M. (2017). Konstytucyjna koncepcja sądowego wymiaru sprawiedliwości. In Laskowska-Hulisz, A., May, J., Mrówczyński, M. (ed.), *Honeste Procedere*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu (pp. 835-865). Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2017). Brak podstaw do wydania nakazu zapłaty w postępowaniu nakazowym a nadanie sprawie biegu. In Laskowska-Hulisz, A., May, J., Mrówczyński, M. (ed.), *Honeste Procedere*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Kazimierzowi Lubińskiemu (pp. 543-558). Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2019). Dokąd zmierza apelacja w postępowaniu cywilnym. *Przegląd Sądowy*. 7-8. 47-71.

Zembrzuski, T. (2018). Formalizm procesowy a skutki wadliwego oznaczenia pisma procesowego spełniającego wymagania środka zaskarżenia. *Przegląd Sądowy*. 1. 5-22.

Zembrzuski T. (2022). Funkcje i cele egzekucji sądowej. In Jagieła, J., Kulski, R. (ed.), *Symbolae Andreae Marciniak dedicatae* (pp. 815-825). Warszawa: C.H. Beck.

Zembrzuski, T. (2017). *Nieważność postępowania w procesie cywilnym*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2021). Ograniczenia jawności postępowania w sprawach cywilnych w dobie pandemii – potrzeba chwili czy trwałe rozwiązania?. *Forum Prawnicze*. 3. 4-18.

Zembrzuski, T. (2021). Powództwo oczywiście bezzasadne a dostęp do ochrony prawnej w postępowaniu cywilnym. In Flaga-Gieruszyńska, K., Flejszar, R., Marszałkowska-Krześ, E. (ed.), *Dostęp do ochrony prawnej w sądowym postępowaniu cywilnym* (pp. 169-188). Warszawa: C.H. Beck.

Zembrzuski, T. (2017). Pozbawienie możliwości obrony praw strony w orzecznictwie Sądu Najwyższego In Tomalak, M. (ed.), *Ius est a iustitia appellatum*. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu (pp. 573-608). Warszawa: Wolters Kluwer.

Zembrzuski, T. (2023), *Prawda jako wartość sprawiedliwego procesu*, *Przegląd Sądowy*. 7-8. 7-20.

Zembrzuski T. (2023). Remote Court Hearings in Polish Judicial Civil Proceedings – Manifestation of Justice or Aftermath of the Epidemic?. In: Ciobanu, R., Mocanu, V., Iordanov, I.R., Creciun, N. (ed.), *The State, Security and Human Rights in the Digital Era*. (pp. 140-150). Chişinău: Universitatea de Stat din Moldova.

Zembrzuski, T. (2011). *Skarga kasacyjna. Dostępność w postępowaniu cywilnym*. Warszawa: LexiNexis.

Legal acts

The Constitution of the Republic of Poland of April 2nd 1997 (*Journal of Laws* No. 78, item 483); <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

The Code of Civil Procedure of November 17th 1964; available at <https://www.global-regulation.com/translation/poland/7049655/act-of-17-november-1964%252c-the-code-of-civil-procedure.html>

Др Тадеуш Зембрзуски,
Редовни професор,
Факултет права и администрације, Универзитет у Варшави,
Република Пољска

ОГРАНИЧЕЊА НАЧЕЛА ЈАВНОСТИ У ПОЉСКОМ ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ

Резиме

Као једно од основних процесних начела, начело јавности поступка је дубоко укоренено у пољском праву. Сматра се да овај принцип представља основни механизам заштите правичности и непристрасности судског поступка, као и приступа правосуђу. Према члану 45 (став 1) Устава Републике Пољске, свако има право на правичну и јавну расправу, без непотребног одлагања, пред надлежним, независним и непристрасним судом. Овај механизам је регулисан у системским одредбама закона о организацији правосуђа, као и Законика о парничном поступку. Иако начело јавности поступка није апсолутно, универзално и формалноправно је прихваћен став да ово начело неће бити предмет ограничења у судским поступцима. Међутим, изменама пољског процесног закона изузетак је постепено постао *de facto* правило. Тренутно постоје законска решења која искључују примену принципа јавности, не само поводом одлучивања о формалним или процесним питањима већ и у погледу меритума. Овај рад има за циљ да представи еволуцију принципа јавности у правосудним поступцима у Пољској, што би требало да послужи као нека врста упозорења другим државама на потенцијалну опасност од подривања суштине овог принципа упркос формалном очувању стандарда како на системском нивоу тако и на нивоу индивидуалних закона.

Кључне речи: начела судског поступка, начело јавности поступка, затворене седнице, интерна и екстерна транспарентност, ограничења начела јавности поступка.

UDK: 347.734

UDK: 336.74

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 14.08.2024.

Рад прихваћен: 26.08.2024.

Др Марко Димитријевић,*

Ванредни професор,

Правни факултет, Универзитет у Нишу

Република Србија

DOI:10.5937/zgrfn1-52766

ORCID 0000-0003-4406-9467

ПРИНЦИПИ МОНЕТАРНОГ ПРАВА: КЛАСИЧНИ VS САВРЕМЕНИ ПРИСТУП**

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте утврђивање значаја, вредности и домаћаја принципа монетарног права кроз призму сагледавања њиховог првобитног поља примене и друштвене оправданости у периоду раног развоја, а потом и коначно естаблирања ове позитивноправне гране правног поретка који су несумњиво одредили аксиологију и потврдили цеклиходност академског и практичног изучавања ове научне дисциплине. У наставку рада се критички сагледавају тезе о (не)одрживости првобитних принципа (*lex monetae*) у данашњим монетарним токовима који се све више ослањају на употребу дигиталних технологија и предности финансијских иновација, што према мишљењу аутора, намеће питање редефинисања форме, садржине и домаћаја принципа *lex monetae* у циљу одржавања монетарне стабилности као јавног добра, али и очувања монетарног суверенитета који штити централна банка као врхована монетарна институција.

Кључне речи: монетарно право, монетарна јурисдикција, монетарни кредибилитет, *lex monetae*.

* markod1985@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 5.2.2024. године.

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу 19–20. априла 2024. године.

1. Увод

Првобитни принципи монетарног права представљају израз и рефлексију тадашњег степена свести монетарног законодавца о томе како се на најбољи могући начин може остварити правна регулација монетарних односа у најширем значењу те речи, односно о томе како треба регулисати рад централне банке као врховне монетарне институције која својим радом и легислативом гарантује, чува и унапређује монетарну стабилност. Генерално посматрано, принципе монетарног законодавства у свакој епохи *можемо посматрати* као својеврсни одраз тежњи и хтења монетарног законодавца да обезбеди потребан степен предвидивости монетарног трансмисионог механизма у највећој могућој мери, и тиме уједно сачува монетарну стабилност, са једне стране, али и његову потребу да заштити права монетарних корисника на чврсту, сигурну и стабилну валуту у унутрашњем промету, али и тежњу да обезбеди њен кредибилитет (престиж) у међународним монетарним односима, са друге стране. У другој наведеној тежњи *можемо приметити* и поставке идеала о домаћој валути као светској валути, где услед препознавања сигурности плаћања од стране уговорних партнера у конкретној валути једне монетарне јурисдикције та иста валута постаје битан елемент код закључивања међународних економских уговора (јер се цена као битан елемент уговора уговора у тој валути). Принципи у монетарном праву истовремено означавају стања (односно стварна својства правног система), али и идеале (жељене циљеве тј. узоре) и вредности правног система, који нису никада потпуно остварени, али им законодавац (са мањим или већим успехом) тежи. Делује неупитно да су првобитни принципи монетарног права били обликовани потребама (изазовима и проблемима) националног монетарног система, односно, настојањима монетарног законодавца да обезбеди монетарну стабилност домаћег привредног система, као и жељом да се ојача поверење грађана у домаћи новац, нарочито у сегменту зајмовног капитала.

Морамо нагласити да су правни принципи раног (класичног) монетарног права обликовани у времену у коме није било развијених монетарних унија (које данас стварају и сопствено право, што се најбоље уочава на примеру Европске монетарне уније) и интензивне либерализације међународних економских и финансијских токова, због чега тада није било ни назнака екстериторијалних ефеката ових принципа. Њихово просторно важење је било детерминисано подручјем државе на чијој територији централна банка регулише сва питања у вези са проблематиком новца и новчаних односа. Почетак испољавања екстериторијалних ефеката принципа монетарног права, који су деценијама уназад били

предмет искључивог регулисања националног монетарног права, долази у фокус међународне монетарноправне регулативе оног тренутка када су принципи остварили своје горе поменуте функције у земљама које су се услед тога у погледу економске развијености (али и културе и морала монетарних субјеката) одвојиле од остатка света, када уједно започиње и њихова амбициозна борба за успостављање економске доминације на светском тржишту. Дејство екстериторијалних ефеката се у пракси огледа у томе да монетарни законодавац приликом доношења домаће легислативе у обзир узима решења која постоје у упоредном праву или монетарним унијама чијем чланству претендује. Ипак, без обзира на наведено, монетарно право, *према нашем мишљењу*, никада није могло бити укалупљено у технократске апарате државног бирократизма јер сама природа и порекло монетарног суверенитета не дозвољава такво поједностављено и пуко административно поимање његове суштине. У сагледавању проблематике принципа монетарног права, неопходно је да се присетимо чињенице да је концепт монетарног суверенитета старији од политичког суверенитета чији је конститутивни елемент и да је као такав иманентан људској природи, што само потврђује тезу о његовој повезаности са човеком, његовим духом и унутрашњим хтењима, што данас можда најочљивије можемо сагледати на примеру деловања информационих технологија на рад централних банака, о чему ће бити речи у наставку рада.

Дакле, суштина монетарног права, *према нашем мишљењу*, јесте била и даље ће бити нераскидиво везана за сврсисходност (додали бисмо и животност) његових норми које се обликују, примењују, мењају и укидају да би допринеле квалитетнијем и достојанственом животу свих грађана (што потврђује општеприсутна тенденција позиционирања јавног монетарног менаџмента на хуманијем приступу који води рачуна о култури и очувању фундаменталних права грађана (Димитријевић, 2024: 7–21). На тај начин, норме и принципи монетарног права драгоцене бивају ослобођени апстрактне аксиолошке матрице централног банкарства коју већина људи неће разумети (и услед чега им се њихов рад дуго времена чинио тако удаљеним, недовољно јасним, чак и помало мистичним, што је било пропраћено и идејом о „недодирљивости“ централних банака и непостојањем јасне одштетне одговорности, што је данас реликт монетарноправне историје). Принцип владавине права, монетарни спорови (који се воде од стране и против централних банка због одговорности у раду) и допринос омбудсмана демократскијем монетарном управљању говоре у прилог томе да су принципи монетарног права квази-технократски, јер иако је првобитна идеја била да се њима

чува монетарна стабилност она *per se* не значи ништа ако нема (довољно) грађана који у томе могу уживати (Димитријевић, 2023: 150–160).

Такође, делује да је утицај човекових технолошких достигнућа на актуелни монетарноправни дискурс донекле увек био очекиван и логичан след околности услед изразито комодетног карактера новца и постулата потрошачког друштва, јер сва технолошка достигнућа пролазе и добијају одређени степен валоризације на тржишту, односно, налазе се у функцији потпунијег задовољавања различитих тржишних преференција. То се најбоље може уочити и разумети на примеру прво индустријске, а потом и технолошке револуције, које не само да су мењале начин на који грађани реализују своје куповне престације већ су имплицирале и одговарајућу адаптацију постојећих правних правила уз етаблирање неких нових (подеснијих) у оквиру различитих правних дисциплина које су са таквим прогресима имале мање или више изражен посредни или непосредни утицај (где је монетарно право са правом централних банака можда бивало и највише изложено утицају технолошког прогреса због везе са финансијским технологијама). Сва техничко-технолошка достигнућа људске цивилизације су имала свој одјек и у теоријама које се баве правним дефинисањем новца, како државне (институционалне) теорије, тако и друштвене теорије новца.

Занимљиво је приметити да иако друштвена теорија новца није званично нашла своје место у уставним текстовима, у пракси као да делује готово на начин *de jure*, јер и поред ексклузивног монополског права државе да одреди званичну новчану јединицу на својој територији, грађани понекад могу више вере поклонити другим валутама (у монетарној историји је таквих примера било током оружаних сукоба, периода хиперинфлације и урушавања монетарног система који губи свој углед, што су последице које се тешко исправљају и дуго се задржавају у свести монетарних корисника). То на један специфичан начин говори о томе да у науци и пракси монетарног права није, рекли бисмо, понекад довољно шта право одређује као новац и даје му таква својства (што јесте нужан али не и довољан услов), већ и шта грађани желе да користе као новац (и да ли прихватају завичну валуту), где њихов избор не би требао бити дијаметрално другачији од ставова државе која то право обликује јер може доћи до пружања отпора у том процесу па новац може остати без корисника и одсуства монетарног кредибилитета. У том процесу став грађана о званичној валути намеће се као услов прихватања једне новчане јединице у монетарном саобраћају. Појава приватног дигиталног новца можда најбоље доказује човеково готово исконско интересовање за новац, и тиме уједно говори о својеврсном зрну монетарног суверенитета утакном у његовој личности, што га одваја од

свих осталих конститутивних облика политичког суверенитета и даје му изразито прагматичну димензију (па самим тим и принципима даје једну људску ноту и безмало их трансформише у раван осећаја).

2. Финансијски инжењеринг (енг. *fintech*) и савремена монетарна легислатива

Употреба информационих и дигиталних технологија на тржишту финансијских услуга је заједно са процесом масовног прикупљања и складиштења електронских података утицала на појаву тзв. финансијских технологија (енг. *fintech*) које су промениле начин на који учесници на финансијском тржишту задовољавају своје услуге, али условиле и настанак неких нових услуга повећавајући притом број тржишних посредника, што се најбоље може приметити кроз ефекте групног финансирања (где се путем онлајн платформи обезбеђује сигурно финансирање одређених пројеката прикупљањем мањих износа од стране већег броја учесника) и тзв. групног позајмљивања (енг. *crowdfunding*), где се путем специјализованих онлајн платформи обезбеђује сигурно, законито и поуздано позајмљивање новца (Arner et Al, 2020: 73–76). Све интензивнији процес коришћења ових технологија је утицао и на појаву *два значајна тренда*: првог, који се тиче брзине промена на финансијском тржишту, проузрокованим ефектом комодизације или комодификације технологија као процеса стварања нових добара и услуга уз помоћ технологија, и; другог, који се тиче повећаног броја и различитости нових учесника финансијског сектора какве су телекомуникационе и софтверске компаније. Употреба финансијских технологија је уједно омогућила улазак на тржиште великих технолошких компанија које, услед своје делатности која се односи на процес прикупљања података у великим размерама, релативно брзо могу да стекну водећи, па и контролни положај на финансијском тржишту (где сценарио у коме се оне појављују као издаваоци приватног дигиталног новца може озбиљно редефинисати уврежена схватања о монополском праву централне банке за емисију новца). У већини случајева, ове компаније имају значајну технолошку предност у односу на остале учеснике на финансијском тржишту и често омогућавају делатности које се тичу претрага интернет сервиса (за потребе електронске трговине или друштвених мрежа) путем којих друге компаније нуде своје услуге. Значајно је истаћи да се правно регулисање ових технологија тренутно развија и кроз норме обичајног права које ће се временом вероватно претворити у посебна правна правила и да тај пут нормативног регулисања доста наликује развојном путу *lex mercatoria* (Цветковић, 2020: 127–144).

Основни разлог примене финансијских технологија огледа се у чињеници да се њима могу умањити или у потпуности избећи одређене неефикасности у процесу настанка, регистрација и трансфера различитих облика финансијске имовине, укључујући и готов (класичан) новац на начин који гарантује брзо, трошковно ефикасно и легитимно пружање финансијских услуга. Генерално посматрано, употреба финансијских технологија са собом доноси одређене користи, али и одређене ризике (Athanasiou, 2018: 315). Користи и трошкови су заиста вишеструки и могу се односити, тј. процењивати у односу на потрошаче, финансијске посреднике и државне регулаторе (где можемо сврстати и централне банке). Употреба финансијских технологија је посебно значајна потрошачима, како крајњим, тако и оним који се појављују у улози препродаваца услуга, јер им се омогућава да посредством платформи, којима лако могу приступити преко мобилних телефона и рачунара, на трошковно ефикасан начин имају приступ финансијским услугама, што истовремено јача конкуренцију између постојећих посредника који те услуге гарантују и омогућава улазак нових у грану, што подстиче тзв. транснационалну једноставност (јер се услуге реализују онлајн), уз истовремено јачање поверења са друге стране. Употреба технологија доноси нове могућности за пословање финансијским посредницима на тржишту (превасходно банкама), јер путем дигиталних платформи могу смањити своје оперативне трошкове и значајно проширити домет својих услуга, односно повећати број њихових корисника. Коначно, користи од употребе дигиталних технологија може имати и сам јавни регулатор (централна банка), који не само да регулише различите сегменте платног система већ мора и да подстиче иновације и повећава степен конкурентности. Употреба ових платформи би, такође, олакшала вршење надзорне улоге централних банака, која се по природи ствари заснива на прикупљању велике количине података о понашању тржишних учесника, као и повећање сарадње између субјеката који учествују у том поступку, што би у крајњој мери пружило виши степен транспарентности читавом процесу.

Недостаци употребе финансијских технологија наспрам купаца обухватају губитак поверења и проблем заштите права на приватност осетљивих података који се уносе у платформе. Ризик за банке као најзначајније финансијске посреднике на тржишту се огледа у умањеном интензитету кредитне функције, јер се повећава број нових посредника у виду дигиталних платформи кроз које се реализују поменуте функције, што у крајњој линији може деловати девастивно на већ стечену културу и обрасце понашања учесника на финансијском тржишту (а у најгорем сценарију чак и обесмислити рад пословних банака). Ризици са којима

се суочавају регулатори се везују са изазове интероперабилности, сајбер претње, развијања модела за утврђивање одговорности и дефинисања јасне надлежности инстанци које би се бавиле заштитом различитих питања код употребе финансијских технологија у пракси. Посебан регулаторни ризик за законодавца се огледа у чињеници да би улогу и посредовању добили субјекти који нису организовани, нити послују као банке, па самим тим за њих не би ни важила постојећа банкарска и монетарна регулатива, што значи усвајање нове регулативе уз прилагођавање постојеће, што може евентуално релативизовати правну сугурност и добре пословне обичаје који су претходно већ били устаљени.

Појава криптовалута је утицала на то да се јавни регулатори широм света суочавају са изазовом постизања равнотеже између потребе да се на адекватан начин регулише нова појава, али не науштрб иновација, тј. подстицања иновација и заузимања избалансираног регулаторног става у погледу нових технологија (Голубовић, Димитријевић, 2022: 120). Док су неки већ постојећи ризици у финансијском систему инхерентни карактеристикама савремених облика финансијског посредовања (какав је ризик коришћења у сврхе прања новца), употреба нових технологија имплицира потребу благовременог препознавања нових ризика који су специфични за саме дигиталне валуте (Јованић, 2020: 131). У обликовању стратегије управљања новим ризицима важно је утврдити до ког степена је постојећа регулатива која се примењује на тренутне финансијске инструменте применљива и подесна код нових облика дигиталне имовине, где се многе земље опредељују за тзв. приступ „чекај и види“ (енг. wait and see) у циљу обезбеђивања додатног времена за паметно осмишљавање нове регулативе за контролу ризика. Такође, приступ држава у дозвољавању њихове употребе може бити другачији у пракси зависно од фактора монетарне традиције, али свакако, потпуна забрана коришћења криптовалута као једног најзаступљенијег облика криптоимовине може у извесном смислу значити и непоштовање члана 1 Првог протокола Европске конвенције о људским правима (за оне земље које су је ратификовале), јер би потпуна забрана њеног коришћења истовремено значила депривацију имовине, тј. власништва (Fox, Green, 2019: 52–53). Приступ који законодавац има у погледу регулисања тржишта криптоимовине је различит, јер услед непостојања глобалних правила о структури и облицима криптоимовине, већина држава показује велики степен опрезности у регулисању овог феномена. Такође, адекватно регулисање криптоимовине (под коју, између осталог, потпадају и криптовалуте) захтева и претходно дефинисање криптотржишта где, такође, постоје значајне недоумице у погледу његових обележја и дефиниције, изузев сегмента који се тиче јединственог приступа у

регулисању ризика прања новца и сузбијања финансирања тероризма путем криптовалута. Најбољи показатељ значаја дигиталних иновација на финансијском тржишту јесте Уредба ЕУ о криптоимовини, којом се јасно утврђује оквир за развој тржишта криптоимовина на начин који истовремено ствара правну сигурност, штити потрошаче и подстиче иновације (Regulation 2023/1114). Уредбом су, први пут, јасно утврђени захтеви у погледу транспарентности и објављивања за издавање, јавну понуду и укључење криптоимовине на платформама које се баве њиховом трговином, као и захтеви за одобрење, рад и надзор пружаоца услуга повезаних с криптоимовином, издаваоца токена везаних уз имовину и издаваоца платних токена (е-токена).

Мишљења смо да је одређивање монетарноправног третмана криптовалута као значајног облика криптоимовине од суштинског значаја за обезбеђивање правне заштите и заштите права корисника ових финансијских услуга. Може се идентификовати више потенцијалних начина на који би централна банка као врховна монетарна институција могла да пружи допринос у регулисању отворених питања употребе криптоимовине, који укључују не само издавање дигиталног новца централне банке већ и олакшани приступ платформама различитих финансијских технологија у циљу лакшег поравнања. Када је реч о алтернативним механизмима позакоњења приватног дигиталног новца, он се односи на омогућавање приступа приватним финансијским технологијама новцу који емитује централна банка, што је, традиционално посматрано, било резервисано само за велике пословне банке. У том смислу, један од начина да се тај приступ реализује подразумева отварање посебних рачуна за потребе платформи код комерцијалних банака, чиме би се сачувала постојећа организациона структура платног система, док би други начин био радикалнији и подразумевао емитовање новца од стране централних банака на принципу коришћења технологије дељења и успостављања директне везе са корисницима тих платформи, што подразумева нову регулативу за ефикасно елиминисање ризика који би том приликом настали. Други начини путем којих би се омогућила веза између централног банкарства и технологије дељења се односе на укључивање саме централне банке као субјекта са статусом чвора у мрежи, употребе посебног криптографског кључа за уношење новца централне банке у одговарајућу мрежу или креирање посебне платформе која би омогућила повезивање и интероперабилност са осталим платформама које су створили приватни субјекти. Сваки од поменутих механизма доноси себи својствене посебне ризике, због чега регулатор мора бити јако опрезан у будућем решавању монетарноправног статуса криптоимовине и децентрализованих приватних финансијских технологија узимајући у

обзир начин њиховог деловања на финансијску и монетарну стабилност, класичне поставке монетарног и банкарског права, проблеме на терену спречавања финансирања међународног тероризма, вршења пореске евазије у међународним оквирима, као и пуну имплементацију овлашћења из монетарног суверенитета чији је носилац централна банка.

3. *Lex monetae* у дигиталном окружењу

Фундаментални принцип монетарног права у основи представља поједностављено поимање природе и смисла монетарног суверенитета, и као такав се готово универзално у свим монетарним јурисдикцијама света (без обзира на дистинкције у различитим факторима који су условили њене карактеристике) интерпретира и тумачи као изворно право државе да законским путем одреди своју званичну монетарну (новчану) јединицу (*lex monetae*), односно, шта ће, правно посматрано, имату функцију новца и уживати правну заштиту у унутрашњем и спољашњем промету (Wahlig, 2000, pp. 122–123). Иако је сам принцип примарно нормативне природе, истовремено представља и пратећи и неодвојиви елемент политичке суверености једне земље у свету, по коме се она препознаје у глобалном монетарном поретку, што се у свакој његовој анализи мора имати на уму. Садржајем принципа се регулише и проблематика правног тендера за издавање (штампање) новца који припада централној банци. У том сегменту, централна банка ужива монополско право (или је, боље речено, такво право имала до појаве прве генерације криптовалута које су великој мери релативизовале њену позицију у овом процесу). Ипак, на овом месту *морамо нагласити* да степен примене и важење принципа у пракси истовремено утврђује јасну разлику између фидуцијарног новца и новца у правном смислу (као законске исправе о дугу државе), јер монетраноправно посматрано „није сваки новац уједно и новац у правном смислу (без обзира на коришћење идентичног терминолошког појма), док је сваки новац у правном смислу истовремено новац“ (Prostor, Mann, 2023: 10–11). Постојање правног и фидуцијарног новца имплицира разлику између званичне новчане јединице (валуте) једне земље, која ужива судску заштиту, и монетарних иновација које стварају физичка лица и које могу, али и не морају имати заштиту). Наравно, имајмо у виду да је и суверени новац некада представљао одређени вид иновације, што је нарочито уочљиво на примеру употребе електронских картица, али са друге стране број монетарних иновација није пропорционалан броју заживелих (легализованих) које су временом постале део званичне монетарне политике и добиле одговарајући правни третман и заштиту.

Наравно, у околностима када државе у циљу успостављања међународне монетарне сарадње приступају монетарним организацијама (и) или унијама, приметно је да оригинарно тумачење принципа по коме државе не толеришу никакве спољне утицаје приликом уређивања валутних односа показује извесна ограничења. Формални или неформални утицај међународних монетарних организација и снажних монетарних јурисдикција економски развијених земаља можда није толико уочљив на први поглед, али несмуњиво постоји барем у контексту коришћења туђих искустава као *примера добре праксе* на коју се монетарни законодавац угледа прилагођавајући је домаћим приликама или *примера негативне праксе (неодрживих решења)* која се мора избећи. Такво уважавање туђих тековина монетарног законодавства јесте и одраз степена самосвести законодавца који домаћу монетарну политику не може реглементирати у изолованом дискурсу, јер би таква била тешко одржива ако не би уважавала фактичку моћ које одређене стабилне валуте имају на светском тржишту где циркулишу као облик светског новца.

Примена и домашај овог принципа у пракси није била спорна све до појаве криптовалута које су доживеле велику популарност међу монетарним корисницима због ефикасности плаћања, заобилажења услуга банкарског посредовања и уштеде трошкова. Ризици везани за проблем заштите приватности и чувања осетљивих финансијских података нису смањили тражњу за овим обликом дигиталног новца. Управо из тога разлога су главни субјекти међународног монетарног права попут Међународног монетарног фонда, Банке за међународна поравнања и Европске централне банке иницијално истраживања везана за евентуално издавање дигиталних валута централних банака. На овом месту корисно је указати да дигитална имовина, односно, крипто-имовина, представља један облик технолошких иновација која може представљати супститут појединим услугама у области банкарског и тржишта капитала, нарочито у домену платних услуга и улагања на тржишту капитала (Јованић, 2020: 21–29). У свом најширем значењу дигитална имовина се (барем у домаћем праву) може разумети као дигитални запис вредности који се може дигитално куповати, продавати, размењивати или преносити и који се може користити као средство размене или у сврху улагања, при чему дигитална имовина не укључује дигиталне записе валута које су законско средство плаћања (ЗОДИ, 2020). Дигитална имовина је, дакле, шири појам од дигиталног новца, а оно што им је зајдничко јесте чињеница да представљају финансијске иновације које се заснивају на тзв. технологији дељења, која представља децентрализовану, широко доступну базу налик регистру за прикупљање података који гарантује заштиту од фалсификовања (Maume, Maute,

Frombereger, 2022: 2–3). Криптовалуте (виртуелне валуте) представљају дигитални израз вредности којом се може трговати и који има функцију средства размене, мере очувања вредности и обрачунског средства, али не у контексту организовања правног тендера за издавање (класичног) новца што је суверено право централне банке (FATF, 2023). Криптовалуте су својеврстан одраз времена и животног стила у коме потрошачи желе да умање своје финансијске, временске и психолошке трошкове који настају приликом класичног задовољења купопродајних престација, тиме што исте желе да реализују из куће, а не на самом тржишту. Ипак, за разлику од електронског новца који потпада под *lex monetae* као први и најзначајнији монетарни прерогатив државе, криптовалуте нису регулисане на јединствен начин у монетарном праву (Димитријевић, 2021: 3–16). Разлог томе је што представљају резултат технолошких иновација појединаца над којима централна банка као чувар монетарног суверенитета нема никакву ингеренцију, нити је поступак њиховог креирања у било каквој вези са правним тендером за утврђивање новца, јер се базира на економији дељења и употреби математичких алгоритама који своје упориште (тренутно) не налазе у монетарној политици и законодавству створеном да штити и јача утицај монетарног суверенитета.

Данас, у свету гототво да нема монетарних јурисдикција које се не баве проблематиком прилагођавања *lex monetae* у дигиталном амбијенту, чиме се он на својеврстан начин трансформише у *lex monetae financiera cryptografica* (Blair, Zilioly, Gortsos, 2023: 220–221). Дигитални новац централних банака се као суверени новац емитује у дванаест јурисдикција где се као посебно напредна решења наводе она везана за Кину (дигитални реминдби) и Индију (дигитална рупља). Такође, међу актуелним пројектима везаним за издавање дигиталног новца централних банака посебно се издваја емитовање дигиталног евра с обзиром да је Европска централна банка након десет година истраживања иницирала завршну фазу која се тиче обезбеђивања адекватне техничке подршке (платформе) за коришћење. Наравно, елементарно питање код издавања јавног дигиталног новца јесте питање постојања *правног манадата* за његово издавање, који и поред врсног логичког и аксиолошког тумачења не постоји у традиционалним текстовима закона о раду централних банака, те се као први корак у стварању услова за важење нових принципа монетарног законодавства намеће адекватна промена закона о раду централних банака (где се експлицитно мора унети одредба која такву емисију омогућава). Такође, с тим у вези блиско је повезано и питање организовања правног тендера за издавање новог јавног дигиталног новца, где у зависности од модалитета организације тендера за коју се законодавац определи другачији могу бити и трошкови

и користи спровођења истог. Наиме, у литератури монетарног права се може направити дистинкција између четири модела правног тендера за емитовање дигиталног нова и то: репресивног, привилегованог, опционог и индикативног (Handayani, Yuliana, 2022: 519). Разлике између наведених облика се огледају у слободи избора коју корисници будуће дигиталне валуте централних банака имају, па тако код репресивног модела непристајање финансијских корисника да исту користе се може правно санкционисати, док код привилегованог модела нема правне санкције али постоји она морална, те се због снаге моралног ауторитета и експертисе субјекта монетарног империјума таква дигитална валута прихвата. Код опционог модела стране у уговору (значајно на терену међународних економских уговора) имају право да одлуче да не користе одређену дигиталну валуту, док се код индикативног модела финансијским корисницима само дају смернице о условима и предностима коришћења одређеног модела дигиталне валуте.

Слично, таксономија дигиталног новца централних банака јесте треће питање које захтева модернизовање традиционалног државног номинализма, јер у зависности од тога шта означимо за критеријум поделе у науци монетарног права се могу начинити различите класификације (Gortsos, Sethe, 2024: 13–15). Подела која је сада нарочито акутуелна, али истовремено и пример позитивне монетарне легислативе, јесте она која полази од доступности дигиталних валута централних банака где се може говорити о тзв. велепродајним (енг. wholesales) и малопродајним јавним дигиталним валутама (енг. retails) које биле предмет бројних студија и у домаћој литератури (Радовић, 2023; Зафироски, 2023). Први наведени облик би био онај који је доступан само банкама и другим специјализованим финансијским посредницима, док би други облик могао бити доступан свим заинтересованим корисницима без посебне накнаде, са или без плаћања одређене камате. Међународне консеквенце увођења јавног дигиталног новца се, такође, морају имати у виду јер ће значајно утицати на динамику и структуру постојећих и нових међународних плаћања, што ће захтевати висок степен координације међународног монетарног система (Zatti, Varessi, 2024: 127). Још један значајан фокус у истраживању јавног дигиталног новца се тиче и питања заштите приватности корисника, јер опет у зависности од усвојеног модела, у пракси то може значити прикупљање осетљивих личних и финансијских података од стране централне банке или субјекта коме би она то право делегирала. Хипотетички посматрано, тражњу за дигиталним новцем централних банака може условити и степен развијености банкарског система, те се може очекивати да тражња за њима буде изражена у мањем обиму у високо развијеним земљама где се традиционални новац

већ етаблирао као епитем сигурног плаћања, док у мање развијеним јурисдикцијама то не мора нужно бити случај, јер појава новог јавног новца представља сигуран позив новим корисницима да га користе јер иза њега стоји држава (Brummer, 2020: 316). Несумњиво је да дигитални новац централних банака на терену важења принципа монетарног права доноси значајну новину, која се огледа у томе да би се његовом емисијом први пут омогућила директна комуникација између централне банке и грађана, што јесте квалитативна промена у јавном монетарном управљању.

4. Закључак

У процесу имплементације принципа монетарног права, законодавац се у околностима информационе револуције може суочити не само са изазовима који су везани за утицај децентрализованих финансијских технологија на заштиту права монетарних корисника и јавни монетарни менаџмент, већ и са оним изазовима који се тичу одрживости монетарних иновација које спроводи сама централна банка као носилац монетарног суверенитета. *Према нашем мишљењу*, дигитални новац централне банке представља ингениозно решење компромисне природе које ће омогућити централној банци да сачува своју позицију чувара монетарног суверенитета уз истовремено позакоњење употребе приватног дигиталног новца који је већ прихваћен у неким монетарним јурисдикцијама као законско средство плаћања. Велики изазов у очувању принципа *lex monetae* представља идеја о својеврсној уградњи софтверског кода у правну норму, што је сложено мултидисциплинарно питање које правници не могу самостално решити већ морају сарађивати са другим стручњацима економске и техничке струке. Истовремено, овај процес мора имати форму јасно одређене и правно заокружене међународне иницијативе, јер се једино конзистентном применом примарне монетарне легислативе (која већ деценијама регулише *lex monetae* на идентичан начин) и секундарне монетарне легислативе (која се бави проблематиком његове дигитализације) на свим нивоима државног управљања може осигурати монетарна стабилност као глобално јавно добро. У одсуству координиране међународне сарадње између централних банака и осталих субјеката међународног монетарног права, монетарна нестабилност би се лако прелила изван граница домаће монетарне јурисдикције у којој је настала. Највећи изазов на путу позиционирања класичних принципа у информациони амбијент, *према нашем мишљењу*, постоји код проблематике правног тендера централне банке за издавање будућег дигиталног новца, али и сукоба закона у околностима када долази до клириншког плаћања код којих су обавезе дефинисане у различитим

облицима дигиталних валута, што захтева креирање посебних платформи које би анулирале трошкове конверзије, али и омогућиле релативно лако (јефтино) препознавање меродавног права које у случају спора треба применити.

Такође, један од разлога зашто се класични принципи монетарног права тешко прилагођавају савременим околностима лежи и у чињеници да је услед тенденције константне узводне еволуције надлежности централних банака дошло до својеврсног ефекта загушења њених нормативних потенцијала и легислативне активности. Наиме, данас се, посебно у мање развијеним економијама, од централних банака очекује да понуде одрживо и друштвено прихватљиво решење за значајан број проблема не само у привреди већ и у друштву, што је нарочито постало уочљиво у постпандемијским околностима. Иако недвосмислено подржавамо тезу о друштвеној одговорности централне банке, која је природна и мора се неговати у друштву јер је иста субјект јавног права (а монетарна политика коју креира подсистем опште економске (јавне) политике), делује да одређени прагови у дефинисању почетка и краја те друштвене одговорности морају постојати (нарочито, уколико угрожавају и умањују простор за оно што је њен главни задатак – монетарна стабилност која је са проблематиком дигиталних технологија данас тесно повезана и делује да ће тако и остати). И поред тога што се савремено монетарно право и право централних банака налази на раскрсници, не можемо од централне банке очекивати да подједнако буде успешна у реализацији циљева на терену монетарно-кредитне политике, фискалне политике и других (не)економских области попут борбе против финансијског криминалитета, заштите животне средине, политике кохезије и заштите људских права. Мада смо става да је на терену монетарне легислативе, као хибридног правног извора, подела правних извора на примарне и секундарне у извесном смислу релативизиована, делује да она ипак данас поседује преко потребан снажан подупирући ефекат управо у контексту заштите постојећих принципа и изградње нових, што говори о томе да у процесу дефинисања принципа законодавац мора бити веома опрезан, јер принципи објекту заштите монетарноправних односа дају смисао и сврху која није само теоријска и академска, већ веома практична и важна за живот грађана у постинформатичком друштву.

Литература/References

Arner, D.W., Avgouleas, E., Busch, D., Schwarcz, S. L. (2019). *Systematic Risk in the Financial Sector, Ten Years after the Great Crash*. Waterloo: Center for International Governance Innovation (CIGI).

Athanassiou, P. L. (2018). *Digital Innovation in Financial Services, Legal Challenges and Regulatory Policy Issues*, International Banking and Finance Law Series. Haque: Wolters Kluwer.

Blair, W., Gortsos, C., Zilioli, C. (2023). *International Monetary and Banking Law post COVID-19*. Oxford: Oxford University Press.

Brummer, C. (2019). *Cryptoassets: Legal, Regulatory and Monetary Perspectives*. Oxford: Oxford University Press.

Cvetković, P. (2020). Blokčejn kao pravni fenomen: Uvodna razmatranja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 87(2). 127–144.

Dimitrijević, M. (2020). Alternativne digitalne valute u međunarodnom monetarnom pravu: global stablecoins. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 60 (93). 13–27.

Dimitrijević, M. (2023). *Pravo Evropske centralne banke*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Dimitrijević, M. (2024). The Importance of Cohesion Policy Values in the Law of the European Central Bank. *Pravni vjesnik*, Vol. 40, No. 2, pp. 7–24.

Financial Action Task Force, *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CTF Risks*, Financial Action Task Force 4. Last accessed 21 July 2024.

Fox, D., Green, S. (2019). *Cryptocurrencies in Public and Private Law*. Oxford: Oxford University Press.

Golubović, S., Dimitrijević, M. (2022). *Poslovne i bankarske finansije za pravnike*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Gortsos, C. V. (2024). *The Eurosystem's Monetary Policy at 25 (1999–2023): Legal Aspects of the Single Monetary Policy in the Euro Area – From the Establishment of the Eurosystem to the Current Inflation Crisis*. Zurich: EIZ Publishing.

Gortsos, C. V., Rogen, S. (2024). *Central Bank Digital Currencies – Proceedings of a Colloquium*. Zurich: EIZ Publishing.

Handayani, F., Yuliana, F. (2022). Design and Legal Aspect of Central Bank Digital Currency: A Literature Review. *Journal of Central Banking Law and Institutions*. Vol. 1 (3). 509–536.

Jovanić, T. (2020). An Overview of Regulatory Strategies on Cryptoasset Regulation-Challenges for Financial Regulators in the Western Balkans. in: Bajakić, I., Božina, M. (eds). *EU Financial Regulation and Markets-Beyond Differentiation and Fragmentation* Zagreb: Faculty of Law University of Zagreb. 130–178.

Jovanić, T. (2020). Kripto-imovina kao primer uticaja digitalizacije na pravo i praksu regulatornih organa. U: Obradović, G., Dimitrijević, M. (ur). *Zbornik radova „Pravo i digitalizacija”*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta. 21–29

Maume, P., Maute, L., Frombereger, M. (2022). *The Law of Crypto Assets – A Handbook*. Verlag, C. H. Beck, Oxford Hart Publications & Nomos.

Proctor, C. (2023). *Mann and Proctor on the Law of Money*. Oxford: Oxford University Press.

Radović, M. (2023). Central Bank Digital Currencies: The Influence of the Digital Euro Project on the Development of the Digital Serbian Dinar. In: Golubović, S., Dimitrijević, M. (eds). *The Influence of European Integration on the Development of Monetary Law*. Niš: Center for Publication of Faculty of Law. 21–41.

Regulation (EU) 2023/1114 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on markets in crypto-assets, and amending Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 1095/2010 and Directives 2013/36/EU and (EU) 2019/1937 (Text with EEA relevance), PE/54/2022/REV/1, OJ L 150, 9.6.2023, p. 40–205.

Wahlig, B. (2010). European Monetary Law: The Transition to the Euro and the Scope of Lex Monetae. In: *International Monetary Law: Issues for the New Millennium* (ed. by Mario Giovanoli). Oxford: Oxford University Press. 122–140.

Zafiroski, J. (2023). CBDC – A Revolution of Money. Golubović, S., Dimitrijević, M. (eds). In: *The Influence of European Integration on the Development of Monetary Law*. Niš: Center for Publication of Faculty of Law. 9–21.

Zakon o digitalnoj imovini, Službeni glasnik RS, br. 153/20.

Zatti, F., Baressi, R. G. (eds) (2024). *Digital Assets and the Law of Fiat Money in the Era of Digital Currency*. London: Routledge.

Marko Dimitrijević, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

PRINCIPLES OF MONETARY LAW: CLASSICAL VS MODERN APPROACH

Summary

The subject matter of analysis in this paper is the importance, value and reach of the principles of monetary law which are observed through the prism of their original field of application and social justification in the period of early development, and the subsequent establishment of this positive law branch in the legal order, which indisputably determined the axiology and confirmed the validity of the academic and practical study of this scientific discipline. The paper further examines the theses on the (un)sustainability of the original principles (lex monetae) in the circumstances of accession to the monetary union, as well as today's monetary flows that increasingly rely on the use of digital technologies and the advantages of monetary innovations. It inevitably raises the question of redefining the form, the content and reach of the principle of lex monetae to maintain monetary stability as a public good, but also to preserve monetary sovereignty protected by the central bank as the supreme monetary institution.

In the process of implementing the principles of monetary law, in the circumstances of the information revolution, the legislator may face not only the challenges related to the impact of decentralized financial technologies on the protection of the rights of monetary users and public monetary management but also the challenges related to monetary innovations carried out by the central bank itself as the bearer of monetary sovereignty. In the author's opinion, central bank digital money represents an ingenious solution, a compromise that will simultaneously allow the central bank to preserve its position as the guardian of monetary sovereignty while at the same time legalizing the use of private digital money that is already accepted in some monetary jurisdictions as a legal tender. A big challenge in preserving the principle of lex monetae is the idea of a kind of incorporation of software code into a legal norm, which is a complex multidisciplinary issue that lawyers cannot resolve alone but in close cooperation with other experts in the economic and technical professions. At the same time, this process must take the form of a specific and legally rounded international initiative because only by the simultaneous application of primary monetary legislation (which has been regulating lex monetae in an identical way for decades) and secondary monetary legislation (which deals with the issue of its digitization) at all levels

of state management can ensure monetary stability as a global public good. In the absence of coordinated international cooperation between central banks and other subjects of international monetary law, monetary instability would easily spill to another monetary jurisdiction.

Keywords: *monetary law, monetary jurisdiction, monetary credibility, lex monetae.*

UDK: 351.711/.712(497.11)

UDK: 658.7(497.11)

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 24.05.2024.

Рад прихваћен: 23.09.2024.

Др Љубица Николић,*

Редовни професор,

Правни факултет, Универзитет у Нишу,

Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-51196

ORCIDo000-0002-0475-4454

ИЗАЗОВИ ИМПЛЕМЕНТАЦИЈЕ РЕГУЛАТИВЕ О ЈАВНОЈ СВОЈИНИ У СРБИЈИ**

Апстракт: Ефикасност располагања јавном својном условљена је: правном регулативом и њеном применом, доступношћу информација о јавној имовини, као и одговорношћу лица која одлучују о располагању јавном својном. У овом раду указујемо на: прописе у Србији из ове области, проблем примене права, као и неке примере из праксе о располагању јавном имовином у Србији који, по нашем мишљењу, доводе у питање јавни интерес. Право, његова имплементација и државна политика у овој области заједно детерминишу економске ефекте располагања јавном својном. Коректна законска решења и формално независне институције које примењују законе из области јавне својине нису гаранција заштите јавног интереса уколико постоји селективна примена права. Са друге стране, држава као креатор права може злоупотребити своје могућности и креирати регулативу која јој омогућава деловање без одговорности и на штету општег интереса. Закони из области јавне својине у Србији пружају солидну основу за заштиту јавног интереса и контролу располагања јавном имовином. У пракси, међутим, наилазимо на: уговоре којима је РС располагала јавном имовином који нису јавно доступни; нетранспарентност ових информација и ограничавање конкуренције између лица која послују јавном имовином подстичу корупцију; случајеве уговарања великих инфраструктурних радова без тендера; сумњу у нерегуларност бројних јавних набавки; примере незаконитих в. д. функција у јавним

* ljubica@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 5.2.2024. године.

** Рад је изложен на Међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“, одржаној 19. 4. 2024. године, на Правном факултету Универзитета у Нишу.

предузећима; пасивност институција надлежних за заштиту законитости и јавног интереса. Једном речју, примена закона из области јавне својине у Србији често се повезује са подривањем владавине права.

Кључне речи: *Србија, јавна својина, прописи, имплементација, изазови, јавни интерес.*

1. Увод

Обимна регулатива, различита организациона структура државних привредних субјеката, постојање различитих облика јавне својине, разноликост делатности од општег интереса и друго јесу изазови који прате управљање јавном својином у Србији. Највећи изазов у области јавне својине чини вишеструка улога државе која се јавља као власник, креатор политике и законодавац. Република Србија је власник 270 привредних субјеката, од чега је: 157 ДОО, 82 АД, 26 јавних предузећа и 5 осталих.¹ У току је процес имплементирања новог Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије, којим се уређује начин спровођења политике државног власништва и управљање у привредним друштвима која су у власништву РС.² Истраживања ОЕСД-а показују да су „корупција и друга незаконита поступања у државним предузећима, и у вези с њима, највећа препрека добром корпоративном управљању“³. За разлику од управљања приватним ресурсима, које подразумева одговорност и ефикасност, управљање јавним ресурсима захтева правну одговорност и ефикасну контролу власништва над њима. ОЕСД као кључне смернице за унапређење рада државних предузећа наводи: професионализацију државног власништва; подстицање ефикасности, транспарентност и одговорност пословања државних предузећа, на начин како се то ради у успешним приватним предузећима; као и стварање једнаких услова тржишног надметања између државних и приватних предузећа.⁴ Анализа јавне својине у Србији, прописа из ове области, њихове примене и економских ефеката располагања јавном својином

1 Стратегија државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, *Сл. гласник РС*, 36/21

2 Чл. 1 Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 76/23

3 ОЕСД (2019). *Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*. Преузето 24. 4. 2024. www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm

4 *Ibid*

доводи нас на терен преплитања јавних и приватних/групних интереса. Ова област правног регулисања повезана је са бројним изазовима, укључујући и само дефинисање јавних добара, јавног/општег интереса и државних/јавних предузећа. Paul Samuelson дефинише јавно добро као „добро које сви заједно уживају у смислу да потрошња таквог добра од било ког појединца не ускраћује потрошњу тог добра од било ког другог појединца“ (Samuelson, 1954: 387). Као јавна добра обично се наводе: безбедност, образовање и наука, инфраструктура, животна средина, здравство.⁵ У овом раду указујемо на: нека правна решења из ове области у Србији, проблем примене права, као и неке примере из домаће праксе о располагању јавном имовином који, по нашем мишљењу, угрожавају јавни интерес. Указујемо и на забрињавајућу корупцију у јавном сектору. Спречавање корупције подразумева постојање: политичке воље, одговарајућих закона и судске ефикасности. Законодавни процес обухвата креирање права од експертских група чији концепт формулишу правници у форми нацрта права, притом „разне интересне групе врше притисак да се предложи и усвоје одређена правна решења, затим законодавци/парламент као политички изабрани представници усвајају закон и, на крају, право примењују бирократе“ (Јовановић, 2008: 62). Јавну својину можемо посматрати као правни, политички и економски феномен, другим речима, „политичка моћ одређује политичке институције које детерминишу економске институције и економске резултате“ (Прашчевић, 2018: 15). Положај државних предузећа јесте сложен с обзиром на то да власник (држава) има различите циљеве од остваривања профита, до социјалних, политичких и других циљева (запошљавање, контрола цена, регионални економски развој и др.).

2. Јавна добра, јавна предузећа и јавна својина

Као разлог постојања јавне својине у теорији се, између осталог, наводи производња јавних добара и услуга, која обезбеђује држава уколико приватни сектор то не успева. Нека јавна добра, као што су образовање⁶ и здравствене услуге, обезбеђује јавни и приватни сектор, док су друга, рецимо, национална одбрана и полиција, у искључивој надлежности државе. Како су јавна добра значајна за људе на одређеном подручју, управљање њима требало би да буде у општем интересу. Супротстављање приватног и јавног интереса посебно долази до изражаја у области

5 Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Public Goods*. Преузето 22. 4. 2024. <https://plato.stanford.edu/entries/public-goods/>

6 У теорији је присутна и подела на чиста и квази јавна добра, као и приватна добра која обезбеђује јавни сектор где је сврстано и образовање (Stiglitz, 2004: 127).

управљања јавним добрима и јавне својине. Понекад се општи интерес наводи као оправдање за ограничавање слободе економских субјеката, а јавна својина може бити предмет злоупотребе политичке и економске моћи појединаца и група људи у корист њихових а не општих интереса. Овакве злоупотребе су могуће због изостанка индивидуалне одговорности лица која располажу јавном имовином (Николић, Мојашевић, 2016: 203).

2.1. Државна и јавна предузећа

У теорији и националним законодавствима наилазимо на појмове: предузећа у државном власништву, државна предузећа/привредни субјекти и јавна предузећа. Препоруке ОЕCD-а из 2019. године односе се на предузећа у државном власништву која обављају економску делатност, било да се баве само њом или да остварују и циљеве јавне политике или спроводе јавна овлашћења или функције. У овим препорукама се наводи да не постоји опште прихваћена дефиниција предузећа у државном власништву, због чега треба обухватити разматрање власништва, контроле, статуса и функције предузећа која се могу сврстати у ову категорију.⁷ У домаћем Предлогу Стратегије државног власништва и управљања државним предузећима за период 2021–2027. године⁸, *Јавно предузеће* је дефинисано као предузеће које обавља делатност од општег интереса, а које оснива РС, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе; док се под *Државним предузећима* подразумевају сва привредна друштва у којима је РС власник (са више од 50% гласачких права), укључујући и јавна предузећа. Усвајањем ове Стратегије⁹, Србија се определила за увођење централизованог модела државног власништва, како се наводи, са циљем остваривања свеобухватног и уједначеног управљања привредним субјектима у власништву РС (у даљем тексту и ПСРС), као и остваривања стратешких и развојних циљева и заштите општег интереса РС. Уважавајући смернице ОЕCD-а и критеријуме ММФ-а, Србија је започела процес централизације управљања ПСРС, уз изузетак за ПСРС из области енергетике у складу са прописима ЕУ. Овај систем треба да замени постојећи децентрализовани систем државног

7 ОЕCD (2019). *Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*. Преузето 24. 4. 2024. www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm

8 Министарство привреде РС. *Стратегија државног власништва и управљања државним предузећима за период од 2021. до 2027. године (Предлог)*. Преузето 9. 5. 2024. <https://privreda.gov.rs/sites/default/files/documents/2021-08/14.01.2021.-PDV-FINALL-Pdf.pdf>

9 Стратегија државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године, *Сл. гласник РС*, 36/21

власништва у коме је РС власник одређених привредних субјеката; Влада располаже имовином РС¹⁰; Министарство привреде¹¹ има улогу у приватизацији¹² и прати пословање јавних предузећа¹³ и других ПСРС који обављају делатности од општег интереса; Министарство финансија обавља буџетску контролу и прати финансијски учинак ПСРС; улогу и обавезе у овој области имају и друга ресорна министарства, као и други органи државне управе. The World Bank указује на значај реформе државних предузећа у циљу: прецизирања улоге државе као власника, смањивања фрагментације власничке одговорности, повећања одговорности за резултате, омогућавања веће аутономије управи ових предузећа, као и одвајања власничке функције државе од њених функција креирања политике и регулаторних функција.¹⁴

2.2. Јавна предузећа и домаћа правна регулатива

Јавно предузеће (у наставку и ЈП) је предузеће које обавља делатност од општег интереса¹⁵, а које оснива РС, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.¹⁶ У зависности од тога ко оснива ЈП, права оснивача врши Влада, скупштина аутономне покрајине или скупштина јединице локалне самоуправе.¹⁷ Поред ЈП, делатност од општег интереса може да обавља и: друштво капитала чији је једини власник ЈП, РС, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе; као и друго друштво капитала и предузетник, коме је надлежни орган поверио обављање те делатности (у складу са законом којим се уређује јавно-приватно партнерство и концесија, осим ако посебним законом није другачије прописано).¹⁸ Поверавање обављања делатности од општег интереса приватним привредним субјектима има економску логику, у исто време повлачи

10 Чл. 5 Закона о Влади, *Сл. гласник РС*, 55/05, 71/05 – испр., 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – одлука УС, 72/12, 7/14 – одлука УС, 44/14 и 30/18 – др. закон).

11 Чл. 4 Закона о министарствима, *Сл. гласник РС*, 128/20, 116/22 и 92/23 – др. закон.

12 Чл. 7 Закона о приватизацији, *Сл. гласник РС*, 83/14, 46/15, 112/15 и 20/16 – аутентично тумачење.

13 Чл. 63 и 64 ЗЈП.

14 The World Bank. *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit*. Преузето 9. 5. 2024. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/228331468169750340/pdf/Corporate-governance-of-state-owned-enterprises-a-toolkit.pdf>

15 Видети: Чл. 2 Закона о јавним предузећима, *Сл. гласник РС*, 15/16 и 88/19.

16 Чл. 3, ст. 1 ЗЈП.

17 Чл. 5 ЗЈП.

18 Чл. 3, ст. 2 и чл. 9 ЗЈП.

ризик преваге остваривања добити над општим интересом, због чега су важни правни механизми заштите општег интереса.

Закон о јавним предузећима (у наставку и ЗЈП), по нашем мишљењу, пружа солидну основу за успешно пословање ЈП и других субјеката који обављају делатност од општег интереса. Проблем је, међутим, његова имплементација. Као пример непримене одредби ЗЈП-а наводимо оне које се односе на професионализацију управљања. За директора ЈП може бити именовано лице које испуњава дефинисане законске услове¹⁹ који се односе на образовање, искуство, способности, политичко неангажовање²⁰ и слично. У пракси, међутим, политичка припадност и активизам често су примарни критеријуми именовања директора ЈП у Србији. Нестручност и неодговорност овако изабраних директора довели су до катастрофалног стања многа ЈП. Избор директора ЈП често се врши без конкурса, иако је то законска обавеза²¹, док је многим в. д. директорима истекло дозвољено трајање тог статуса од 12 месеци²² а они су и даље на тим позицијама.²³ Лоше стање државних привредних субјеката делом се може објаснити и селективном применом *Закона о заштити конкуренције*²⁴ и недовољно ефикасним радом *Комисије за заштиту конкуренције (КЗК)*²⁵. Исто можемо рећи и за *Закон о контроли државне помоћи*²⁶ и рад *Комисије за контролу државне помоћи (ККДП)*²⁷. Сваки вид државне помоћи јавним предузећима смањује приватну иницијативу у тој области. „Када се предузећа навикну на то да ће их државе одржавати у послу без обзира на све, подстицаји за иновације и прилагођавање су изразито слаби“ (Baldwin, Wyplosz, 2010: 426–440).

19 Чл. 25 ЗЈП.

20 „Да није члан органа политичке странке, односно да му је одређено мировање у вршењу функције у органу политичке странке“, чл. 25, ст. 1, тач. 7 ЗЈП.

21 Чл. 24 ЗЈП.

22 Чл. 52 ЗЈП.

23 Видети: Транспарентност Србија, *Билтен* 12. 2022: 9. Преузето 24. 10. 2023. https://www.transparentnost.org.rs/images/dokumenti_uz_vesti/Bilten_2022_12_31.pdf

24 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, 51/09 и 95/13.

25 „Претходних година КЗК је изградила репутацију оперативно независне институције, међутим, транспарентност рада институције треба побољшати, а одлуке треба систематски објављивати.“ Европска комисија. *Радни документ Комисије Република Србија Извештај за 2023. годину*. Преузето 11. 5. 2024. https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaj_ek_23.pdf

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

27 „Оперативна независност ККДП треба да се покаже кроз успостављање транспарентног биланса резултата где се види доследна и задовољавајућа примена закона“... „државна помоћ се повремено даје пословним субјектима, посебно страним инвеститорима, без претходног одобрења ККДП“ (Европска комисија, 2023: 86).

2.3. Управљање привредним субјектима у јавној својини

У Извештају Европске комисије за 2023. годину наводи се да: државна предузећа у Србији доминирају у многим секторима, одвраћајући приватне инвестиције и ограничавајући конкуренцију; многа државна предузећа послују са малом ефикасношћу; већина државних предузећа се и даље ослања на државне субвенције, а управљање њима остаје под снажним политичким утицајем. У овом извештају се, такође, наводи да: државна предузећа и даље чине готово шестину додате вредности и формалног запослења у Србији; Влада спроводи Стратегију о државном власништву и управљању државним предузећима за период 2021–2027, која има за циљ ефикасније управљање државним предузећима, иако са значајним кашњењима; наведено је и да се очекују позитивни ефекти новог Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву РС, који је усвојен септембра 2023. године, а израђен је у договору са ММФ-ом и заснован на смерницама ОЕЦД-а (Европска комисија, 2023: 87).

Тренутно је управљање привредним субјектима у јавној својини код нас различито правно уређено. У домаћим Друштвима за ограниченом одговорношћу (у наставку и ДОО) управљање може бити једнодомно или дводомно.²⁸ ДОО са једнодомним управљањем има: Скупштину, и једног или више директора. Код дводомног управљања, ДОО има: Скупштину, Надзорни одбор, једног или више директора. Једнодомно акционарско друштво (у наставку и АД) има²⁹: Скупштину, једног или више директора, или одбор директора (најмање три). Код дводомног управљања, АД има: Скупштину, Надзорни одбор и извршни одбор. ЈП је посебан правни облик чије управљање уређује ЗЈП. ЈП нема скупштину а орган управљања је надзорни одбор, коме је за стратешке одлуке потребна сагласност Владе (односно, надлежног органа аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе).³⁰ Различита правна уређеност управљања у домаћим државним привредним субјектима доводи до тога да се на неке привредне субјекте у власништву РС примењује искључиво ЗЈП, уколико је реч о ЈП, за друга привредна друштва у власништву РС, која нису ЈП, делимично се примењује ЗЈП (када је у питању друштво капитала које обавља делатност од општег интереса) док се за остале ПСРС примењује Закон о привредним друштвима. Решење овог проблема Влада види у увођењу *централизованог модела управљања привредним друштвима која су у власништву РС*. За остваривање овог циља неопходна је промена

28 Чл. 198 Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21.

29 Видети: Чл. 326 Закона о привредним друштвима.

30 Чл. 22 ЗЈП.

правне форме у смислу да се сва јавна предузећа трансформишу у АД или ДОО, а на новоуспостављени систем управљања ће се примењивати одредбе новог Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву РС (у наставку и ЗУПДРС).

3. Шта доноси нови Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву РС?

Нови Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву РС ступио је на снагу септембра 2023. године³¹, његова примена почиње септембра 2024. године, осим одредаба које се односе на стварање услова за имплементирање овог закона које се примењују од дана његовог ступања на снагу.³² Овим законом се уводи другачији систем државног власништва и управљања у државним привредним друштвима, који захтева нова институционална решења и усклађивање обимне правне регулативе. Практично, сви посебни закони и подзаконска акта који се односе на јавна предузећа, друштва капитала у власништву РС, друштва која обављају делатност од општег интереса, као и обављање делатности од општег интереса, ускладиће се са одредбама овог закона, најкасније у року од годину дана од дана почетка његове примене.³³ У наставку наводимо нека решења у овом закону.

ЗУПДРС-ом је уређена политика државног власништва и управљање у привредним друштвима која су у власништву РС (тачније у друштвима капитала у власништву РС, у наставку и ДКРС). ДКРС може обављати делатност од општег интереса а циљ његовог оснивања је стицање добити и остваривање других интереса, дефинисаних оснивачким актом Владе. Правна форма овог друштва је ДОО или АД у којима РС има више од 50% основног капитала или има контролно власништво по другом основу. Изузетно, поједине одредбе овог закона примењују се и на привредно друштво у коме РС има 50% или мање учешћа у основном капиталу. Одредбе овог закона се не примењују на ДКРС: која производе наоружање и војну опрему; финансијске институције; недобитне организације; институте; као и друштва над којима је покренут поступак приватизације или стечајни поступак. За већину ДКРС централизовано власничко управљање спроводи се преко Министарства привреде (у наставку и Министарство), за одређена преко Министарства енергетике или преко државног органа за енергетске мреже. Политика државног власништва

31 Преузето 12. 5. 2024. <https://www.paragraf.rs/glasila/rs/sluzbeni-glasnik-republike-srbije-76-2023.html>

32 Чл. 51 ЗУПДРС.

33 Чл. 50 ЗУПДРС.

уређује се Стратегијом државног власништва и управљања привредним друштвима која су у власништву РС (у наставку и Стратегија) коју доноси Влада на предлог Министарства (прецизирање циљева се одређује Акционим планом).³⁴ Овим законом се утврђује обавеза јавних предузећа која је основала РС да промене правну форму у ДОО или АД на основу акта Владе којим се одређују критеријуми за избор правне форме.³⁵ Начела (одговорност, јавност, ефикасност, економичност, поштовање правила конкуренције) и циљеви (очување националних интереса, тржишта и заштита потрошача; одрживо коришћење природних ресурса; економски развој) централизованог власничког управљања регулисани ЗУПДРС-ом³⁶, били су оствариви и у досадашњем децентрализованом систему управљања државним предузећима, међутим, већина није остварена, пре свега, због лоше примене прописа.

Министарство прати пословање ДКРС, покреће одговорност органа друштава и налаже спровођење мера за отклањање поремећаја у пословању. Министарство израђује (и има обавезу да објави на свом сајту) Годишњи извештај о остваривању циљева утврђених Смерницама, Влада усваја извештај и доставља га Народној скупштини, ради информисања. За одлучивање о битним питањима ДКРС-у је потребна сагласност Владе.³⁷ Управљање у ДКРС-у може бити једнодомно или дводомно у зависности од његове величине. Представник РС у скупштини ДКРС-а заступа интересе РС. У дводомном систему управљања, ДКРС има најмање једног независног члана надзорног одбора. Директор овог друштва именује се након спроведеног јавног конкурса, изузетно, до именовања директора по јавном конкурс, именује се вршилац дужности директора, без јавног конкурса, а најдуже на период до годину дана. Овим законом су прецизирани услови које треба да испуне лица у органима ДКРС. Како Влада утврђује додатне услове за именовање и поступак именовања органа овог друштва, она спроводи кадровску политику у државним друштвима.³⁸

Иако свако правно правило може бити злоупотребљено, као пример могуће злоупотребе наводимо одредбу овог закона која се односи на обавезу стручног усавршавања.³⁹ Представник РС у скупштини друштва, директор, као и лица у надзорном одбору, дужни су да се стручно

34 Од чл. 1 до 5 ЗУПДРС.

35 Чл. 42 ЗУПДРС.

36 Од чл. 6 до 11 ЗУПДРС.

37 Од чл. 16 до 18 ЗУПДРС.

38 Од чл. до 19 до 24 ЗУПДРС.

39 Чл. 34 и 35 ЗУПДРС.

усавршавају из области корпоративног управљања, праћењем предавања и полагањем писаног испита. На основу јавног позива Министарства, едукацију спроводе правна лица која су регистрована да врше усавршавања и едукације, која су у претходне три године реализовала најмање десет активности из области корпоративног управљања. Полагање испита спроводи Привредна комора Србије, а уверење о положеном испиту издаје Министарство. Обавезу полагања испита нема лице које има међународно признати сертификат и положен испит у иностранству из области корпоративног управљања. Избор едукатора и озбиљност овог испита показале да ли је ова обавеза формалне или суштинске природе, у сваком случају она утиче на сужавање броја лица која могу бити именована на ове функције, посебно у фази почетне имплементације ЗУПДРС-а. Лица на која се односи обавеза стручног усавршавања, која на дан почетка примене овог закона обављају ту функцију, дужна су да положи овај испит у року од годину дана од дана почетка примене овог закона. Док лица која се именују на наведене функције након почетка примене овог закона могу да ступе на функцију иако немају положен испит, али су дужна да исти положи у року од годину дана од дана именовања.⁴⁰ ЗУПДРС-ом је уређена и: интерна контрола пословања, информисање јавности, забрана употребе друштва капитала у политичке сврхе, обавеза АПР-а да формира јавно доступну јединствену евиденцију података за привредна друштва у власништву РС, као и обавеза Министарства да води јавну јединствену евиденцију корпоративног управљања ових друштава. Надзор над спровођењем овог закона, као и аката донетих на основу њега, спроводи Министарство.⁴¹

Новим законом се уводи централизована политика државног власништва, проблем који остаје јесте његова примена. Уколико се настави досадашња пракса селективне примене права и тајног располагања јавним ресурсима, јавна својина ће све мање бити у корист општег интереса. Започети процес промене политике државног власништва наставиће се у правцу реорганизације предузећа основаних од аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе. Конкретно, ЗУПДРС-ом је прописана обавеза Министарства да, у циљу припреме за утврђивање власничког управљања јавних предузећа и друштава капитала чији је оснивач аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и градска општина, изврши њихову свеобухватну евалуацију, најкасније у року од две године од почетка примене овог закона.⁴² За то време,

⁴⁰ Чл. 47 ЗУПДРС.

⁴¹ Чл. 43 и 44 ЗУПДРС.

⁴² Чл. 49 ЗУПДРС.

друштва капитала у власништву РС су дужна да доставе Министарству списак непокретне имовине над којом имају право својине, односно право коришћења, најкасније у року од три године од дана почетка примене овог закона. Влада, на предлог Министарства, одлучује о непокретној имовини на којој друштва капитала имају право коришћења, а која ће бити пренета у власништво друштва, након чега ће друштво капитала извршити упис права својине.⁴³ ДКРС су дужна да своју организацију и своје опште акте ускладе са одредбама овог закона најкасније у року од годину дана од дана почетка примене овог закона.⁴⁴

4. Јавност рада државних предузећа

Транспарентност финансијских и пословних учинака државних предузећа је кључна за јачање пословне одговорности управе ових предузећа, као и за омогућавање држави да делује као информисани власник.⁴⁵ Нетранспарентност омогућава корупцију, због чега је ОЕСД понудио смернице за борбу против корупције у државним предузећима,⁴⁶ указујући на значај стандарда за ревизију и рачуноводство у државним предузећима који су упоредиви са компанијама које се котирају на берзи. ЈП у Србији имају законску обавезу да на својој интернет страници објаве податке о руководству, програм пословања, финансијске извештаје и друго,⁴⁷ такође је забрањена употреба ЈП у политичке сврхе.⁴⁸ Међутим, обавеза јавног објављивања информација различито је правно уређена код нас. Јавност пословања неких привредних субјеката у власништву РС прописана је ЗЈП (обавеза ЈП и друштава капитала на које се овај закон примењује), других Законом о рачуноводству (за државна предузећа на која се не односи ЗЈП), за поједина Законом о тржишту капитала (за ПСРС који се сматрају јавним друштвима у смислу овог закона). Препорука је ОЕСД-а, што је и регулисано новим ЗУПДРС-ом, да предузећа у државном власништву треба да објављују годишње извештаје о раду и финансијске извештаје, док држава као власник треба да води обједињену евиденцију

43 Чл. 45 ЗУПДРС.

44 Чл. 46 ЗУПДРС.

45 OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, Преузето 24. 4. 2024. <https://www.oecd.org/corporate/ownership-and-governance-of-state-owned-enterprises-a-compendium-of-national-practices.htm>

46 OECD (2021), *Implementation Guide on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*, OECD Publishing, Paris, Преузето 24. 4. 2024. <https://www.oecd.org/corporate/ca/Implementation-Guide-ACI-Guidelines.pdf>.

47 Видети: Чл. 71 ЗЈП.

48 Чл. 70 ЗЈП.

о својим предузећима која је јавно доступна.⁴⁹ И постојећи ЗЈП обавезује ЈП и остале ПСРС на које се примењује ЗЈП, да морају имати извршену ревизију финансијских извештаја од овлашћеног ревизора, који се доставља Влади, надлежном органу аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, ради информисања.⁵⁰ Ова обавеза не постоји за ПСРС који нису обухваћени ЗЈП, они практично не подлежу екстерној ревизији финансијских извештаја. Нови ЗУПДРС решава проблем неуједначености правних решења која се односе на јавност рада државних предузећа, за сада, само оних која се налазе у власништву РС.

5. Јавна својина у праву РС

Према *Закону о јавној својини*⁵¹ (у наставку и ЗЈС), постоје три облика јавне својине: својина РС (државна својина), покрајинска својина и својина јединице локалне самоуправе (општинска, градска својина).⁵² У јавној својини су: природна богатства, добра од општег интереса и добра у општој употреби, за која је законом утврђено да су у јавној својини, ствари које користе органи и организације РС, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, установе, јавне агенције и друге организације чији је оснивач РС, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе и друге ствари у складу са законом.⁵³ Свако ко одлучује о стварима у јавној својини, ко их користи или њима управља дужан је да поступа као добар домаћин и одговоран је за то.⁵⁴ У пракси, међутим, управљање јавном својином у Србији далеко је од одговорног. Опште законске формулације попут „општег интереса“ омогућавају различито тумачење и примену. Проблем се јавља и код тумачења и примене изузетака од правила. Рецимо, о прибављању ствари и располагању стварима у јавној својини одлучује Влада, орган аутономне покрајине, односно орган јединице локалне самоуправе (у зависности од облика јавне својине).⁵⁵ ЗЈС детаљно регулише: располагање стварима у јавној својини (пренос права коришћења, закуп, пренос на другог носиоца јавне својине, отуђење,

49 OECD (2019). *Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*. Преузето 28. 4. 2024. www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm

50 Чл. 65 ЗЈП.

51 Закон о јавној својини, *Сл. гласник РС*, 72/11, 88/13, 105/14, 104/16 – др. закон, 108/16, 113/17, 95/18 и 153/20.

52 Чл. 2 ЗЈС.

53 Чл. 3, став 1 ЗЈС.

54 Чл. 6 ЗЈС.

55 Чл. 27, став 1, 9 и 10 ЗЈС.

залога)⁵⁶, поступак и цену прибављања и отуђивања ствари из јавне својине⁵⁷, ова решења, међутим, прате бројни изузеци. Тако изузетак постоји у вези са ценом, тачније, непокретности се могу отуђити из јавне својине и испод тржишне цене, односно без накнаде, ако постоји интерес за таквим располагањем (формулација која омогућава злоупотребе, напомена Аутора), као што је отклањање последица елементарних непогода или успостављање добрих односа са другим државама, односно међународним организацијама и у другим случајевима предвиђеним посебним законом.⁵⁸ Прибављање покретних ствари у јавну својину регулисано је *Законом о јавним набавкама*⁵⁹. Главни проблеми код јавних набавки у Србији односе се на привилегован положај политичко/економских групација, прилагођавање тендерских процедура, конфликте интереса и измене уговора у фази имплементације где може доћи до највише злоупотреба. Као и код непокретних ствари, отуђење покретних ствари из јавне својине може се вршити и испод тржишне цене, односно без накнаде, ако постоји интерес за таквим располагањем, што се утврђује актом Владе.⁶⁰ Бројни изузеци садржани у ЗЈС могу постати правило у пракси, и могу довести у питање заштиту јавног интереса. Важну улогу у примени овог закона има надлежно јавно правобранилаштво. Тако се уговори о прибављању, отуђењу и преносу права јавне својине на непокретностима са РС на друге носиоце права јавне својине, закључују по претходно прибављеном мишљењу *Државног правобранилаштва*⁶¹. Ово правобранилаштво је дужно да поднесе тужбу за поништење уговора који се односе на располагање непокретностима у својини РС, уколико су у супротности са прописима. Одговарајућа законска решења, међутим, не гарантују делотворност јавних правобранилаштава у Србији. Њихова активност јесте одраз општег стања владавине права.

6. Уместо закључка

На крају, износимо неке од резултата истраживања кредибилних институција, примере из праксе и ставове чланова академске заједнице, релевантне за тему овог рада. Обезбеђивање владавине права јесте *Conditio sine quo non* заштите општег интереса у вези са располагањем јавном својином, које „подразумева постојање одговарајућег правног оквира

⁵⁶ Чл. 26, став 1 ЗЈС.

⁵⁷ Чл. 29, став 1, 3 и 4 ЗЈС.

⁵⁸ Чл. 31, став 1 ЗЈС.

⁵⁹ Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, 91/19 и 92/23.

⁶⁰ Чл. 33 ЗЈС.

⁶¹ Закон о правобранилаштву, *Сл. гласник РС*, 55/14.

који омогућава заштиту својинских и уговорних права, као и судство, које непристрасно и делотворно примењује право“ (Беговић, Јовановић, 2018: 33). *The Heritage Foundation* наводи да у области *владавине права* Србија има адекватне законе за заштиту имовинских права, али да њихово имплементирање може бити веома споро. Правосуђе је неефикасно и подложно непримереном политичком утицају, док је корупција озбиљан проблем, посебно у: јавним набавкама, експлоатацији природних ресурса и располагању државном имовином.⁶² Како наводи проф. Јовановић: „Владавина права има важну економску функцију да, чувајући економску сферу од политичког утицаја, обезбеди политичку, правну и економску стабилност и предвидљивост, које су неопходне претпоставке заштите својинских права“ (Јовановић, 2019: 56). Домаћа регулатива из области јавне својине пружа солидну основу за заштиту јавног интереса и ефикасно управљање јавним ресурсима, проблем је, међутим, њена примена. „Проблем са применом закона понекад је повезан са њиховом непрецизношћу... а некада са злоупотребама лица која их примењују“ (Николић, 2019: 155). Због изостанка личне одговорности за одлуке о јавној својини, ресурси у јавној својини користе се мање ефикасно (Николић, Мојашевић, 2023: 47). Изостанак одговорности лица која располажу јавном својином повезан је и са *ускраћивањем информација од јавног значаја*. Тајно располагање јавном својином онемогућава благовремено реаговање јавности и њен утицај на ефикасну употребу јавне имовине. Многи уговори којима је РС располагала јавном имовином нису били јавно доступни. У наставку наводимо неке примере. Ускраћујући информације јавности, Србија је марта 2023. године продала део земљишта на коме се налази Београдски сајам, компанији „Београд на води“ у којој су Арапи већински власници. Купопродајни уговор није објављен, па није познато под којим условима и по којој цени је ово земљиште продато.⁶³ Транспарентност Србија⁶⁴ тражила је од Министарства финансија 2019. године податке о испуњавању обавеза приватних партнера у пројектима „Аеродром Никола Тесла“ и „Београд на води“. Добили су одговор да су сви подаци у вези са концесијом за Аеродром тајна, а да „Београд на води“ није јавно-приватно партнерство и да стога не могу да доставе тражене информације. Уговор

62 The Heritage Foundation. 2022 *Index of Economic Freedom*. Преузето 17. 10. 2023. https://www.heritage.org/index/pdf/2022/countries/2022_IndexofEconomicFreedom-Serbia.pdf

63 нова.рс. *Како је изгледала тајна продаја дела земљишта на сајму Арапима: Власт све сакрила, и цену и уговор*. Преузето 19. 10. 2023. <https://nova.rs/vesti/politika/kako-je-izgledala-tajna-prodaja-dela-zemljista-na-sajmu-arapima-vlast-sve-sakrila-i-cenu-i-ugovor/>

64 Транспарентност Србија је нестраначка, невладина и непрофитна организација усмерена на борбу против корупције у Србији. Преузето 7. 5. 2024. <https://www.transparentnost.org.rs/sr/o-nama/trans-srbija>

о концесији за Аеродром никада није објављен. Транспарентност Србија од 2017. године покушава да добије бар информације које су претходиле доношењу одлуке о овој концесији. Министарство привреде и Комисија за јавно-приватна партнерства су се позвали на то да је, према одлуци Владе Србије, реч о строго поверљивим документима и да само Влада може одлучити о укидању тајности. Влада је ускратила те информације, а управни спор у том случају траје 5,5 година (Транспарентност Србија, *Билтен* б. 2023: 8). Због ограниченог обима овог рада нисмо у могућности да детаљније укажемо на проблеме везане за примену *Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*⁶⁵. Напоменућемо само да је честа појава у Србији да органи власти игноришу захтеве и не достављају тражене информације или се оглађују тиме да је реч о пословној тајни. Списак органа који нису поступили по решењу Повереника, на дан 1. 4. 2024. године је огроман⁶⁶ иако су она обавезујућа, коначна и извршна, уз запрећену новчану казну за орган власти и овлашћена лица органа власти.⁶⁷ Слаба имплементација се односи и на *Закон о спречавању корупције*⁶⁸. У Извештају Европске комисије се наводи да је у Србији забрињавајућа корупција распрострањена у многим областима, док изостаје политичка воља за делотворном борбом против корупције, као и снажан одговор кривичног правосуђа на корупцију на високом нивоу (Европска комисија, 2023: 35). Србија се налази на 101. месту од 180 земаља у индексу перцепције корупције за 2022. годину који је саставио Transparency International, чиме се наставља негативан тренд рангирања који се константно погоршава од 2018. године, када је Србија била на 87. месту (Европска комисија, 2023: 85).

Литература/References

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

Беговић, Б. Јовановић, А. (2018). Институције и привредни раст: поглед из правноекономског угла. *ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА СРБИЈЕ*

65 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, *Сл. гласник РС*, 120/04, 54/07, 104/09, 36/10 и 105/21.

66 Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности. *Преглед органа који нису поступили по решењу повереника*. Преузето 8. 5. 2024. <https://www.poverenik.rs/sr-yu/pristup-informacijama/prеглед-органа-који-нису-поступили-по-решењу-повереника-2.html>

67 Чл. 28, 28а. и 46 ЗСПИЈЗ.

68 Закон о спречавању корупције, *Сл. гласник РС*, 35/19, 88/19, 11/21 – аутентично тумачење, 94/21 и 14/22.

У 2018. ГОДИНИ *Квалитет институција и економски раст. Економски факултет у Београду*. 2018. 25–46. ISBN: 978-86-403-1544-9

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

Јовановић, А. (2008). *Теоријске основе економске анализе права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду Издавачки центар.

Николић, Љ. (2019). Политика заштите конкуренције у Србији – донети и ограничења. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 84(LVI-II). 151–170. doi:10.5937/zgrfn1984

Николић, Љ. Мојашевић, А. (2023). *Економија за правнике*. Ниш: Медивест КТ.

Николић, Љ. Мојашевић, А. (2016). Образовање – трошак или инвестиција за државу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 73. 201–218. doi:10.5937/zgrfn1673201N

Прашчевић, А. (2018). Значај формирања квалитетних институција за економски раст – економски мотиви наспрам политичке моћи. *ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА СРБИЈЕ У 2018. ГОДИНИ Квалитет институција и економски раст. Економски факултет у Београду*. 2018. 11–24. ISBN: 978-86-403-1544-9

Samuelson, P. (1954). The Pure Theory of Public Expenditure. *The Review of Economics and Statistics*. 36(4). 387–389. doi:10.2307/1925895

Stiglitz, J. (2004). *Економија јавног сектора*. Београд: Економски факултет Универзитета у Београду.

Табороши, С. Јованић, Т. (2010). Економско право као право тржишта и слобода конкуренције. *Право и привреда*. 7–9. 306–331.

Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 76. 2023.

Закон о спречавању корупције. *Службени гласник РС*. Бр. 35. 2019, 88. 2019, 11. 2021 – аутентично тумачење, 94. 2021. и 14. 2022.

Закон о јавним предузећима. *Службени гласник РС*. 15. 2016 и 88. 2019.

Закон о јавној својини. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2011, 88. 2013, 105. 2014, 104. 2016 – др. закон, 108. 2016, 113. 2017, 95. 2018. и 153. 2020.

Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја. *Службени гласник РС*. Бр. 120. 2004, 54. 2007, 104. 2009, 36. 2010. и 105. 2021.

Закон о правобранилаштву. *Службени гласник РС*. Бр. 55. 2014.

Закон о промету непокретности. *Службени гласник РС*. Бр. 93. 2014, 121. 2014. и 6. 2015.

Закон о управним споровима. *Службени гласник РС*. Бр. 111. 2009.

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

Закон о заштити конкуренције. *Службени гласник РС*. Бр. 51. 2009. и 95. 2013.

Закон о Влади. *Службени гласник РС*. 55. 2005, 71. 2005 – испр, 101. 2007, 65. 2008, 16. 2011, 68/12 – одлука УС, 72. 2012, 7. 2014 – одлука УС, 44. 2014 и 30. 2018 – др. закон

Закон о министарствима. *Службени гласник РС*. 128. 2020, 116. 2022 и 92. 2023 – др. закон

Закон о приватизацији. *Службени гласник РС*. 83. 2014, 46. 2015, 112. 2015 и 20. 2016 – аутентично тумачење

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. 36. 2011, 99. 2011, 83. 2014 – др. закон, 5. 2015, 44. 2018, 95. 2018, 91. 2019 и 109. 2021.

Закон о јавним набавкама. *Службени гласник РС*. 91. 2019 и 92. 2023.

Стратегија државног власништва и управљања привредним субјектима који су у власништву Републике Србије за период од 2021. до 2027. године. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2021.

Stanford Encyclopedia of Philosophy. *Public Goods*. Преузето 22. 4. 2024. <https://plato.stanford.edu/entries/public-goods/>

OECD (2021), *Ownership and Governance of State-Owned Enterprises: A Compendium of National Practices 2021*, Преузето 24. 4. 2024. <https://www.oecd.org/corporate/ownership-and-governance-of-state-owned-enterprises-a-compendium-of-national-practices.htm>

OECD (2021), *Implementation Guide on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*, OECD Publishing, Paris, Преузето 24. 4. 2024. <https://www.oecd.org/corporate/ca/Implementation-Guide-ACI-Guidelines.pdf>

OECD (2019). *Guidelines on Anti-corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*. Преузето 24. 4. 2024. www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm

OECD (2018a). *State-Owned Enterprises and Corruption: What Are the Risks and What Can Be Done?* OECD Publishing, Paris. Преузето 24. 4. 2024. <https://doi.org/10.1787/9789264303058-en>.

The World Bank. *Corporate Governance of State-Owned Enterprises: A Toolkit*. Преузето 9. 5. 2024. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/228331468169750340/pdf/Corporate-governance-of-state-owned-enterprises-a-toolkit.pdf>

Европска комисија. *Радни документ Комисије Република Србија Извештај за 2023. годину*. Преузето 11. 5. 2024. https://www.mei.gov.rs/upload/documents/eu_dokumenta/godisnji_izvestaji_ek_o_napretku/izvestaji_ek_23.pdf

Транспарентност Србија. (2023). *Билтен 6*. Преузето 19. 10. 2023. https://www.transparentnost.org.rs/images/Bilten_2023_06_30.pdf

Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности. *Преглед органа који нису поступили по решењу повереника*. Преузето 8. 5. 2024. <https://www.poverenik.rs/sr-yu/pristup-informacijama/prеглед-органа-који-нису-поступили-по-решењу-повереника-2.html>

нова.рс. *Како је изгледала тајна продаја дела земљишта на сајму Арапима: Власт све сакрила, и цену и уговор*. Преузето 19. 10. 2023. <https://nova.rs/vesti/politika/kako-je-izgledala-tajna-prodaja-dela-zemljista-na-sajmu-arapima-vlast-sve-sakrila-i-cenu-i-ugovor/>

The Heritage Foundation. 2022 *Index of Economic Freedom*. Преузето 17. 10. 2023. https://www.heritage.org/index/pdf/2022/countries/2022_IndexofEconomicFreedom-Serbia.pdf

Министарство привреде РС. *Стратегија државног власништва и управљања државним предузећима за период од 2021. до 2027. године (Предлог)*. Преузето 9. 5. 2024. <https://privreda.gov.rs/sites/default/files/documents/2021-08/14.01.2021.-PDV-FINALL-Pdf.pdf>

Ljubica Nikolić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

CHALLENGES IN IMPLEMENTING THE PUBLIC PROPERTY REGULATIONS IN SERBIA

Summary

The effectiveness of the disposal of public property in a country is conditioned by several factors: the legal framework and its application, the availability of information and documents on the disposal of public property, and the responsibility of the persons who decide on the disposal of public property. This paper explores the Serbian regulations on this matter, the problem of applying those solutions, and some examples from practice on the disposal of public property in Serbia which, in the author's opinion, call into question the public interest. The law, its implementation and state policy in this area determine the economic effects of the disposal of public property. Proper legal solutions and formally independent institutions that apply laws in the field of public property are not a guarantee of the protection of the public interest or the rule of law if there is a selective application of the law. On the other hand, as the creator of laws, the state can abuse its authorities and create regulations that enables its officials to act without responsibility and to the detriment of the general interest. Serbian public property laws provide a solid basis for the protection of the public interest and the control of the disposal of public property. In practice, however, we may observe different occurrences: contracts by which the Republic of Serbia disposed of public property which are not publicly available; non-transparency of this information and restrictions on the competition between persons dealing with public property; corruption; cases of contracting large infrastructural works without tender; suspicion about irregularity in numerous public procurements; cases of unlawful acting functions in public companies and state administration; passive role of institutions responsible for the protection of legality and public interest. In a nutshell, the application of laws in the area of public property in Serbia is often associated with undermining the rule of law.

Keywords: Serbia, public property, regulations, implementation, challenges, public interest.

UDK: 328.126(497.11)"1902/1903"

UDK: 321.6(497.11)"1902/1903"

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 03.02.2024.

Рад прихваћен: 20.06.2024.

Др Мирослав Пешић,*

Ванредни професор,

Департман за историју,

Филозофски факултет, Универзитет у Нишу

Република Србија

DOI:10.5937/zgrfn1-49061

ORCID 0000-0002-9249-0646

СТРАНАЧКИ ЖИВОТ У КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ КРАЈЕМ 1902. И ПОЧЕТКОМ 1903. ГОДИНЕ**

Апстракт: У раду је приказан страначки живот у Краљевини Србији крајем 1902. и почетком 1903. године. После пропасти радикалско-напредњачког споразума, краљ Александар је донео одлуку да се врати на лични режим владавине. Као увод у то послужило му је образовање владе Димитрија Цинцар-Марковића. Ова влада није имала страначки карактер, па је од савременика названа неутрална или генералска влада (њу су чинила три генерала). Четири министра су припадали Радикалној странци, али су били ближи монарху него својој странци. Ниједан министар у Влади није имао значајнију улогу у политичком животу земље. По свему судећи, образовањем оваквог кабинета владар је одлучио да заборачи у неуставност, негирајући притом доследну примену парламентаризма.¹

Кључне речи: Димитрије Цинцар-Марковић, парламентаризам, уставност, радикали, либерали.

* miroslav.pesic@filfak.ni.ac.rs

** Припремљено у оквиру пројекта *Историја данас, изазови и искушења*, који се изводи на Филозофском факултету Универзитета у Нишу (бр. 336/1-6-01).

1 Сви датуми у тексту наведени су по новом календару.

1. Увод

Парламентарни режим владавине уведен Уставом из 1888. године трајао је веома кратко. Краљ Александар Обреновић је државним ударом из 1894. године вратио Устав из 1869. године, који је остао на снази све до октроисаног Устава из 1901. године (Пешић 2021: 126). Политичку сцену у Краљевини Србији су после доношења Устава из 1901. године чиниле две политичке групације: радикаско-напредњачка и самосталско-либерална. Радикаско-напредњачка влада под председништвом Михаила Вујића образована је 2. априла 1901. године. На челу државне управе ова влада се налазила до 20. октобра 1902. године. Договор између умерених радикала и напредњака који је у јавности прозван „фузија“ утицао је на поделу у оквиру ових странака. Из Радикалне странке се издвојила групација млађих чланова која је оштро нападала овај споразум. Касније је око ове групације настала Самостална радикална странка (Љушић 2005: 192). Основна суштина ове поделе састојала се у њиховом односу према Уставу из 1888, односно октроисаном Уставу из 1901. године (Поповић Обрадовић 2008: 104). У друштву са самосталним радикалима враћање Устава из 1888. године захтевао је већи део Либералне партије. Међу либералима посебно се истицао Војислав Вељковић, који је у периоду од 1901. до 1903. године писао „уводнике у Српској застави“, које је руска штампа више пута прештамповала (Станаревић 2012: 136). Посебно треба нагласити да су либерали окупљени око Главног одбора странке и њеног гласила *Српска застава* „себе представљали као лево оријентисане“, док се групација под вођством Живојина Величковића и Јеврема Андоновића називала деснокрилном. Опозициона делатност либерала и самосталаца представљала је озбиљан проблем режиму краља Александра Обреновића. Самосталац Јован Жујовић и либерал Војислав Вељковић су за скупштинском говорницом бранили идеју о народном суверенитету, истичући да власт потиче од народа, тј. да је „народ старији од краља“ (Рајић 1999: 132, 136). Преуређење политичке сцене договором између краља Александра и Радикалне странке није дало очекиване резултате због њихових разлика у погледу државне концепције. Док се прва страна залагала за централистичку државу, уставну монархију у којој би владар у односу на политичке странке у својим рукама објединио законодавну и извршну власт, дотле се Радикална странка, као најјача партија у земљи, залагала за децентрализовану државу у којој ће у складу са принципом владавине скупштинске већине доминирати Радикална странка. После кратког предаха који је наступио после доношења Устава из 1901. године и споразума између главних политичких актера у земљи, поново је дошло до политичких сукоба између краља и најмасовније

Радикалне странке. Пошто се уверио да је споразум у великој мери уздрман, краљ је одлучио да се врати на стање какво је било пре споразума из 1901. године. Оваква његова намера је ујединила опозицију, која је посредством штампе критиковала краља Александра стварајући такву климу у земљи на основу које се могло закључити да је једина сметња за несметани развој Краљевине Србије династија Обреновић (Рајић 2011а: 537–538).

2. Политичке странке и влада генерала Димитрија Цинцар-Марковића

После оставке владе Петра Велимировића, образована је 19. новембра 1902. године влада под председништвом генерала Димитрија Цинцар-Марковића². У намери да обезбеди новом кабинету подршку истакнутијих политичких личности, краљ Александар је позвао напредњака Вукашина Петровића и понудио му место министра финансија у Влади. Петровић је одбио краљеву понуду, саветујући монарха да задржи радикале који су му најбоља гаранција „за престо и за интересе јавне у земљи“. Затим му је током новембра и децембра 1902. године више пута писао министар војни Милован Павловић нудивши му посланичко место у Бечу. Вукашин Петровић је одбио и ову понуду (Петровић 2009: 63–65). На седници Народне скупштине одржаној 20. новембра прочитани су укази о образовању владе и о одлагању седница Народног представништва за два месеца. То је била последња скупштинска седница за време важења Устава из 1901. године. Супротно парламентарној пракси владар је одложио седнице Скупштине, а да претходно Влада пред Народним представништвом није представила свој програм. Својим поступком свима је ставио до знања да ће у будућности све чешће правити искорак изван уставности (Стефановски, 2010: 244).³ Опозициони лист *Одјек* оштро је критиковао краљеву одлуку о одлагању Скупштине.

„Кабинет господина генерала није смео да ради са овом Скупштом. Шта више он није смео доћи ни да јој се представи, те да Скупштина

2 Влада Димитрија Цинцар-Марковића образована је 19. новембра 1902. године. У њен састав су ушли: председник владе и министар без портфеља Димитрије Цинцар-Марковић, министар иностраних дела Василије Антонић, до 5. јануара 1903. године, потом Сима Лозанић до 5. априла 1903, Павле Денић, заступник до краја мандата владе, министар унутрашњих дела Велимир М. Тодоровић, министар правде Антоније Пантовић, министар финансија Милован Маринковић, министар просвете и црквених дела Лука Лазаревић, до 3. маја 1903, затим Живан Живановић, министар војни Милован С. Павловић, министар грађевина Павле Денић и министар народне привреде Љубомир Ј. Новаковић (Љушић 2005: 198–201).

3 Више о томе види у: *Стенографске белешке Народне Скупштине за 1902. годину*, 237–239.

види оних девет наших спасилаца, који у овим мучним унутрашњим и спољашним приликама руководе државним пословима наше Отаџбине. Скупштина није имала ту срећу да види сјајне еполете тројице официра министара, ни да чује звекет њихових сабаља; она није имала срећу да сагледа ни знаменитог политичара Павла Денића; ни округног и грациозног Пантовића, ни она три радикална прсташа, кои су овако куражно ускочили у четврту партију“ (Одјек, бр. 39, 21. новембар 1902. године).

Вођа самосталаца Љубомир Живковић постао је популаран после говора на сахрани Косте Таушановића 1902. године. За Таушановића је навео да ће бити запамћен као јунак, који је „слугерањама“ краља Милана рекао: „Кидајте ми главу, али ме нећете навести да плунем на себе и да вас мазим“ (Јовановић Стојимировић 2008: 366). Цинцар-Марковићеву владу назвао је реакционарном и да такву Владу на чијем је челу „човек без политичког обележја и без политичке снаге“ не може подржати „нико који воли слободу и жели земљи добра.“ Самостални радикали су предњачили у нападима на Владу и краља Александра. Они су без увијања претресали питање личног режима. *Одјек* је писао да:

„Уставност или апсолутизам, то је данас борна девиза, то су две заставе око којих се размештају борци за политичку борбу. Нека сваки политички човек за раније промисли коме ће се табору приволети и нека ни за часак не промишља на повлачење из борбе. Свака удаљеност од борбе у овим озбиљним тренуцима била би бегство, а то није друго до једна врста моралног самоубиства“ (Одјек, бр. 41, 23. новембар 1902. године).

Програм владе је објављен у званичним *Српским новинама* 7. децембра 1902. године. У њему се између осталог наводи да ће се Влада држати Устава и закона и да ће радити на томе да се закони примењују једнако према свима. Влада је у свом програму најавила ревизију Устава, истичући као прву тачку укидање Сената. Обећала је и сређивање државних финансија, смањење приреза, обезбеђивање повољних кредита за земљораднике и заштиту њихових имања од елементарних непогода, подизање квалитета образовања, сузбијање корупције и јачање војне моћи земље (Живановић 1925: 282–283; Рајић 2016: 328). Владимир Јовановић наводи да га је краљ Александар новембра 1902. године позвао у двор како би разговарали о тешкој политичкој ситуацији у земљи. Том приликом је навео главне разлоге за именовање генерала Димитрија Цинцар-Марковића за мандатара нове Владе.

„Замерао је политичким партијама што се не боре за идеје и начела, него само да би се дограбиле државне власти, па је експлоатисале за личне и котеријске интересе и рачуне, а на штету опште ствари. Рекао је

да жели да се једном учини крај таквом експлоатисању државне власти, те да у тој жељи намерава створити један патриотски кабинет. На челу тог кабинета био би један генерал, који би, као добар војник, био недоступан политичким интригама, које распаљују котеријске страсти, те стварају духовну анархију у држави, и стављају Србију изван могућности да врши своје културне задатке, и одговори свом народном позиву“ (Јовановић 1988: 496).

Имајући у виду интересе Радикалне странке, Никола Пашић се изјаснио против промене Устава 1901. године. У односу на Устав 1869. године октроисани Устав је знатно бољи, јер је грађанима земље гарантовао знатно већа политичка права (Казимировић 1990: 599). Либерали окупљени око Јована Авакумовића су на страначкој конференцији 4. децембра 1902. године донели одлуку да ступају у оштру опозицију. Страначки прваци су јавно осудили октроисани Устав и захтевали његову ревизију у правцу обезбеђивања већих гаранција за политичке слободе и правилног функционисања Народног представништва. Либерали десног крила под вођством Јеврема Андоновића одржали су збор 14. децембра 1902. године на којем су донели одлуку да и они заузму опозициони став према Цинцар-Марковићевој влади (Српска застава, бр. 247, 9. децембар 1902. године; Живановић 1925: 288–289; Авакумовић 2007: 462–463; Рајић 201б: 328). Живојин Величковић, припадник десног крила либерала је на збору оптужио Јована Авакумовића да не поштује програм странке и либерална начела. Међу либералима окупљеним око Андоновића посебно су се истицали: Живојин Величковић, Тодор Миловановић, Сима Несторовић и Светозар Гвоздић. Ова група либерала покренула је лист *Српска независност* (Мали журнал, бр. 330, 14. децембар 1902. године).⁴ Андоновић је убрзо напустио опозициони став према Цинцар-Марковићевој влади, пошто га је краљ 1. јануара 1903. године поставио за доживотног сенатора. Неколико дана касније Андоновић је постављен и за члана Државног савета (Српске новине, бр. 282, 13. јануар 1903. године; Рајић 201а: 536). „Управо уз *Српску независност* стоје сада само они либерали, који су у каквој служби код данашње Владе, или иначе стоје у каквој зависности од државне власти.“ Либерали окупљени око Авакумовића „јавно се хвале/.../ да су опозиција данашњој Влади“, записао је Пера Тодоровић (Тодоровић 1997: 894). Главна разлика међу њима састојала се у томе што су први били опозиционари, док су други учествовали у вршењу власти. Андоновићеви либерали нису донели програм, већ резолуцију од 13. децембра 1902. године. За Устав из 1901. године су говорили да има одређене недостатке, али да ће се залагати да се они отклоне у смислу „либералних начела“ (Крестић, Љушић 1991: 314).

4 Архив Србије (=АС), Лични фонд Јована Авакумовића (=ЈА), бр. 25

Опозицију Цинцар-Марковићевој влади чинили су: либерали окупљени око Јована Авакумовића, самосталци и стари радикали окупљени око Пашића и Вујића, тзв. пашићевци и вујићевци. Они су почетком 1903. године покренули заједнички лист „Уставна Србија“ (Јовановић, 1936: 275).

Влада Димитрија Цинцар-Марковића је указом од 16. јануара затворила седнице Народне скупштине, без усвојеног буџета за наредну годину. Тиме је учињена груба повреда Устава, јер краљ није имао право да указом продужи буџет без распуштања Скупштине и расписивања нових избора. Овај поступак је код опозиције изазвао буру негодовања. Могло се прочитати у *Одјеку* да је „Цинцар-Марковићева влада погазила Устав. Из неуставних осећања она је ушла у отворена неуставна акта. Најјаче право Народног представништва изиграно је. Корак по корак враћамо се владановштини која је већ једном Србију у црно завילה“. Самостални радикали су оптужили Владу да је намерно закључила Народну скупштину како би спречила посланике да дискутују о буџету. „Консеквенција је тога спречавања да ће Влада од сада насилно, против уставно, и примати и трошити, не имајући права више на вршење ранијег буџета и не имајући новог буџета одобреног од Народног представништва“ (*Одјек*, бр. 6, 19. јануар 1903. године). Опозиција је оптужила чланове „четврте партије“ и све који су били уз краља да отворено пропагирају начела личног режима. „Најјачи политичари ове странке, најумнији њени људи, најбољи беседници ломили су своју снагу и трошили свој углед за оснажење личног режима“, писао је „*Одјек*“. Самосталци су жестоко напали радикале у Влади да су издали странку, истичући да досадашња политика сарадње радикала и двора није донела ништа добро Радикалној странци. „Докле ли ће само господа из четврте партије, она која састављају и она која помажу данашњу Владу, звецкати са именима та четири радикална тантуза, кад се ево види какви су, и шта раде“ (*Одјек*, бр. 24, 6. фебруар; бр. 60, 19. март; бр. 78, 6. април; бр. 79, 9. април 1903. године). Владина штампа је одбијала нападе опозиције, тврдећи да после пропасти радикалско-напредњачког споразума, краљ није имао другог избора него да образује Владу на челу са генералом Цинцар-Марковићем. Провладин лист „*Слога*“ апеловао је на све странке у земљи да престану са странчарењем и да се окупе око краља као носиоца државне мисли. Краљ је на све начине покушавао да придобије што више људи из унутрашњости, „из редова свих партија“, који би пружили подршку Влади и њеном програму. Он је почетком фебруара започео предизборну кампању у којој су на јавним скуповима „срески и окружни начелници, али и сами министри објашњавали циљеве краља и владе.“ Кампања је имала за циљ да промовише резултате рада Владе и да докаже да гласине о поновном увођењу личног режима, које шире опозициони листови,

нису истините. Међутим, и самосталци и старорадикали су апеловали на радикале у локалним органима власти да не верују у предизборна обећања краља и Владе. Жестоко су напали радикале у влади што учествују у кампањи и позивали своје партијске другове у унутрашњости да не подносе оставке на положаје. Опозиција је организовала снажан политички отпор против владајућег режима, надајући се да ће на тај начин изазвати репресију која ће довести до пада режима (Рајић 201б: 401–402). „Одјек“ је позивао народ да се супротстави краљевим намерама да сву власт сконцентрише у своје руке.⁵ Док су радикали и либерали јавно критиковали режим, дотле су напредњаци пасивно посматрали догађаје. На позив Драгомира Рајовића напредњаци су 13. фебруара 1903. године одржали скуп у Београду. На скупу се разговарало о могућностима да се странка поново организује. Андра Ђорђевић је предложио да се изабере ужи одбор чији би чланови разговарали са виђенијим напредњацима о потреби да се поново покрене Напредна странка. На питање зашто истакнути припадници бивше Напредне странке нису дошли на скуп, Драгомир Рајовић је одговорио „да су лични обзири и личне размирице“ главни узрок расцепа међу напредњацима. Апеловао је на све присутне да забораве на међусобне несугласице из прошлости и да сву енергију усмере у правцу организовања странке (Одјек, бр. 32, 14. фебруар 1903. године). Међутим, Стојан Новаковић је одлучно одбио сваки разговор на ту тему, истичући да је краљева реакционарна политика супротна и „најумеренијем схватању напредњачког програма“ (Рајић 201б: 411). Напредњаци су тек 1906. године обновили странку, пошто су 12. фебруара 1906. године на конференцији у Београду усвојили начела и статут и за председника Главног одбора странке изабрали Стојана Новаковића (Крестић, Љушић 1991: 344). Опозиција је једва чекала да краљ повуче потез који је она дуго најављивала – да изврши државни удар. У чланку под насловом „Пред новим државним ударом“, самосталски „Одјек“ је обавештавао читаоце да се владар спрема за нови државни удар.

„Ми се данас налазимо“, писао је „Одјек“, „пред једним новим државним ударом, о коме нам је од престоничких листова прво владина Слога донела вест, па су за њом поновили и други листови. /.../ Као најодсуднији противници свих државних удара ми најенергичније

⁵ „Одјек“ је 17. фебруара 1903. године писао да краљевом реакционарном режиму „полицајци прискачу у помоћ и господа министри. Г. Велимир Тодоровић је отишао у Пожаревачки округ, г. Лазаревић у Ваљевски, г. Маринковић је већ био у Крагујевачком. Г. Тодоровић сазива конференције по окрузима. На њима се служи истим разлозима. То не треба да збуњује другове и пријатеље. Они знају да нису ничије робље. Сви имамо једнака права; и ми који се с владом часно и отворено боримо, и владине присталице, који влади слепо помажу.“ Позивао је председнике општина да се не одазивају „на пријатељске састанке и позиве министара и полицајаца.“

протестујемо против пуштања ових гласова од стране Владе“ (Одјек, бр. 30, 12. фебруар; бр. 40, 23. фебруар 1903. године).

Краљ је сматрао да је Устав из 1901. године дао велика овлашћења Народној скупштини и Сенату, и да је Закон о штампи омогућио претеране слободе каквих нема ни у много напреднијим земљама од Србије. Њему се није свидела чињеница што су радикали били заступљени у најважнијим државним институцијама. Више од пола године је био у недоумици да ли да редовним путем изврши промене у Уставу или да помоћу државног удара промени састав Сената и Државног савета. Божидар Маршићанин наводи да му је краљ 11. марта 1903. године саопштио да је одустао од намере да редовним путем изврши ревизију Устава. Редовним путем, истиче краљ, не може се ништа постићи, јер су радикали у већини општина на власти. „Иза ових бусија радикали ће се очајно борити на изборима, и Влада неће моћи добити већину. Само ће пролазити време у лудо и харчити се новац.“ Очигледно да је краљ намеравао да се помоћу државног удара ослободи не само радикала већ и других противника из Сената и Државног савета.

„Хоћу, дакле, само да растурих ове радикалске бусије, које су обмањујући ме, мојом помоћи подигли, па кад не буде више тих бусија, да се у изборној борби иза ових заклањају, онда нека се изврше избори за Народно представништво“, говорио је краљ (Маршићанин 1907: 100, 105).

По препоруци управника Београда Божидара Маршићанина, краљ је одлучио да ступи у контакт са вођом либерала Јованом Авакумовићем. На састанку до којег је дошло половином фебруара 1903. године, краљ је изјавио Авакумовићу да су радикали после доношења Устава из 1901. године заузели највише функције у државној администрацији, и да су се толико осилили да „сметају његовој краљевској власти у правилном развоју државних послова.“ Понудио је Авакумовићу мандат за састав нове Владе, али је он то одбио када је сазнао да се припрема државни удар. Авакумовићу је било јасно да краљ жели да га искористи у борби против радикала и да њихову превласт не може сузбити легалним путем, већ државним ударом (Авакумовић 2008: 477–478; Рајић 2011б: 412). Александар Обреновић је био бојкотован од стране партијских лидера и више није могао да се ослони ни на једну значајнију политичку странку у земљи. Немоћ краља да окупи око себе истакнуте страначке прваке опозиција је искористила да још енергичније нападне режим. У тако напетом политичкој атмосфери дошло је до уличних немира 5. априла 1903. године.⁶ Повод за демонстрације била је одлука министра унутрашњих дела да трговачки помоћници морају на исправама имати фотографије.

6 Демонстрације студената, ученика и радника одиграле су се 23. марта по старом, односно 5. априла 1903. године по новом календару.

Нова правила су предвиђала да легитимације помоћника буду исте као и служитељске, што је трговачки еснаф оценио као понижење. У позадини протестног скупа трговаца био је договор са великошколском омладином да се организују протести против најављеног државног удара. Уочи заказаног скупа испред двора, управник Београда Маршићанин је покушао да објасни организаторима скупа да се од трговачких помоћника не траже служитељске исправе и фотографије и да због тога најављени скуп нема смисла. Међутим, организатори нису одустали од збора и управник варошке полиције је забранио скуп. Великошколци и социјалисти су под вођством Димитрија Туцовића одржали ујутру збор у згради Велике школе на којем су оштро осудили реакционарну политику Александра Обреновића и његову намеру да изврши државни удар. На крају скупа организатори су позвали окупљене да се придруже трговачким помоћницима који су се окупили испред кафане „Таково“ на Теразијама. Пошто је овај скуп био забрањен, демонстранти су отишли на Мали Калемегдан, затим до Велике школе, па у Кнез Михаилову улицу и даље до Теразија, где су били заустављени од стране полиције. Демонстранти су узвикивали „Живео устав“, „Доле с краљем“, и „Живела република“. Покушали су да продру до двора, али нису успели да пробију полицијски кордон на Теразијама, па су се упутили ка Калемегдану. При повратку су демолирали уредништва провладиних листова („Малих новина“, „Слоге“, „Вечерњих новости“, „Српске независности“, „Двадесетог века“). Полиција није реаговала на провокацију и нападе изгредника. Управник Београда Маршићанин је издао наредбу полицији да не употребљава силу против демонстраната, већ „само да бележи коловође и главне кривце ових кривица, па ће се касније узети ствар у поступак“. На крају дана једна безазлена чарка између полицајца и неког младог радника у којој је овај други лакше повређен довела је да пуцњаве између полиције и демонстраната. На улице је изведена и коњица, која је била поздрављена од стране демонстраната. Наредба официра Николе Вујановића: „Пази не гази“, одушевила је демонстранте. „На ово је“, истиче Кацлеровић, „сакупљени свет са тротоара клицао: Живела војска!“. Око девет часова увече сукоб с полицијом је престао. У демонстрацијама је било: четворо погинулих демонстраната и седморица рањених, затим двојица тешко рањених полицајаца и седамнаесторица повређених (Живановић 1925: 297–300; Јовановић 1936: 281–286; Кацлеровић 1950: 33–41; Васић 2003: 45–47; Рајић 2011б: 414–415).

Немири су били најаву будућих догађаја и убрзали су краљеву намеру да промени постојеће стање у коме двор није могао да контролише рад најзначајнијих установа у земљи. Опозиција је оптужила режим да је унапред припремио мартовске догађаја како би што лакше укинуо Устав.

„Једном делу омладине“, писао је „Одјек“, „било је спречено да мирним путем протестује против ружних гласова о нападу на Устав и законе, а другом делу забрањено је да /.../ осуди једно решење министра унутрашњих дела, које је наносило тешку увреду једном часном реду грађанства“ (Одјек, бр. 78, 6. април 1903. године). Међутим, ове оптужбе нису биле основане. Полиција је у намери да избегне уличне демонстрације забранила скуп трговачких помоћника. Иницијатор демонстрација је, по свему судећи, била опозиција. Краљ није издао наредбу да се употреби оружје против демонстраната, већ је препустио управнику града Маршићанину да по свом нахођењу одреди мере за смиривање демонстраната. Његова наредба о употреби „грубе силе“ односила се на демонстранте који би покушали да се приближе двору. „Лепо радите, дакле како нађете да ће бити најбоље. Али знајте ово: ако би демонстранти дошли пред двор и овде почели правити какву комедију, бога ми, наредићу да их добро дочекају и почасте“, говорио је краљ (Маршићанин 1907: 116).

Дан након демонстрација, краљ је 6. априла 1903. године суспендовао Устав на свега 45 минута. За то време распустио је Сенат и Скупштину, поништио указе о наименовању сенатора, изменио састав Државног савета и већине судова, укинуо Законе о штампи, о изборима и о општинама. Исте вечери наименовани су нови сенатори и донесени нови Закони о штампи и општинама. Потом је 7. априла издао другу прокламацију⁷, којом је Априлски устав вратио у живот. Истог дана, краљ је именовао двадесет четири члана Сената и дванаест чланова Државног савета. Либерали су добили десет места у Сенату, напредњаци девет, а пет места су припала војницима. Иста је ситуација била и са члановима Државног савета. Краљ је именовао шесторицу либерала, петорицу напредњака и једног војника (Маршићанин 1907: 146–147; Живановић 1925: 302–303; Јовановић 1936: 281–301; Трифуновић 1995: 364–365; Рајић 2011б: 416–417). На тај начин краљ је заправо укинуо тековине двогодишње уставности и успоставио потпуну контролу над најважнијим државним институцијама. Постоје сумње да је краљ са десним крилима либерала и напредњака припремао нови Устав, који је планирао да прогласи указом 19. априла 1903. године. Драгиша Васић наводи да је краљ 5. априла на скупу деснокрилних либерала претресао нацрт новог Устава. На скупу су присуствовали: Светозар Гвоздић, Сима Несторовић, Петар Катић, Јеврем Андоновић и Живојин

7 У прокламацији краљ је правдао своју одлуку потребом да се престане са „штетним развијањем нашега политичкога и државнога живота“, који је наступио после доношења новог Устава, када су се „почеле развијати и узимати маха такве политичке струје, којима је једини задатак био да се Устав, који сам даровао/.../ употреби на штету мојега народа и његова напретка, и да се тражи оно, што је уставом потпуно забрањено“ (Српске новине, бр. 67, 7. април 1903. године).

Величковић. Предлог Устава је прочитао председник Владе Димитрије Цинцар-Марковић „из рукописа Андре Ђорђевића“. По том нацрту Скупштину би чинили 150 посланика, а од тога би две трећине били сељаци, а остали представници интелигенције, коју би чинили професори средњих школа и Велике школе, трговци и занатлије. Тај предлог није наишао на подршку председника Владе, генерала Цинцармарковића и либерала десног крила Живојина Величковића. „Парламент, који би из оваквог Устава произашао, не би то ни значео, већ скуп сељачких демагога, какав је, један од најпознатијих, био Алекса Нешић“, рекао је Величковић (Јовановић 1936: 303; Васић 2003: 105; Рајић 2011б: 417).

После државног удара, Влада је расписала изборе за Народну скупштину за 1. јун, а за Сенат за 18. јун 1903. године. Избори су спроведени на основу Привременог закона о изборима чланова Народног представништва од 5. маја 1903. године. Укинута је гласање куглицама и заведено гласање помоћу листића. Закон је допуштао да бирач може овластити друго лице да гласа уместо њега. Представници кандидатских листа су били избачени из бирачких одбора које су састављали општински органи власти. Привремени закон је задржао тајно гласање и бирачки цензус од 15 динара непосредног пореза. Бирачи нису гласали у својој општини, већ у одређеном месту које би влада за цео срез одредила (Српске новине, бр. 89, 5. мај 1903). Опозиција је оштро критиковала нови изборни закон. „Тајност гласања“, писао је „Одјек“, „поништена је одредбом да гласачки листић може попунити други ко (чл. 34); а чим неко други може попунити гласачки листић – ту већ више нема тајности.“ Опозиција је доказивала да је Влада овим чланом закона угрозила бирачко право огромном броју неписмених бирача (Одјек, бр. 1, 8. мај 1903. године). Јован Жујовић је 15. маја 1903. године издао проглас у којем наводи да је Цинцар-Марковићева влада доносиће овакав изборни закон имала намеру да на изборима за Народну скупштину потпуно онемогући „прави израз народне воље“. Критиковао је Пашићеве радикале да су својим пристанком на октроисани Устав из 1901. године „подупрли једну неискрену политику“, омогућивши генералу Цинцар-Марковићу овакав „изборни карађозлук“. На крају прогласа Жујовић је поручио Радикалној странци да не учествује у „изборној комедији“, да не наседа на разне политичке смицалице (Жујовић 1986: 112–113). Већи део опозиције је одбио да изађе на изборе. Старорадикали и самосталци су одлучили да бојкотују изборе. „Одјек“ је издао проглас под називом „*Нашим пријатељима*“, којим је позвао гласаче да на предстојећим изборима не гласају. „Изборима народних посланика, које је садашња Влада наредила /.../ иде се на то да се изигра и угуши воља народна и на тај начин састави једно лажно Народно представништво. С тога су самостални радикали одлучили да

не учествују у предстојећим изборима“ (Одјек, бр. 7, 16. мај; бр. 9, 18. мај 1903. године).

Од опозиције су једино либерали левог крила под вођством Јована Вакумовића планирали да изађу на изборе. На изборима владина листа кандидата је однела победу. Од 200.000 изашлих гласача, за Владу је гласало 182.638, или 90%. Највише посланичких места у Скупштини освојили су либерали – 72, напредњаци 34 и радикали 24, укупно 130 посланика (Рајић 2011б: 419). Избори за Сенат нису одржани, јер је група официра завереника у ноћи између 10. и 11. јуна 1903. године извршила атентат на краља Александра и краљицу Драгу.⁸

3. Закључак

Озбиљна криза владе Михаила Вујића и радикалско-напредњачког споразума из 1901. године наступила је септембра 1902. године. Увидевши да је споразум у кризи и да постоји озбиљна опасност да угрози опстанак династије, краљ Александар је одлучио да се врати на лични режим. Увод у то било је формирање Владе, која није имала страначки карактер, па је од савременика названа неутрална или генералска Влада, јер су у њој била три генерала. Поновно успостављање личног режима допринело је уједињењу опозиције, која је посредством штампе нападала Владу, али и краља и краљицу, стварајући такву климу у друштву да ће Србија моћи да се развија једино ако се ослободи династије Обреновић. Главну опозицију режиму чинили су радикали и либерали, док су напредњаци ћутали. Стојан Новаковић се противио идеји да Напредну странку, распуштenu 1896. године, треба поново организовати, јер се краљева политика после априлског државног удара у великој мери разликовала од најумеренијег схватања програма Напредне странке. Народно представништво је прво одложено, а затим је распуштено. По свему судећи, Скупштина која је давала подршку Вујићевој влади не би сарађивала са Цинцар-Марковићевим кабинетом. Владина листа је услед бојкота већег дела опозиције на мајским изборима 1903. године однела победу. Вође либерала и радикала су се приближиле у намери да збаце с престола последњег Обреновића. Кад су опозиционари увидели да њихов дотадашњи рад може пропасти, одлучили су да позову војску у помоћ. Рад Цинцар-Марковићеве владе насилно је прекинут превратом од 11. јуна 1903. године, у коме су убијени краљ Александар и краљица Драга, а династија Обреновић

8 Више о о мајском преврату из 1903. године види у: Јовановић 1936: 338-382; Казимировић 1990: 602-616; Исти 1997: 13-127; Васић 2003: 49-118; Драшковић 2006: 13-61; Антић 2010: 29-183; Рајић 2011б: 420-452.

збачена са власти. Осим краља и краљице, убијени су и председник Владе Димитрије Цинцар-Марковић и министар војни Милован Павловић.

Литература/References

Васић 2003: Драгиша Васић. *Деветсто трећа*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

Драшковић 2006: Радован Драшковић. *Преторијанске тежње у Србији. Апис и Црна рука*. Београд: Жагор.

Живановић 1925: Живан Живановић. *Политичка историја Србије у другој половини 19. века*, књ. 4. Београд: Геца Кон.

Јовановић 1936: Слободан Јовановић. *Влада Александра Обреновића*, књ. 3. Београд: Геца Кон.

Јовановић Стојимировић 2008: Милан Јовановић Стојимировић. *Силуете старог Београда*. Београд: Просвета.

Казимировић 1990: Васа Казимировић. *Никола Пашић и његово доба 1845–1926*, књ.1. Београд: Нова Европа.

Казимировић 1997: Васа Казимировић. *Црна рука, личности догођаји у Србији у Србији од преврата 1903. године до Солунског процеса 1917. године*. Крагујевац: Призма.

Кацлеровић 1950: Триша Кацлеровић. *Мартовске демонстрације и мајски преврат 1903. године*. Београд: Главни одбор ССЈ за Србију.

Љушић 2005: Радош Љушић. *Владе Србије 1805–2005*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

Маршићанин 1907: Божо Маршићанин. *Тајне двора Обреновића. Управитељеве белешке*, књ. 2. Београд: Штампариија Д. Димитријевића.

Пешић 2021: Мирослав Пешић. „Питање уставне реформе у Краљевини Србији 1901. године“. *Врањски гласник*, Зборник радова. Ур. Дејан Антић, Иван Бецић. Врање: Народни музеј, 126–139.

Поповић Обрадовић 2008: Олга Поповић Обрадовић. *Парламентаризам у Србији 1903–1914. године*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

Рајић 1999: Сузана Рајић. „Програм Либералне странке из 1901. године“. *Годишњак за друштвену историју*, свеска 2. Београд, 131–138.

Рајић 2011а: Сузана Рајић. „Нова политичка заједница и владе Михала Вујића 1901/2. године“. *Историјски часопис*, књ. LX. Београд, 505–539.

Рајић 2011б: Сузана Рајић. *Александар Обреновић. Владар на прелазу векова – сукобљени светови*. Београд: Српска књижевна задруга.

Стефановски 2010: Мирјана Стефановски. „Парламентаризам по Уставу из 1901. године“. *Два века српске уставности*, Зборник радова. Ур. Александар Фира, Ратко Марковић. Београд: Правни факултет, 239–257.

Станаревић 2012: Никола Станаревић. *Двадесет година Либералне (Националне) странке (1902–1922)*. Београд: Службени гласник.

Трифуновић 1995: Милош Трифуновић. *Историја Радикалне странке од постанка до 1903. године*. Београд: Српска радикална странка.

Необјављени извори:

Архив Србије – Лични фонд Јована Авакумовића.

Објављени извори:

Авакумовић 2008: Јован Авакумовић. *Мемоари*. Прир. Слободан Трулаков. Сремски Карловци – Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића.

Антић 2010: Антоније Антић. *Белешке*. Прир. Бора Димитријевић, Јелица Илић. Зајечар: Задужбина Никола Пашић.

Жујовић 1986: Јован Жујовић. *Дневник*, књ. 1. Прир. Драгоје Тодоровић. Београд: Просвета

Јовановић 1988: Владимир Јовановић. *Успомене*. Прир. Василије Крестић. Београд: Бигз.

Петровић 2009: Вукашин Петровић. *Мемоари*. Прир. Слободан Трулаков. Београд. Српска академија наука и уметности.

Програми и статуту српских политичких странака до 1918. године. Прир. Василије Крестић, Радош Љушић. Београд: Књижевне новине. 1991.

Стенографске белешке о раду редовне Народне Скупштине за 1902. годину. Београд: Краљевско-српска државна штампарија.

Тодоровић 1997: Пера Тодоровић. *Огледало зраке из прошлости*. Прир. Латинка Перовић. Београд: Медицинска књига.

Штампа:

Мали журнал, бр. 330, 14. децембар 1902. године

Одјек, бр. 39, 21. новембар 1902. године; Одјек, 41, 23. новембар 1902. године; Одјек, бр. 6, 19. јануар 1903. године; Одјек, бр. 24, 6. фебруар 1903. године; Одјек, бр. 30, 12. фебруар 1903. године; Одјек, бр. 32, 14. фебруар 1903. године; Одјек, бр. 40, 23. фебруар 1903. године; Одјек, бр. 60, 19. март 1903. године; Одјек, бр. 78, 6. април 1903. године; Одјек, бр. 79, 9. април 1903. године; Одјек, бр. 1, 8. мај 1903. године; Одјек, бр. 7, 16. мај 1903. године; Одјек, бр. 9, 18. мај 1903. године

Српска застава, бр. 247, 9. децембар 1902. године

Српске новине, бр. 282, 13. јануар 1903. године; Српске новине, бр. 67, 7. април 1903. године

Miroslav Pešić, PhD,
Associate Professor,
History Department,
Faculty of Philosophy, University of Niš
Republic of Serbia

**PARTY LIFE IN THE KINGDOM OF SERBIA AT THE
END OF 1902 AND THE BEGINING OF 1903**

Summary

The paper presents the life of political parties in the Kingdom of Serbia at the end of 1902 and the beginning of 1903. In an endeavour to strengthen his autocratic rule, King Aleksandar Obrenović dissolved the National Assembly elected during the mandate of the Government of Mihailo Vujić and imposed a new Constitution on 6 April 1901. After the resignation of the short-lived Government of Petar Velimirović, the cabinet of General Dimitrije Cincar-Marković was formed on 19 November 1902. The formation of this government was a sign that the last Obrenović wanted to return to the personal autocratic rule, as he had done in 1894. The opposition swiftly recognized the King's plans to change the Constitution and sharply attacked him through the press. The fierce opposition to Cincar-Marković's Government included the liberals gathered around Jovan Avakumović, the independents, and the old radicals gathered around Nikola Pašić and Mihailo Vujić. On 6 April 1903, King Alexander temporarily suspended the 1901 Constitution in order to dissolve the Parliamentary Assembly and, only 45 minutes later, he issued the proclamation by which he restored the 1901 Constitution. As the National Assembly was dissolved by these two acts, the elections for the National Assembly and the Senate were scheduled for 1 June 1903. The re-establishment of the King's autocratic regime accelerated the conspirators' preparations of a coup d'état which was carried out on the night between 10 and 11 June 1903, when King Aleksandar Obrenović was killed. The new National Assembly adopted the 1903 Constitution and elected a new king, Petar Karađorđević.

Keywords: *Dimitrije Cincar-Marković, parliamentarism, constitutionalism, radicals, liberals, progressives.*

UDK: 34(497.5 Cres-Osor)"1441":347.28(37)

UDK: 347.28(497.5)(094)(091)

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 28.05.2024.

Рад прихваћен: 22.08.2024.

Dr Ines Matic Matešković,*

Docent,

Pravni fakultet, Sveučilište u Rijeci

Republika Hrvatska

DOI: 10.5937/zrpfni-51257

ORCID 0000-0002-6101-8445

PRISUTNOST RIMSKE PRAVNE TRADICIJE U INSTRUMENTIMA OSIGURANJA TRAŽBINA CRESKO-OSORSKOG STATUTA**

Apstrakt: U radu se analiziraju pravni instituti usmjereni na osiguranje vjerovnikove tražbine te položaj dužnika i vjerovnika u Cresko-osorskom statutu u slučaju dužnikova neispunjenja dugovanoga. Statut veću pažnju posvećuje prvenstveno založnom pravu te na različite načine uređuje pravila oko zasnivanja zaloga na pokretninama i nekretninama, kao i oko prodaje založene stvari te namirenja vjerovnika iz vrijednosti iste. U radu se pruža pregled uređenja ovih instituta te njihovih specifičnosti, a na temelju provedene analize kritički se vrednuje geneza navedenih instituta te utjecaj rimske pravne tradicije na razvoj osiguranja tražbina u pravu Cresko-osorskog statuta.

Ključne riječi: Cresko-osorski statut, osiguranje tražbina, založno pravo, rimsko pravo.

* ines.matic@pravri.uniri.hr

** Rad je izložen na međunarodnom znanstvenom skupu 580. obljetnica Cresko-osorskog statuta, održanom 13. i 14. svibnja 2022. godine u Cresu i Malom Lošinj.

1. Uvodna razmatranja

Cresko-osorski statut donesen je 1441. godine te obuhvaća odredbe koje su se zapisivale i donosile u razdoblju od 1409. do 1608. godine, podijeljene na četiri knjige.¹ Izvori ukazuju na zaključak da to vjerojatno nije bio prvi statut ove komune te je, prema mišljenju Beuca, tekst Statuta zasigurno reformiran i u određenoj mjeri prilagođen mletačkim pravilima, uzimajući u obzir činjenicu da je u promatranom razdoblju otok Cres bio u sastavu Mletačke Republike (Beuc, 1953: 38). S obzirom da je Statut tiskan 1640. godine u Veneciji, na venecijanskom dijalektu talijanskog jezika, često se može susresti i neprecizan podatak o tome kako je Cresko-osorski statut donesen 1640. godine.

Obradom Statuta su se koncem 19. stoljeća bavili talijanski znanstvenici Stefano Petris² (1889. godine), Giuseppe Vassilich³ (1890. godine) te Silvio Mitis⁴ (1920. godine), utvrđujući poveznice s Italijom te nudeći određena nacionalno

1 U vrijeme donošenja statuta postojale su četiri komune: Osor, Cres, Beli i Lubenice te je tekst statuta pripremila povjerenstvo, a odobrili su ga predstavnici ove četiri komune i dužd Francesco Foscari, što ukazuje na određeni stupanj demokratskog postupanja i činjenicu da je tekst odobrila cjelokupna otočna zajednica.

2 Stefano Petris je o statutu pisao kao izrazito protalijanski orijentirana osoba. O podrijetlu obitelji Petris već je bilo govora u tekstu akademika Strčića. Valja imati u vidu da statut kakav se spominje u naslovu Petrisova rada *Lo statuto dell'isola di Cherso ed Ossero*, Ginnasio di Capodistria, Capodistria iz 1889. nikad nije postojao.

3 Giuseppe VASSILICH, statutu je posvetio značajan dio svog rada „Da dedizione a dedizione, appunti storico-critici sulle isole del Quarnero“, *Archeografo Triestino*, Trieste, 1890, II Serie, vol. XV (= XIIX), articolo N. 321., zatim se njime bavio u radu „Dopo i “Due Tributi”, Le Isole del Quarnero nel XI secolo e nella prima metà del XII, considerate nei loro rapporti con Venezia, con l'impero bizantino e coi re della Croazia“, *Archeografo Triestino*, 1887, II Serie, vol. XIII (= XVII), articolo N. 289, 287–341.

4 Najopsežniji rad posvećen statutu je napisao Silvio Mitis (Cres, 1853. – Trst, 1934.). Nakon završene gimnazije u Kopru studirao je u Beču i Grazu gdje je i diplomirao povijest. Bio je profesor povijesti u Zadru i jedno vrijeme profesor i direktor gimnazije u Pazinu, zatim u Caserti. njegovi radovi donose mnoga nova saznanja o povijesti Dalmacije a posebno otoka Cresa (*La Dalmazia ai tempi di Lodovico, Il Grande Re d'Ungheria, Storia di Ezzelino IV da Romano, Frammenti di Storia Liburnica Zara, 1890 i Storia dell'Isola di Cherso-Ossero dal 476 al 1409*, Parenzo, 1925, „La partecipazione di Cherso-Ossero alla civiltà italice“, *Archeologia Triestina*, vol. XIV, III serie, 1927). S Antoniom Cellom je osnovao creski muzej i dao temeljni fundus za njega. Proučavao je povijest grada Cresa i objelodanio niz značajnih dokumenata koji, imaju nesumnjivu znanstvenu vrijednost: *Alcuni reggitori di Cherso-Ossero dal 476 all'annessione dell'isola alla Madrepatria* i brojne druge. U članku koji se u dva nastavka bavi Cresko-osorskim statutom Mitis ističe da otok zapravo ima svega dva opširna pravna izvora: Ingaldov tekst Osorskog i Cresko-osorski statut koji je u nekoliko primjeraka objavljen 1640. u Veneciji. Taj pisac ističe da su te isprave *di una importanza grandissima* jer uređuju javno pravo, ali i najvažnije komponente života na Otoku. Taj je pisac opisao i fizičke značajke teksta objavljenog statuta. Glede teksta pojedinih odredaba statuta Mitis ističe da se upotrebljavaju različite oznake koje upućuju na teškoće kompilacije. Mitis se

romantičarska promišljanja o pravnim institutima koje Statut uređuje (Margetić, 2012: 436). Što se tiče hrvatskih znanstvenika, vrlo iscrpnu raspravu o Statutu napisao je Ivan Beuc⁵ (1953. godine), međutim, i ona je lišena detaljnijih odgovora o pravnom razvoju Osora i analizi pojedinih instituta u Statutu. Ključni doprinos za analizu Cresko-osorskog statuta dao je akademik Lujo Margetić koji je priredio prvi prijevod ovoga Statuta na hrvatski jezik, a planirao je i iscrpnu analizu njegovih odredbi, no, nažalost, preminuo je prije nego li je uspio dovršiti to istraživanje.

S obzirom da je Margetić proveo niz veoma iscrpnih istraživanja hrvatskih srednjovjekovnih statuta, uključujući i brojne komparativne analize, njegova sistematizacija pripadnosti pojedinih srednjovjekovnih statuta određenoj pravnoj regiji od ključnog je značaja za daljnje analize. Prema Margetićevoj sistematizaciji⁶ (Kosanović, 2010: 138 i Margetić, 1983) Cresko-osorski statut dio je Kvarnerske regije, iako se po nekim analizama svrstava i u Dalmaciju⁷ (Margetić, 1989: 73). *Cresko-osorski statut je normativni izvor lokalnog prava koji je važio ne samo u navedena dva gradska središta nego se izričito spominju Lubenice i Beli, otok Zaglav, ali i druga mjesta na Otoku. Kontekst mnogih odredaba je takav da se odredbe odnose na cijeli Otok. U nekim odredbama se to izričito navodi. U kontekstu Statuta Otok je označavao otoke Cres, Lošinj, ali i druge otoke Cresko-lošinjskog arhipelaga. Iz toga slijedi da je Cresko-osorski statut važan izvor municipalnog prava za velik dio Kvarnera* (Margetić, 2012: 438). Ipak, znakovito je da je ovaj Statut po svojim rješenjima najbliži grupi istarskih statuta,⁸ na što će se ukazivati u nastavku rada (Margetić, 1996: 178–180; Margetić, 1997: 169–173; Margetić, 198: 1).

Odredbe obveznog i stvarnog prava koje se odnose na osiguranje tražbine i pitanje namirenja u slučaju neispunjenja od strane dužnika, one su koje svjedoče o ekonomskim prilikama određene zajednice i stupnju razvijenosti

na kraju svog rada bavio pitanjem vjerodostojnosti teksta koji je kao Cresko-osorski statut objavljen u Veneciji na venecijanskom dijalektu talijanskog jezika.

5 Historiografija na hrvatskom jeziku počela se ozbiljnije baviti Cresko-osorskim statutom tek nakon 1945. Među prvima je tekst Ivana Beuca objavljen u Vjesniku Državnog arhiva u Rijeci, sv. 1, 1953. Osorska komuna u pravno- povijesnom svjetlu.

6 *U svojim razmatranjima srednjovjekovnog hrvatskog prava Lujo Margetić teritorijalno je definirao pravne regije...Posebnu pravnu regiju Dalmacije za njega čini prostor od Krka do Budve. Naime, iako se često dotiče pravnih sustava Cresa, Krka, i Raba u svojim komparativnim analizama vezanim uz razvoj prava u Dalmaciji, oni su prema njegovoj podjeli smješteni u Kvarnersku pravnu regiju.*

7 *Cres je bio u orbiti snažnog mletačkog utjecaja, čak od doba kad je Bizant za Bazilija II bio na vrhuncu snage i zato je razumljivo da je i pravni sustav toga otoka imao mnoge aspekte mletačkog prava. Ipak, imao je i mnoge samostalne karakteristike.*

8 Kada govori o Cresu na više mjesta upozorava na veću povezanost s Istrom, kao i na osobito izražen utjecaj mletačkog prava.

organizacije života. U Cresko-osorskom statutu generalno se može uočiti tendencija sređivanja odnosa između vjerovnika i dužnika s ciljem da se osigura čim veći stupanj pravne sigurnosti, kao osnovni preduvjet daljnjeg ekonomskog napretka i poboljšanja ekonomskih prilika. Ovaj Statut sadrži odredbe o osiguranju tražbina, kako materijalne, tako i postupovne te odredbe iz kojih zaključujemo o postojanju različitih oblika osobnog i stvarnog pojačanja ugovornih obveza. Stvarnim pojačanjem obveznog odnosa ugovorni se odnos može pojačati davanjem stvari ili novca pa u ove oblike osiguranja tražbine ubrajamo kaparu i založno pravo na pokretnim i nepokretnim stvarima, dok se osobnim osiguranjima pojačava obveza dužnika ugovornom kaznom ili pak uključivanje jamca kao dodatnog dužnika uz glavnog dužnika (Bego, 2017: 239). Iako se većina statutarnih odredbi odnosi na založno pravo na pokretninama i/ili nekretninama, za osiguranje tražbina koristili su se i drugi instituti iz kojih je razvidna ideja zaštite ugovornog položaja vjerovnika, kao što je jamstvo i kapara, ali i određivanje prava prvenstva pri namirenju određenih kategorija tražbina te mogućnost vjerovnikova ulaganja prigovora na raspolaganja dužnika. Svrha ovoga rada je analizirati navedene odredbe te utvrditi aspekte koji predstavljaju poveznice i potvrdu da i tadašnje hrvatsko pravo ima elemente rimske pravne tradicije te da čini dio europske pravne baštine.

2. Osobno pojačanje obveznog odnosa

2.1. Jamstvo

Osobnim osiguranjima pojačava se obveza dužnika, ugovornom kaznom, ili se netko treći uključuje u obvezu pored dužnika pa govorimo o jamstvu. Jamstvo ili poručanstvo (*adpromissio*) oblik je osobnog osiguranja tražbine uvođenjem dodatnog dužnika, jamca, na strani glavnog dužnika koji se vjerovniku obvezuje da će ispuniti valjanu i dospjelu obvezu dužnika, ako ovaj to ne učini⁹ (Romac, 1975: 39; Margetić, 1997: 221). Cresko-osorski statut dotiče se jamstva u nekoliko odredbi iz kojih svakako možemo zaključiti kako je jamstvo bilo poznat način osiguranja tražbine vjerovnika uvođenjem u obvezni odnos dodatne osobe na strani dužnika.

Jamstvo je prema Statutu imalo akcesorni karakter pa je obveza jamca mogla postojati samo uz obvezu glavnog dužnika,¹⁰ međutim iz odredbi nisu

9 Rimsko poručanstvo u doba Justinijana imalo je strogo imovinskopравни aspekt te dvije temeljne značajke: poruk je imao pravo na, tzv. *beneficium divisionis* što znači da je u slučaju postojanja više poruka svaki od njih bio obvezan na odgovarajući dio obveze glavnog dužnika, a ne na cijeli dug te pravo *beneficium ordinis seu excussionis* što je obvezivalo vjerovnika da najprije pokuša svoju tražbinu namiriti tužbom i izvršenjem naplate od glavnog dužnika, a tek potom od poruka.

10 Navedeno je usporedivo s rimskim pravom od razdoblja Justinijana. Na kvarnerskom području najpotpunije odredbe o jamstvu nalazimo u Krčkom statutu koji valjanost jamstva

razvidne druge karakteristike, kao što je pitanje supsidijarnosti jamčeve obveze ili pravo regresa. Odredbe koje spominju jamce prvenstveno su usmjerene na osiguranje namirenja sudskih troškova kao preduvjeta za pokretanje sudskog postupaka (Margetić, 1989: 98).

Takav primjer je odredba koja regulira situaciju kada stranac podnese tužbu protiv otočanina. Stranac je u tom slučaju dužan prethodno predložiti kneževoj vlasti jednog otočanina, koji će jamčiti za sudske troškove, ili položiti dostatan zalog kod kamerlenga komune¹¹ (Margetić, 2012: 451). Na tom tragu je i odredba o tome da je klerik ili crkvena osoba dužna prethodno pružiti jamstvo za troškove spora, ako hoće sudski zahtijevati neku stvar od nekog otočanina. Slično kao i u Korčulanskom statutu,¹² odredbe o jamstvu ovdje se odnose na jamstvo na sudu koje je tuženi dužan dati kao osiguranje da će ispuniti presudom utvrđenu obvezu (Šeparović, 1987: 102; Foretić, 2014).

Jamci su bili potrebni i pri ugovaranju zakupa općinske imovine pa se reformacijama Statuta iz 1586. koje dopunjuju starije statutarne odredbe s obzirom na poslovanje kamerlenga, određuje, da je pisar komune dužan u knjizi inkanta ubilježiti, poslije završenog inkanta, odluku, kojom se dodijelio zakup općinske imovine određenom licu, te dva jamca, ako vrijednost zakupa nije prelazila 300 lira godišnje, a za svakih 200 lira više, jednog jamca poviše.

O značaju jamstva govori i odredba o razbaštinjenju sina iz koje razaznamo da je insolventni dužnik bio zatvaran do ispunjenja činidbe vjerovniku, a zatvora se mogao osloboditi ukoliko bi imao jamca. Naime, odbijanje sina da bude jamac za svog oca nakon što je otac dospio u zatvor zbog duga, predstavlja jedan od četrnaest taksativno navedenih slučajeva koje Statut predviđa kao opravdane i valjane temelje za razbaštinjenje sina¹³ (Margetić, 2012: 502).

uvjetuje postojanjem notarske isprave te ugovaranjem ugovorne kazne, a propisuje da jamac odgovara kao glavni dužnik, iz čega je razvidno arhaično shvaćanje. Za razliku od toga, Riječki statut propisuje supsidijarnost jamstva pa jamac odgovara samo ako se bezuspješno pokušalo izvršenjem na imovini glavnog dužnika. Iz navedenoga se može zaključiti kako Krčki statut slijedi ranosrednjovjekovno pravo i načela langobardskog prava, dok Riječki statut prihvaća rimska pravna načela u skladu s Justinijanovim zakonodavstvom.

11 Čl. 8 *Statuiramo i naređujemo, ako neki stranac želi zahtijevati od nekoga našeg otočanina neku stvar na sudu, prije nego što je njegov zahtjev prihvaćen, treba dati jednoga od naših otočana kao jamstvo dovoljnog za pokriće troškova i koji je prihvatljiv za vlast ih predati zalog općinskom blagajniku, dovoljan za utvrđeni zahtjev. Nakon što je takvo osiguranje predano, bit će takav stranac saslušan i obavljen postupak u skladu s prethodnim poglavljem.*

12 U Korčulanskom statutu odredbe o jamstvu odnose se na jamstvo na sudu koje je tuženi dužan dati kao osiguranje da će ispuniti presudom utvrđenu obvezu u sporovima vrijednosti iznad jednog perpera, a to u slučaju da na Korčuli nema pokretne ili nepokretne imovine tolike vrijednosti.

13 Čl. 231.: *Slučajevima u kojima otac ili majka mogu razbaštiniti sinove: Kako je u knjizi ovoga Statuta određeno da nitko ne može razbaštiniti sinove ili neke od njih, ako se to ne*

Slijedom navedenoga, možemo zaključiti kako srednjovjekovni poruk prema Cresko-osorskom statutu ima obilježje akcesornosti, ali ne pronalazimo odredbe iz kojih bi mogli donijeti zaključak o supsidijarnosti, iako bi po tom pitanju bilo vrlo korisno vidjeti praksu koja, nažalost, još uvijek nije dostupna, a koja bi mogla, kao i kod primjera dalmatinskih srednjovjekovnih statuta i usporedne prakse iz notarskih knjiga, pokazati da se ovo obilježje ipak pojavljivalo (Margetić, 1997: 221–222).

3. Stvarno pojačanje obveznog odnosa

3.1. Kapara

Kapara (*arrha*) je iznos novca ili određena stvar koju jedna od stranaka prilikom zaključivanja ugovora daje drugoj strani kao znak da je ugovor zaključen. U klasičnom rimskom pravu *arrha* je mogla služiti samo kako dokaz o zaključenju ugovora (*arrha confirmatoria*), dok je Justinijan predvidio da se kapara ugovori i kao odustatnina (*arrha poenitentialis*) pa stranka koja je dala kaparu može odustati od ugovora prepuštanjem danog iznosa, dok je primalac kapare u slučaju odustajanja od ugovora dužan primljenu kaparu vratiti u dvostrukom iznosu (Romac, 1975: 64).

Analiza statutarnih odredbi, kao i do sada provedenih istraživanja na temu kapare u srednjovjekovnim statutima, neizbježno nameće pitanje kapare kao potencijalnog instrumenta osiguranja potraživanja, iako je takva njezina funkcija vrlo dvojbeni sa stajališta znanstvenika koji su se bavili tom problematikom. Kako tumači Margetić, davanje kapare je zapravo obvezatna forma

odnosi na razumne slučajeve, a te se slučajeve ne zna; i zato da bi svima bili poznati ti slučajevi u nastavku se utvrđuje u kojim slučajevima dolazi do razbaštinjenja. Treba znati da postoji 14 slučajeva: prvi, ako bi sin dignuo ruku na oca, da bi ga povrijedio; drugi, ako bi počinio veliku uvredu ili povredu prema ocu; treće, ako bi optužio oca za kaznena djela osim ako je riječ o kaznenom djelu protiv državne vlasti ili ako bi počinio uvredu veličanstva, tj. protiv države, jer u ta dva slučaja otac ga ne može razbaštiniti; četvrto, ako bi sin zločinački živio sa zločincima; peto, ako bi sin nastojao ili snovao o očevoj smrti; šesto, ako bi sin prijevarno podigao spor protiv oca u kojem bi rečeni sin namjeravao nanijeti ocu štetu i zlo; sedmo, ako bi otac nakon što je dospio u zatvor zbog duga zatražio od sina, da mu bude jamac, a sin ne bi dao osiguranje za oca; ovaj slučaj odnosi se samo na muške osobe; osmo, ako bi sin zabranio ocu oporučiti; deveto, ako bi sin bio tužiteljem protiv očeve volje, osim ako bi otac učinio isto; deseto, ako kćer ne bi poslušala oca koji ju želi dati u brak i dati joj miraz u skladu sa svojom imovinom, već ona umjesto toga želi živjeti razvratno; jedanaesto, ako bi sin imao odnose s maćehom ili s očevom konkubinom; dvanaesto, ako bi sin loše postupao s ludim ocem, u kojem je slučaju odmah razbaštinjen; trinaesto, ako sin ne bi htio otkupiti oca od Saracena pa u tom slučaju, ako otac umre u zatvoru, nasljedstvo pripada crkvi; četrnaesto, ako bi otac bio katolik, a sin heretik.

sklapanja utuživog obveznog pravnog posla koji se njome perfektuira¹⁴ (Margetić, 1997: 170 *et seq.*).

U Cresko-osorskom statutu kapara je predmet uređenja u članku 222. te imamo specifičnu situaciju, sličnu onoj u Dubrovačkom statutu¹⁵ (Kapović, 1990; Cvitanić, 1998.; Foretić, 2014; Margetić, 1993). Naime, Cresko-osorski statut uređuje kaparu na način da razlikuje posljedice davanja malog novčića na ime kapare i davanje jednog groša ili više. Jasno je da je kapara od malog novčića¹⁶ (Margetić, 1997: 175) samo forma sklapanja pravnog posla,¹⁷ tj. da je to *arra confirmatoria* klasičnog rimskog prava,¹⁸ (Margetić, 1997: 171) dok u drugom slučaju možemo uočiti naznake ideje kapare u pravom smislu riječi gdje je dana kapara imala funkciju ugovorne kazne (*arrha poenalis*) kojom se osigurava izvršenje već sklopljenog ugovora (*arrha pacto perfecto data*) i u tom je slučaju strana koja ne bi izvršila ugovor gubila predanu kaparu, odnosno vraćala dvostruku primljenu kaparu kao naknadu štete¹⁹ (Margetić, 1997: 172).

14 Margetić na primjeru Splitskog i Dubrovačkog statuta pojašnjava kako u ovim pravnim vrelima kapara nedvojbeno nema sadržaj i značenje kapare rimskog i modernog prava već predstavlja obvezatnu formu sklapanja utuživog obveznog pravnog posla koji se njome perfektuira pa se zato takva „kapara“ može sastojati u novcu, ali i u davanju bilo koje stvari uz čega proizlazi da nije važna ni visina ni oblik „kapare“.

15 U Korčulanskom statutu kapara se definira kao učvršćenje pogodbe i znak nastanka obveze između vjerovnika i dužnika, pritom ne dajući naznaku o tome da bi služila i kao osiguranje ispunjenja te pogodbe. U Splitskom statutu pronalazimo odredbe o tome kako dužnik pri zaključenju ugovora daje određenu vrijednost vjerovniku koji ga na taj način može lakše natjerati na izvršenje obveze, odnosno, kaže da je prodaja s kaparom *sit firmum et ratum*, čvrsta i valjana, što također ukazuje da ovdje nije riječ o institutu koji služi osiguranju ispunjenja obveze već ima funkciju forme sklapanja pravnog posla. Dubrovački statut uređuje kaparu na sličan način kao Splitski i Korčulanski, s tim da razlikuje posljedice davanja kapare od jednog folara ili više folara, gdje je jasno da je kapara od jednog folara samo forma sklapanja pravnog posla, dok u drugom slučaju možemo uočiti naznake ideje kapare u pravom smislu riječi jer je u slučaju neispunjenja obveze ugovorna strana dužna vratiti dvostruki iznos. Opravdano je zaključiti kako je statutarnom pravu Dalmacije, kao što i Margetić više puta argumentira, kapara služila prvenstveno kao dokaz zaključenja ugovora i vrijednošću nije mogla vršiti funkciju osiguranja potraživanja. Ona je, kao i zalag u svojoj ranijoj arhaičnoj fazi, zapravo bila određeni znak da je ugovor sklopljen.

16 *Davanje jednog novčića nesumnjivo je posljedica starijeg utjecaja langobardsko-franačkog prava i tek se oživljavanjem utjecaja rimskog prava, radom glosatora i postglosatora, kapara u Dalmaciji približila nama poznatim pravnim ustanovama arra confirmatoria i arra poenentialis.*

17 Forma sklapanja ugovora davanjem novca male vrijednosti sačuvala se i na Rabu, u Dubrovniku, Korčuli, Kotoru s time da u svakome od tih gradova taj tip ugovora pokazuje određene specifičnosti.

18 Margetić smatra da to nije ni puka *arra confirmatoria* rimskog prava, odnosno dokaz zaključenja pravnog posla, već forma pravnog posla.

19 Sličnu odredbu nalazimo u Dubrovačkom statutu koji razlikuje posljedice davanja „kapare“ od jednog folara, tj. malog bakrenog novca, od davanja više folara ili kapare koja se

Creski statut u glavi 222. govori o kupoprodaju sklopljenoj tako da se daje *mali dinar za kaparu* pa ako jedna od strana ne ispuni svoju obvezu, plaća kaznu od 50 lira. Ako se za kaparu daje veći iznos, strana koja ne ispuni ugovornu obvezu plaća tih 50 lira kazne, ali povrh toga je dužna platiti i dvostruki iznos kapare. Iz navedenoga, kako ukazuje Margetić, po Cresko-osorskom statutu ne postoji bitna razlika između dviju vrsta kapare jer ona u oba slučaja ima značaj odustatnine, dok je također u oba slučaja istovremeno prema Cresko-osorskom statutu kapara i forma sklapanja ugovora. S obzirom da u nastavku odredbe stoji da kupoprodaja učinjena pred svjedokom ostaje valjana bez obzira na davanje kapare, Margetić u svojoj analizi zaključuje kako je Creski statut, kao statut novijeg datuma, prihvatio „kaparu“ samo kao relikviju prošlosti jer priznaje kao pravno valjane i one ugovore koji su sklopljeni pred svjedokom, a bez davanja kapare kao forme sklapanja ugovora²⁰ (Margetić, 1997: 173).

3.2. Založno pravo

Potreba za osiguranjem potraživanja nastala je vrlo rano. Iako vjerovnik (*creditor*; od latinske riječi *credere* – vjerovati) ima povjerenja u svog dužnika pa zato s njim i zasniva neki obveznopravni odnos, u određenim slučajevima vjerovnika ne zadovoljava osobna odgovornost dužnika pa zahtijeva da određena stvar iz imovine dužnika odgovara za dato potraživanje time što će na njoj biti zasnovano založno pravo. Na taj način se, pored osobnog osiguranja u kojem jamac odgovara vjerovniku da će dužnik isplatiti tražbinu, pojavljuje i stvarnopravno osiguranje predmetom koji odgovara za tražbinu svojom vrijednosti, a najvažnija forma stvarnopravnog osiguranja tražbina je založno pravo (Stojanović, 1965: 226). Ideja zaloga vrlo je dobro poznata i razrađena u modernom pravu, ali to je prije svega ideja modernog vremena. Takva, nama dobro poznata ideja izrasla je, u povijesti prava, iz sasvim drugačije ideje koja ukazuje na primitivni pojam te transakcije te naglašava razvoj ovog pravnog instituta u kasnijim fazama.²¹

sastoji od nekog drugog predmeta. U prvom slučaju je riječ isključivo o formi pravnog posla, dok u drugom slučaju preteže ideja prave kapare, što posebice proizlazi iz obveze vraćanja dvostrukog iznosa kapare ako ugovorna strana ne ispuni svoju obvezu. U tom slučaju kapara ima ulogu odustatnine s rimskim i modernim značajkama, ali i dalje nesumnjivo zadržava i ulogu forme pravnog posla. Usporedivu odredbu sadrži i Korčulanski statut.

²⁰ Prema Margetiću, *kapara je postala u creskom pravnom sustavu samo prežitak, arhaična forma koju se poštivalo samo zbog običaja koji se nije htio naprasno iskorijeniti.*

²¹ Vidi više John H., WIGMORE, “I. The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas.” *Harvard Law Review* vol. 10, br. 6, 1897., 321–350; John H., WIGMORE, “The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas. II.” *Harvard Law Review* vol. 10, br. 7, 1897., 389–417; John H., WIGMORE, “The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas. III.” *Harvard Law Review*, vol. 11, br. 1, 1897., 18–39.

Založno pravo u statutima u kojima su vidljivi ostaci starijeg prava je vrlo slično kapari u smislu da predstavlja oblik sklapanja ugovora pri čemu je *pignus* znak da je ugovor sklopljen, a ne osiguranje namirenja. Tek u kasnije doba pisanja istarskih statuta založno pravo pojavljuje se kao stvarno pravo na tuđoj stvari koje se zasniva s ciljem osiguranja vjerovnikove tražbine te mu se posvećuje velika pozornost (Margetić, 1983: 41).

Analizom odredbi Cresko-osorskog statuta, zaključujemo kako statut poznaje založno pravo i u smislu zaloga kao znaka da je ugovor sklopljen, ali i kao stvarno pravo na imovini dužnika koje služi osiguranju vjerovnikove tražbine i koje je akcesornog karaktera. Uz odredbe o vlasništvu, ovo je stvarno pravo kojem statut posvećuje najviše pažnje. Slijedom analize statutarnih odredbi možemo zaključiti kako statut uređuje *pignus* odnosno ručni zalog kao posjedovno sredstvo osiguranja i hipoteku, to jest, ugovorni zalog kao neposjedovno sredstvo osiguranja tražbine²² (Petрак, 2016: 114–145). Ujedno, statut poznaje dobrovoljno založno pravo nastalo ugovorom među strankama, ali i zakonsko te sudsko založno pravo. Iz statutarnih odredbi je razvidno kako su predmet založnog prava mogle biti kako pokretnine tako i nekretnine.

Postojanje svih navedenih oblika založnog prava u širem smislu dokazom je razvijenosti novčanog prometa, kredita, ali i lihvarstva jer se založno pravo pojavljuje onda kada vjerovniku za njegovu tražbinu ne daje dovoljnu garanciju sama dužnikova osoba ni njegovi eventualni osobni jamci. Zbog razvijene trgovine i prometa institutu zaloga davalo se istaknuto mjesto u statutarnim odredbama koje su redom bile usmjerene na rigoroznu zaštitu vjerovnika.

Brojnost odredbi koje se odnose upravo na postupak javne dražbe radi prodaje založenih nekretnina navodi na zaključak da je nekretnina najpouzdaniji i najčešće korišten predmet osiguranja vjerovnikovih tražbina, pogotovo ako uzmemo u obzir da ručni zalog zapravo i nije imao vrijednost u smislu eventualnog namirenja tražbine,²³ a jamstvo se opet (najčešće) svodilo na to da jamac garantira svojom nekretninom (Margetić, 1997: 173; Margetić, 1983: 41).

22 Razlikovanje ručnog zaloga i hipoteke kao oblika založnog prava na nekretninama i pokretninama razvija se tek u 17. stoljeću zahvaljujući tumačenju Huga Grotiusa prema kojem *pignus* može postojati samo na pokretninama, a hipoteka samo na nekretninama. U rimskom pravu, sukladno Ulpianu (D. 13.7.9.2. *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio as creditorem*. Kažemo da je ručni zalog u pravom smislu onaj kod kojeg se stvar predaje vjerovniku, dok kod hipoteke posjed ne prelazi na vjerovnika.) *pignus* i *hypotheca* razlikovali su se isključivo s obzirom na činjenicu je li založni vjerovnik imao posjed založene stvari ili ne, a ne s obzirom na to je li predmet zalaganja pokretna ili nepokretna stvar. Slijedom navedenoga, u rimskoj pravnoj tradiciji bila je poznata i, tzv. *hypotheca rei mobilis* koja se odnosila na založno pravo na pokretnoj stvari bez predaje posjeda stvari založnom vjerovniku.

23 *Pignus* je najčešće bio forma sklapanja ugovora.

Značajno je napomenuti da vjerovnik nije mogao, kao u rimskom pravu, bez daljnjega sam prodavati založenu stvar ako dužnik nije izvršio svoju obvezu prema njemu, već je to mogao jedino uz dozvolu službenika. Vjerovnik nije bio ovlašten uzeti zalog od svog dužnika bez dozvole kneževe vlasti, a ako je to učinio bio je dužan vratiti, a pored toga bio je kažnjen. Očigledno je ova odredba smjerala riješiti neke probleme koji su se pojavljivali u praksi i njome se nastojalo zaštititi siromašnog dužnika koji je slabija ugovorna strana i u nepovoljnijem položaju. S istim ciljem, *lex commissoria*²⁴ nije bila dozvoljena statutom (Romas, 1975: 309–310).

Vjerovnici su, dakle, mogli svoja potraživanja ostvariti, ukoliko dužnici ne bi u roku podmirili svoja dugovanja, samo na osnovu sudske presude. Vjerovnici nisu mogli založene stvari svojih dužnika uzimati po svojoj volji i bez odredbe suda. U slučaju da su vjerovnici dokazali svoje potraživanje, koje je moglo nastati iz samog obećanja, ili na osnovu predane kapare, sud je bio dužan donijeti presudu u korist vjerovnika te ako dužnik nije imao odakle podmiriti svoj dug ili nije mogao dati zalog, ili je dao zalog, ali nedostatan, bio je dužan dužnika staviti u zatvor toliko dugo dok nije isplatio vjerovniku glavicu i troškove. Ako bi dužnik mogao dati jamca za svoje dugovanje, sud ga je morao pustiti na slobodu.

Kad je prošao rok podmirenja vjerovnikovog potraživanja, vjerovnik je mogao zatražiti da *Resimento* dade zalog na javnu dražbu, u kom slučaju sud je bio dužan dati nalog dužniku, da u roku od 15 dana iskupi zalog. Ukoliko dužnik to ne učini u postavljenom roku, daje se zalog na prodaju putem javnog nadmetanja (*publico incanto*). Ako bi dužnik posjedovao nekretninu, vjerovnik je mogao na osnovu sudske presude preuzeti posjed, tj. držanje dužnikovih stvari. Prodaja se vršila putem detaljno uređenog postupka javne dražbe koju je provodila vlast, a prethodila joj je procjena nepokretnog zaloga od strane dva čovjeka dobra glasa, kako bi se *zaštitilo siromašne*. Iz kupovnine se podmiruju potraživanje vjerovnika i njegovi troškovi na sudu, a ostatak se vraća dužniku pa je razvidno da statutarno pravo poznaje institut *superfluum* ili *hyperocha*²⁵ (Petрак, 2016: 144). Ako zalog nije bio dovoljan za podmirenje, vjerovnik je podnio tužbu za ostatak. Ovaj se postupak primjenjivao i u slučaju ako zalog nije odredio dužnik, nego oficijal, po odredbi suda, radi izvršenja sentencije.

24 U najstarije doba rimskog prava je dogovarano da će založena stvar pripasti založnom vjerovniku ako dužnik ne bi ispunio svoju obvezu i taj dogovor nazivao se *lex commissoria*, a zabranio ga je car Konstantin.

25 *Hyperocha*, lat. višak; u rimskom pravu pojam kojim se označava iznos novca koji preostane nakon što založni vjerovnik prodajom založene stvari u potpunosti namiri svoju tražbinu te je dužan taj iznos predati založnom dužniku. U istom se značenju u rimskom pravu koristio i pojam *superfluum*, a oba su preuzeta u hrvatsku građanskopravnu dogmatiku.

Pokretni zalozi, prije nego bi se dali na dražbi, stajali su u kneževoj kancelariji osam dana, a potom bi se stavili na dražbu najmanje dvije nedjelje, a ako je nepokretan zalog, u tri nedjelje. Prilikom proglašenja nadmetanja postavio se je rok od 8 dana, ako je bio pokretni zalog, za upotrebu prava prvokupa i isplate, a ako je zalog bio nekretnina, vrijedio je rok od dva mjeseca za prisutne, a šest mjeseci za odsutne. Kupovnina zaloga je određena najvećom ponuđenom sumom prilikom javne dražbe.

Kod prodaje rođaci i susjedi su mogli primijeniti svoje pravo prvokupa, vjerojatno s ciljem očuvanja objedinjenosti zemlje, a zbog vezanosti obitelji za zemlju. Oni su također mogli podmiriti dugovanja te je u tom slučaju pravo potraživanja vjerovnika cedirano na njih. Kupac zaloga prodanog na dražbi morao je čekati šest mjeseci, ako je zalog bio nekretnina, i ako su rođaci ili susjedi odsutni, radi eventualne primjene njihova prava prvokupa.

Ako bi vjerovniku nestao zalog, nije zato plaćao kaznu, nego samo vrijednost zaloga, koju određuje vlasnik zaloga zakletvom. Ova odredba daje naslutiti da založni vjerovnik nije imao posjedovna sredstva zaštite kako bi vratio oduzeti posjed založene stvari.

Primjere sudskog založnog prava prepoznavamo u odredbi o pignorciji imovine stranca u slučaju da otočanin potražuje izvjesnu činidbu od stranca, a ovaj se ne nalazi na otoku, a vlast pod koju spada stranac nije voljna sudskim putem priznati pravo otočanina. U tom slučaju ustanovljuje se sudsko založno pravo na imovini stranca koje služi da se tom imovinom naknadi potraživanje otočanina.

Zakonsko založno pravo razvidno je iz odredbi o namirenju najmodavca za potraživanje najamnine²⁶ te namirenju žene za potraživanja koja prema muževoj imovini ima u pogledu miraza i protumiraza, pri čemu je tražbina žene pretpostavljena svim vjerovnicima, osim troškova za lijekove, pogrebnih troškova i najam stanovanja, a drugi u redu namirenja je najmodavac, opet iza vjerovnika za lijekove i pogrebne troškove. Ovdje možemo povući paralelu s izričitim zakonskim hipotekama rimskog prava koje su uređene kao privilegirane generalne hipoteke jer su imale prednost pred ranijim založnim pravima.

Pravo vjerovnika na namirenje bilo je osigurano i postupovnim sredstvima, kao što je mogućnost prigovora prodaji koju bi ugovorio njegov dužnik. Kod kupoprodaje nekretnina, pravo prvokupa su imali rođaci ili susjedi u postavljenom roku, pri čemu su morali na sud položiti kupovninu i novac za sudske troškove, kako bi se kupovnina mogla dati vjerovniku koji je zatražio da se nekretnina da na inkant zbog podmirenja njegovog potraživanja. Kod donacija i zamjena nije vrijedilo pravo prvokupa, ali su uvedeni obvezni javni

²⁶ Slične odredbe o zakonskom založnom pravu nalazimo i u Zadarskom statutu (1., III, cap. 63), Šibenskom statutu (1., IV, cap. 66), Paškom statutu (1., IV, cap. 50), Splitskom statutu (1., VI, cap. 28). Analizu ovih odredbi donosi MARGETIĆ, 1983: 95.

proglasi kako bi se zaštitilo vjerovnike koji su u tom slučaju mogli staviti prigovor. Ovo je vrijedilo samo za nekretnine.

O bogatoj praksi ugovaranja založnog prava svjedoče kancelarske isprave koje daju detaljniju sliku o radu u kneževoj kancelariji koji je, između ostaloga, pisao isprave o dugovanju, isplati dugovanja, upisivao isprave o prodaji nekretnina, prigovore stranaka na otuđenje, isprave o zalozima i slično. Kao što navodi Beuc (Beuc, 1953: 81 *et seq*) u kancelarskim knjigama ove kancelarove radnje razvrstane su po materiji, kronološki u posebne kvaderne koji se nazivaju *Libri*.²⁷ Tako imamo *Liber instrumentorum ad publicum incantum* – ako bi vjerovnik na osnovu sentencije bio uveden u posjed dužnika i poslije bi se taj predmet posjeda dao na javnu dražbu te bi se vjerovnik namirio novcem prodanog predmeta. Kancelar je na osnovu ovog upisa izdavao ispravu o isplati dugovanja. Zaloge za razna dugovanja kancelar bi upisivao u *Liber pignororum stabilium*, ako je bio zalog nekretnina, odnosno u *Liber pignororum mobilium*, ako se radilo o zalogu pokretnina. Često se javlja *Liber pignororum et intromissionum*, ako je predmet preuzimanje zalogu u posjed u slučaju hipoteke ili sudskog založnog prava. Zalozi su prodavani na dražbu pa je kancelar upisivao i izvještaje općinskog teklića o dražbama.

4. Zaključna razmatranja

Zaključno, u Cresko-osorskom statutu generalno se može uočiti tendencija sređivanja odnosa između vjerovnika i dužnika s ciljem da se osigura čim veći stupanj pravne sigurnosti i namirenja vjerovnika, kao osnovni preduvjet daljnjeg ekonomskog napretka i poboljšanja ekonomskih prilika. Imajući na umu činjenicu da je Cres bio pod snažnim mletačkim utjecajem, razumljivo je da je i pravni sustav toga otoka imao mnoge aspekte mletačkog prava. U odredbama koje uređuju spomenute pravne institute prepoznavamo fiksirano običajno pravo koje je dotad vrijedilo, a koje je predstavljalo konglomerat rimskih pravnih načela, nekih instituta bizantskog prava, crkvenog utjecaja, specifičnih srednjovjekovnih oblika života i nekih slavenskih pravnih shvaćanja, u kombinaciji sa mnogim samostalnim karakteristikama koje je ovaj pravni sustav sačuvao.

Literatura/References

BEGO, Tino, „Pojačanje obveznog odnosa (ugovora)“, *Računovodstvo, revizija i financije*, XXVII, br. 12, 2017., 239–245.

²⁷ U trenutku pisanja ovoga rada, nažalost, još nije izvršena digitalizacija navedenih knjiga osorske kneževе kancelarije te se na njoj trenutno radi u Državnom arhivu u Rijeci. Možda će naknadni uvid u ove akte omogućiti dublje spoznaje i nove zaključke o karakteristikama instituta osiguranja tražbina u praksi Cresko-osorske komune.

BEUC, Ivan, „Osorska komuna u pravnopovijesnom svijetlu“, *Vjesnik historijskih arhiva u Rijeci i Pazinu*, br. 1, 1953., str. 5–161.

CVITANIĆ, Antun (ur.), *Statut grada Splita*, Književni krug, Split, 1998.

FORETIĆ, Miljenko (ur.), *Statut grada i otoka Korčule*, Grad Korčula, Korčula, 2014.

KAPOVIĆ, Mato (ur.), *Statut Grada Dubrovnika*, Historijski arhiv Dubrovnik, Dubrovnik, 1990.

KOSANOVIĆ, Obrad, „Prilog bibliografiji objavljenih srednjovjekovnih dalmatinskih statuta te pravnopovijesnih studija o njima“, *Arhivski vjesnik*, br. 53, 2010., str. 137–163.

MARGETIĆ, Lujo, *Hrvatsko srednjovjekovno obiteljsko i nasljedno pravo*, Narodne novine 1996.

MARGETIĆ, Lujo, *Osnove obveznog prava na kvarnerskom području u srednjem vijeku*, Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti, Zagreb, 1989.

MARGETIĆ, Lujo, *Osnove srednjovjekovnog obveznog prava u Dalmaciji*, HAZU, Zagreb, 1993.

MARGETIĆ, Lujo, *Srednjovjekovni zakoni i opći akti na Kvarneru*, Nakladni zavod Globus, Naklada Kvarner, Pravni fakultet u Rijeci, Zagreb – Rijeka, 2012.

MARGETIĆ, Lujo, *Srednjovjekovno hrvatsko pravo, obvezno pravo*, Adamić, Zagreb – Rijeka, 1997.

MARGETIĆ, Lujo, *Srednjovjekovno hrvatsko pravo – Stvarna prava*, Pravni fakultet Zagreb – Pravni fakultet u Rijeci, 1983.

MITIS, Silvio, *La Dalmazia ai tempi di Lodovico, Il Grande Re d'Ungheria, Storia di Ezzelino IV da Romano, Frammenti di Storia Liburnica*, Zara, 1890.

PETRAK, Marko, *Traditio Iuris, vol. II. Verba Iuris*, Novi informator, Zagreb, 2016.

PETRIS, Silvio, *Alcuni reggitori di Cherso-Ossero dal 476 all'annessione dell'isola alla Madrepatria*, <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/b080299e-9d83-4608-b981-1de8efoab8a5/content> (20. 12. 2023.)

PETRIS, Silvio, „La partecipazione di Cherso-Ossero alla civiltà italiana“, *Archeologia Triestina*, vol. XIV, III serie, 1927., <https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/24529/1/2968729.pdf> (10. 12. 2023.)

PETRIS, Silvio, *Lo statuto dell'isola di Cherso ed Ossero*, Ginnasio di Capodistria, Capodistria, 1889.

PETRIS, Silvio, *Storia dell'Isola di Cherso-Ossero dal 476 al 1409*, Parenzo, 1925.

ROMAC, Ante, *Rječnik rimskog prava*, Informator, 1975.

STOJANOVIĆ, Dragoljub, *Stvarno pravo*, Beograd, Institut za uporedno pravo, 1965.

ŠEPAROVIĆ, Zvonimir (ur.), *Korčulanski statut*, Grafički zavod Hrvatske, Zagreb – Korčula, 1987.

VASSILICH, Giuseppe, „Da dedizione a dedizione, appunti storico-critici sulle isole del Quarnero“, *Archeografo Triestino*, Trieste, 1890, II Serie, vol. XV (= XIIX), articolo N. 321, <https://www.openstarts.units.it/server/api/core/bitstreams/d57de7f9-2b01-4809-b39e-42b5d9e1820a/content> (20. 11. 2023.)

VASSILICH, Giuseppe, „Dopo i “Due Tributi”, Le Isole del Quarnero nel XI secolo e nella prima meta del XII, considerate nei loro rapporti con Venezia, con l’impero bizantino e coi re della Croazia“, *Archeografo Triestino*, 1887, II Serie, vol. XIII (= XVII), articolo N. 289, 287–341.

WIGMORE, John H., “I. The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas.” *Harvard Law Review* vol. 10, br. 6, 1897., 321–350.

WIGMORE, John H., “The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas. II.” *Harvard Law Review* vol. 10, br. 7, 1897., 389–417.

WIGMORE, John H., “The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas. III.” *Harvard Law Review*, vol. 11, br. 1, 1897., 18–39.

Ines Matic Matešković, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University in Rijeka,
Republic of Croatia

**THE PRESENCE OF ROMAN LEGAL TRADITION
IN THE INSTRUMENTS OF DEBT INSURANCE
OF THE CRES-OSOR STATUTE**

Summary

In this paper, the author analyzes legal institutes aimed at securing creditors' claims and the position of debtors and creditors in the Cres-Osor Statute in case of the debtor's failure to repay the debt. The Cres-Osor Statute pays particular attention to the pledge right and, in various ways, regulates the rules regarding the establishment of pledges on movable and immovable property, as well as the sale of pledged items and the settlement of creditors from their value. The paper provides an overview of the legal regulation of these institutes and their specific features and, based on the conducted analysis, critically evaluates the genesis of these institutes and the influence of Roman legal tradition on the development of securing claims in the legal provisions of the Cres-Osor Statute.

Keywords: *Cres-Osor Statute, securing claims, pledge right, Roman law.*

UDK: 347.952:[331.109-057.15:331.109-057.16] ПРЕГЛЕДНИ
UDK: 349.22:331.106.44 НАУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/zgrfn1-51151

Рад примљен: 21.05.2024.

Рад прихваћен: 09.10.2024.

Др Александар Антић,* ORCID 0000-0002-4117-9401

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

Република Србија

Др Санда Ђорац,* ORCID 0000-0003-1902-7628

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу

Република Србија

ВРАЋАЊЕ ЗАПОСЛЕНОГ НА РАД ПО ОСНОВУ СУДСКЕ ПРЕСУДЕ**

Апстракт: У случају незаконитог престанка радног односа, у току судског поступка запослени може захтевати од суда да обавезе послодавца да га врати на рад. Ипак, враћање запосленог на рад није обавезно. Реинтеграција запосленог у радни процес, у случају незаконитог престанка радног односа, са собом носи бројне правне и практичне проблеме. Наиме Законом о раду, али ни другим законима није предвиђено понашање послодавца уколико је враћање на рад немогуће спровести због наступања одређених објективних околности, а такође није предвиђена ни могућност да запослени који је враћен на рад може у одређеном року ово своје право да замени новчаном накнадом, уколико се након враћања на рад није уклопио у промењену радну околину или се запослио код другог послодавца, непосредно пре доношења пресуде. Законодавац је направио разлику између незаконитог престанка радног односа због непостојања правног основа и незаконитог престанка радног односа због непоштовања процедуре давања отказа уговора о раду. За разлику од решења која су била предвиђена до 2014. године, када

* anticaleksandar89@gmail.com

* scorac@jura.kg.ac.rs

** Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

** Рад је био изложен у виду усменог саопштења под истим називом на Међународној научној конференцији „ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ“, која се одржала 19. и 20. априла 2024. године, на Правном факултету Универзитета у Нишу.

је спроведена већа измена Закона о раду, као и става судске праксе која је до тада била јединствена да кршење одредбе о упозорењу или застарелости давања отказа, или било које друге отказне процедуре, увек води закључку о незаконитости отказа и поништају решења, тренутно важећим законским решењем положај слабије стране у радном односу је отежан, с обзиром на то да запослени не мора бити враћен на рад уколико је послодавац учинио неку грешку у отказној процедури.

Са циљем анализирања проблема везаних за враћање на рад запосленог по основу судске пресуде и разматрања са тим у вези теоријских и практичних питања, излагање је подељено и састоји се из два дела. У првом делу рада анализирани су одредбе Закона о раду у погледу правних последица незаконитог престанка радног односа, док други део рада разматра суштинска обележја одредби Закона о извршењу и обезбеђењу које регулишу извршење ради враћања запосленог на рад.

Кључне речи: *незаконит радни однос, последице незаконитог престанка радног односа, поступак извршења ради враћања запосленог на рад.*

1. Уводна разматрања

Престанак радног односа је једна тешка животна ситуација која озбиљно утиче на живот и здравље запосленог. Када запослени остане без посла, поготово када то није последица његове воље, доживи шок често праћен негативним емоцијама, због тога што је угрожена његова егзистенција и егзистенција његове породице. Наиме, одсуство новчаних средстава, која је добијао као накнаду за свој рад од стране послодавца, представља озбиљан финансијски ризик по запосленог. Стрес од губитка посла је посебно изражен у професијама код којих се теже долази до запослења, због стања на тржишту рада, као и у државама у којима влада висока незапосленост.

Ако су људи запослени, мања је вероватноћа да ће бити сиромашни, него ако су незапослени. Дуготрајна незапосленост посебно је опасна за здравље. Она уништава личне могућности и способности, не само материјалне, већ и социјалне и менталне. Дуготрајна незапосленост несумњиво у већој или мањој мери утиче на социјалну искљученост (Vrućinić, 2012: 79–80).

Нека истраживања су показала да сама неизвесност око будућности запослења може на дужи период имати негативније последице него само губљење посла. Ово би се могло објаснити чињеницом да чак и мања количина стреса делује дестабилизујуће ако је присутна константно дужи временски период, док јачи стрес, као што је онај због губитка посла, има свој дефинитиван исход после кога појединац мора да се помири са ситуацијом и да се оријентише на тражење новог посла, односно да своју енергију каналише у креативном смеру (Перић, 2015: 669).

С обзиром на негативне последице које погађају запосленог у случају престанка радног односа, сви правни системи настоје да у мањој или већој мери заштите запосленог од отказа уговора о раду од стране послодавца који не би био оправдан имајући у виду понашање запосленог и потребе послодавца за радном снагом. И у нашој земљи, запослени уживају заштиту од незаконитог престанка радног односа, а исти би укратко речено био незаконит уколико би био последица околности које нису предвиђене прописима, тј. уколико би послодавац као разлог за отказ навео околност која није предвиђена као основ за отказ уговора о раду од стране послодавца.

Нестабилан посао и престанак радног односа су често повезани са недостатком активне укључености синдиката у заштиту статуса запослених. У оваквим околностима је важно охрабрити и заштитити представнике запослених који се посебно труде да повећају стабилност посла као основног људског права (ILO, 2012: 106).

Међу земљама које имају најмањи степен заштите запослених од незаконитог престанка радног односа предњаче Сједињене Америчке Државе јер уз изузетак тек понеке од савезних држава послодавцу не треба разлог како би запосленом отказао уговор о раду (Estlund, 2022: 300). Отказ без оправданог разлога може се уручити запосленом све док оправдање послодавца за отказ није на други начин забрањено законом (отказ уговора о раду због пола, расе, верске припадности, политичке припадности запосленог...). Чак и ако радник посумња да је отпуштен из незаконитог разлога – на пример, због припадности одређеној раси, своје етничке припадности или пола – терет доказивања дискриминаторске намере послодавца је на раднику, не на послодавцу (Andrias, Hertel-Fernandez, 2021: 6).

2. Враћање запосленог на рад

Противправно отпуштање радника није повољно ни за једног послодавца имајући у виду то да негативно утиче на његову продуктивност и раст. Трошкови судског поступка и накнада штете који припадају

појединцу који је незаконито отпуштен могу финансијски утицати на послодавца и довести у питање његов опстанак (Ezeabaogu, Chukwu, Aguwamba. 2019: 43). Због свог значаја који имају по послодавца и запосленог, радни спорови, па међу њима и спорови који настају услед престанка радног односа, неизбежно морају бити предмет бављења менаџмента људских ресурса (Лазовић, 2019: 285–286).

Враћање запосленог на рад у случају незаконитог престанка радног односа наведено је као право запосленог у члану 191 Закона о раду Републике Србије.¹ Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог одлучиће да се запослени врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио.

Накнада штете утврђује се у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе у складу са законом, у коју не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца, и исплаћује се запосленом у висини изгубљене зараде која је умањена за износ пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде у складу са законом. Порез и допринос за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио обрачунава се и плаћа на утврђени месечни износ изгубљене зараде.

Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на захтев запосленог, обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у зависности од временаведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице.

Из наведеног се може закључити да запослени сам процењује да ли жели или не да се врати на рад код послодавца. Приликом подношења тужбе, уместо враћања на рад, од послодавца може захтевати само накнаду штете.

Наиме, у одређеним ситуацијама запослени не жели да се врати на рад, пошто сматра да ће послодавац бити осветољубив због судског поступка који је водио против њега и да ће му стога радна околина у којој ће се налазити по повратку на рад бити изузетно неповољна. Такође, запослени не жели да се врати на рад и уколико сматра да ће у међувремену наћи бољи посао од оног који је обављао код послодавца, па му стога више одговара накнада штете.

¹ Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Међутим, уколико суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, али у току поступка послодавац докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му накнаду штете у двоструком износу од износа утврђеног у случају када се запослени враћа на рад. Такође, ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог.

За разлику од ситуације у којој запослени сам процењује да ли ће или не захтевати враћање на рад у случају незаконитог престанка радног односа, у претходно наведеним случајевима, он се не враћа на рад иако то жели. Дакле, у овом случају надлежни суд не поступа у складу са његовим жељама иако је престанак радног односа био незаконит.

У првом случају, када то не чини зато што је у току поступка послодавац доказао да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, штити интересе послодавца више него интересе запосленог, с обзиром на то да удовољава захтеву послодавца, а не захтеву запосленог. Околности због којих наставак рада код послодавца не би био могућ би биле, примера ради, изузетно нарушени односи између запосленог и послодавца или смањење обима посла код послодавца, због кога не би постојало радно место на коме би запослени могао бити распоређен у случају враћања на рад, нарушени односи запосленог са колегама, пословним партнерима итд.

У другом случају, када се у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, запослени се не враћа на рад због тога што је законодавац сматрао да је у случају престанка радног односа битнија суштина од форме. Наиме, из перспективе законодавца у овом случају битније је да је запослени поступио на начин који представља, примера ради, повреду радне обавезе или радне дисциплине, него то што послодавац није на одговарајући начин спречео отказни поступак.

Законодавац је направио разлику између незаконитог престанка радног односа због непостојања правног основа и незаконитог престанка радног односа због непоштовања процедуре давања отказа уговора о раду. Тренутно важећим законским решењем, положај слабије стране у радном односу додатно је отежан за разлику од решења која су постојала

до измене Закона о раду, које су спроведене 2014. године (Брковић, Урдаревић, 2020: 236–237).

3. Нека отворена питања повезана са враћањем запосленог на рад

У Закону о раду нису уређена бројна отворена питања повезана са враћањем запосленог на рад. Наиме, осим одредбе члана 191 Закона о раду, друге норме овог закона наведено питање не уређују. Таква је ситуација и у осталим прописима којима се дефинишу последице незаконитог престанка радног односа. Наиме, осим штурих одредби садржаних у Закону о раду, посебни прописи не уређују материју везану за враћање на рад запосленог која је последица незаконитог престанка радног односа. Штавише, ово право и не предвиђају.

Примера ради, обавеза враћања на рад у случају незаконитог престанка радног односа није предвиђена Законом о државним службеницима², Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе³, Законом о полицији⁴, Законом о основама система образовања и васпитања⁵ итд. Стога послодавац након што суд донесе одлуку којим поништава решење о престанку радног односа може поново донети исто решење и то понављати небројени број пута и тиме онемогућити запосленог да се врати на рад, иако је решење о отказу уговора о раду запосленог оглашено незаконитим. Стога би било потребно што пре ову правну празнину уредити и предвидети обавезу послодавца за враћање на рад у случају незаконитог престанка радног односа у овим и у другим посебним прописима.

Што се тиче члана 191 Закона о раду, њиме није прописано на које радно место се запослени враћа на рад. Наиме, запослени има право да захтева враћање на рад, али надлежни суд не може одлучити на које место се запослени може вратити, те се оправдано постављања питање на које радно место се враћа запослени онда када му то право утврди суд због незаконитог престанка радног односа од стране послодавца.

2 Закон о државним службеницима, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022.

3 Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник РС*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018, 114/2021, 92/2023, 113/2017 – др. закон, 95/2018 – др. закон, 86/2019 – др. закон, 157/2020 – др. закон и 123/2021 – др. закон.

4 Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

5 Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 129/2021 и 92/2023.

Логично би било да се запослени врати на радно место на коме се налазио пре престанка радног односа. Међутим, током трајања судског поступка може се десити да наведено радно место више не постоји код послодавца, због тога што га је послодавац укинуо, након измене Правилника о организацији и систематизацији послова. Уколико постоји оваква ситуација код послодавца, става смо да запосленог послодавац мора преместити на друге одговарајуће послове. При својој процени шта се сматра одговарајућим пословима мора се придржавати одредбе члана 171, став 2 Закона о раду, која прописује да се одговарајућим послом сматра посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.

Наиме, претходно наведену одредбу послодавац мора поштовати приликом премештаја запосленог на други одговарајући посао код себе или други одговарајући посао код другог послодавца. Међутим, у одсуству норме у Закону о раду која би дефинисала шта се сматра одговарајућим послом приликом враћања на рад запосленог код послодавца након незаконитог престанка радног односа мишљења смо да би требало аналогно применити одредбу овог члана.

Такође, Законом о раду није нормирано како послодавац треба да поступи у случају када запосленог не може вратити на радно место на коме се налазио пре престанка радног односа нити распоредити на друге одговарајуће послове. Дакле, у овој ситуацији код послодавца, посматрано у односу на целокупну организацију и систематизацију радних места и послова, за запосленог не постоје одговарајући послови, односно радно место, па послодавац није у могућности да га фактички врати на рад. Он формално то може учинити, али га не може распоредити да обавља послове који су за њега одговарајући, једноставно из разлога што таквих послова нема. Мишљења смо да у овом случају послодавац може поступити у складу са чланом 179, став 5, тачка 1) Закона о раду. Наиме, послодавац може донети решење о отказу уговора о раду, због престанка потребе за радом запосленог услед организационих промена које су настале код послодавца у односу на дан када је донето решење о престанку радног односа запосленог које је у судском поступку оглашено незаконитим. Организациона промена би се огледала у томе што имајући у виду садржину Правилника о организацији и систематизацији послова не постоји ниједно радно место, односно одговарајући послови које би запослени могао да обавља.

Уколико на одговарајућем радном месту, односно пословима, послодавац има потребан број извршилаца, као отворено питање се појављује то да ли је послодавац у обавези да донесе одлуку којом ће одлучити да је „технолошки вишак“ неко од запослених који раде на тим

радним местима или запослени кога би требало да врати на рад, након примене објективних критеријума, или та његова обавеза не постоји. Мишљења смо да таква обавеза послодавца не постоји.

Наиме, у овом случају у односу на запослене који раде на радним местима која су одговарајућа за запосленог кога послодавац мора вратити на рад по основу судске одлуке, не постоје организациони, технолошки нити економски разлози због којих би послодавац био у обавези да утврди престанак потребе за њиховим радом. У овом случају би евентуални престанак њиховог рада наступио на основу одлуке суда, а овакав разлог за престанак потребе за радом запосленог просто није предвиђен нити Законом о раду, нити било којим другим прописом.

Међутим, у односу на запосленог кога би требало да врати на рад по основу судске пресуде постоји организациона промена, и стога се њему може отказати уговор о раду због престанка потребе за његовим радом, јер је иста објективно посматрано наступила услед промене организације послодавца. Дакле, суд налаже враћање на рад, и послодавац је у наведеном случају запосленог на рад вратио, чиме је поступио у складу са судском одлуком, али због тога што не постоје одговарајући послови за њега, након враћања запосленог на рад, престаје потреба за његовим радом.

Законом о раду није одређено на који начин послодавац враћа запосленог на рад. Имајући у виду да је суд отказ уговора о раду огласио незаконитим, постоји правна фикција да запосленом радни однос никада није ни престајао. Стога, послодавац са запосленим не може закључити нови уговор о раду, просто због тога што је уговор о раду који су раније закључили и даље на снази.

Стога смо мишљења да би послодавац, на основу члана 192 Закона о раду, требало да донесе решење којим ће констатовати да се запослени враћа на рад по основу судске одлуке и да уговор о раду који су закључили и даље производи правно дејство, а уколико би вршио његово распоређивање на друге одговарајуће послове, тј. послове које није обављао пре престанка радног односа, онда би са њим морао да закључи и анекс уговора о раду.⁶

4. Извршење ради враћања запосленог на рад

Одлука парничног суда у којој је усвојен захтев запосленог да се врати на рад или да га послодавац распореди на одређене послове је

6 Наведено је потврђено и у судској пракси, па се у пресуди Врховног касационог суда, Ревз. 168/21 од 23. 6. 2021. наводи да у извршењу правноснажне судске одлуке послодавац доноси одлуку којом запосленог враћа на рад и у обавези је да то лице распореди на одговарајуће радно место, што може учинити једино анексом уговора о раду према правилима из чл. 171 и 172 Закона о раду.

кондемнаторне природе (јер се послодавцу налаже одређено чињење) и подобна је за принудно извршење. У поступку принудног извршења извршну исправу представља правноснажна пресуда парничног суда о враћању запосленог на рад или распоређивање на одређене послове. Када протекне парнициони рок, рок за добровољно извршење чинидбе,⁷ у коме је послодавац требало да предузме дуговану чинидбу, а он то није учинио, запослени може у својству извршног повериоца против послодавца (извршни дужник, односно лице према коме се потраживање намирује) да покрене извршни поступак, подношењем предлога за извршење, са циљем остварења свог потраживања утврђеног у судској пресуди. Тако је први услов за примену овог средства извршења постојање правноснажне судске одлуке. Други услов је да послодавац није поступио по одлуци суда, односно да није добровољно извршио судску одлуку у одређеном року.

Поступак извршења ради враћања запосленог на рад посебно је издвојен и нормиран Законом о извршењу и обезбеђењу у одредбама чл. 381–385 и примењује се само у случају принудног извршења одлуке суда о враћању запосленог на рад. Коришћење термина „запослени“ у контексту правила којима се регулише поступак извршења у овом ситуацијама није у складу са одредбом чл. 5, ст. 1 Закона о раду који под запосленим подразумева физичко лице које је у радном односу код послодавца (Станковић, Палачковић, Трешњев, 2022: 1317). Аргументација за овај став изнет у теорији је чињеница да уколико је запослено лице добило отказ оно свакако више није „запослени“ (Станковић et al. 2022: 1317).

Извршење се спроводи средствима извршења, односно предузимањем одређених извршних радњи предвиђених законом којима се принудним путем, методама директне или индиректне принуде, намирује потраживање извршног повериоца, у овом случају запосленог. Враћање запосленог на рад је средство извршења ради остваривања неновчаног потраживања (ЗИО, чл. 54, ст. 3) и ову методу принуде, као уосталом и друга средства извршења, чине различите извршне радње предвиђене законом које се предузимају по одређеном редоследу. Најпре, запослени треба да поднесе предлог за извршење. Садржина предлога за извршење пресуде о враћању на рад није експлицитно прописана у ЗИО, али он би требало да буде уредан и разумљив, да садржи све елементе који су обавезни за сваки предлог за извршење који се подноси по основу извршне исправе (Мисаиловић, 2019: 338 и ЗИО, чл. 59). Извршном исправом се, када је наложено враћање извршног повериоца на рад, као и када је

7 Чл. 43, ст.1 Закон о извршењу и обезбеђењу. *Сл. гласник РС*, 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. закон – у даљем тексту ЗИО.

наложено да се извршни поверилац распореди на одређене послове, мора конкретизовати односно индивидуализовати посао (послови) на које извршни поверилац треба да се врати, односно распореди (Станковић et al. 2022: 1318). Уколико су у међувремену од престанка радног односа или од незаконитог распоређивања извршног повериоца на одређеним пословима код извршног дужника као послодавца извршене промене у организацији процеса рада или у систематизацији радних места, те више није могуће да се извршни дужник врати на послове које је пре отказа радног односа обављао или на којима је био распоређен, јер тај посао или послови више не постоје, мора се одредити враћање на послове који својом садржином (радним обавезама, стручном квалификацијом, зарадом и др.) одговарају оним пословима које је извршни поверилац обављао пре противправног престанка радног односа, односно распоређивања на друге послове (Станковић et al. 2022: 1318).

За извршење ради враћања запосленог на рад искључиво је надлежан суд, односно не може га спроводити јавни извршитељ (ЗИО, чл. 4, ст. 1). Месна надлежност за враћање запосленог на рад прописана је одредбом чл. 381 ЗИО, и предвиђа да је за одлучивање о предлогу за извршење и спровођење извршења обавезе послодавца да врати запосленог на рад или да га распореди на одређене послове месно надлежан и суд на чијем се подручју налази седиште послодавца.

За подношење предлога надлежном суду одређен је преклузиван законски рок који износи 60 дана од дана када је истекао рок у коме је послодавац био дужан да судску одлуку спроведе. Или, другим речима, сходно одредби чл. 382 ЗИО, предлог за извршење не може да се поднесе кад истекне 60 дана од када је извршни поверилац стекао право да поднесе предлог, а право стиче на дан истека паричног рока (без обзира када је стављена потврда извршности).⁸ Неблаговремен предлог за извршење поднет после истека рока извршни суд решењем одбацује.

Суд на основу благовременог предлога запосленог доноси решење о извршењу којим се послодавцу и његовом одговорном лицу налаже да у одређеном року запосленог врати на рад и повери му послове које је раније вршио или пак да га распореди на одређене послове. У првом случају, запосленом је престао радни однос, па је извршном исправом наређено његово поново успостављање (Познић, Ракић Водинелић, 2015: 638). У другом случају, запослени је или био суспендован (привремено удаљен са радног места) или је био премештен на друго радно место, па је извршном исправом наређено његово враћање на раније радно место (Познић, Ракић Водинелић, 2015: 638).

8 Вид. Одлуку Уставног суда, Уж. 2896/2019. од 16. 6. 2022. године.

У погледу начина спровођења извршења, одредбом чл. 383 ЗИО предвиђено је најпре да се извршење ради враћања запосленог на рад или ради његовог распоређивања на одређене послове спроводи изрицањем новчане казне послодавцу и његовом одговорном лицу. Дакле, новчана казна се изриче и послодавцу и његовом одговорном лицу у случају да не поступи по обавези коју му је суд одредио. Иако је претходни парнични поступак вођен само против послодавца у улози туженог и извршна исправа гласи на њега, па је у извршном поступку само он извршни дужник, одступањем од начела формалног легалитета и везаности суда за садржину извршне исправе, дејство извршне исправе се проширује и на одговорно лице, па се новчана казна изриче и послодавцу и одговорном лицу. Нема дилеме да се оправдање за ово законско решење налази у чињеници да је одговорно лице код послодавца било дужно да донесе одређене одлуке и предузме фактичке и правне радње и врати запосленог на рад. Стога у ситуацији када одговорно лице код послодавца није из различитих разлога поступило према обавези из извршне исправе, и самим тим онемогућило запосленог да се врати на рад, и њему се, као један вид санкције, изриче новчана казна због спровођења одлуке.

Даље, изрицање новчане казне послодавцу и његовом одговорном лицу спроводи се на начин који је предвиђен за извршење незамењиве радње, јер је радња враћања на рад по својој природи незамењива, лична радња послодавца, па се и регулише сходно одредби чл. 363 ЗИО као „радња коју може предузети само извршни дужник“. Према овој законској одредби у решењу о извршењу одређује се примерени рок за радњу (враћање запосленог – извршног повериоца на рад или распоређивање на одређене послове) и извршном дужнику се изриче новчана казна у одређеном износу ако радњу не предузме у року. Изрицање новчане казне решењем је условно, а услов за спровођење извршења ради наплате новчане казне јесте да извршни поверилац у року који је одређен решењем добровољно не изврши дуговану радњу (Станковић et al. 2022: 1322). Суд решење о извршењу новчане казне доноси по службеној дужности и сам га извршава. На предлог извршног повериоца суд ће истовремено са доношењем решења о извршењу новчане казне донети и ново решење којим одређује нови примерени рок за враћање запосленог на рад или распоређивање на одређене послове и изрећи ће нову новчану казну извршном дужнику, вишу од претходне, која ће бити извршена опет под условом да радњу не предузме у року. Ако дужник опет пропусти рок, суд по службеној дужности и по истом моделу опет доноси решење о извршењу новчане казне. Поступак кажњавања се понавља све док послодавац не изврши своју обавезу, а сваки наредни пут суд доноси ново решење о извршењу и изриче новчану казну у вишем износу од

претходног. Када послодавац врати запосленог на рад или га распореди на одговарајуће послове, он је извршио радњу на коју је обавезан и о томе је дужан да суду приложи несумњиве доказе.⁹ Дакле, изрицање новчане казне престаје када суд утврди да је запослени почео да ради на одговарајућим пословима или да му је то омогућено иако је одбио да ради, односно да је распоређен на послове одређене у извршној исправи. Дужност доказивања наведених околности према одредби чл. 363, ст. 4 ЗИО има, како је речено, извршни дужник као послодавац, а доказ може да буде нпр. нови уговор о раду, односно решење о распоређивању на одговарајуће послове (према извршној исправи, односно решењу о извршењу), писана изјава извршног повериоца да је примљен на рад коју је оверио јавни бележник, јавнобележничка потврда да је извршни поверилац позван да ступи на рад одређеног дана, као и јавнобележнички записник да је од дана када је позван на рад то и учинио, односно да му је омогућено да то учини, без обзира на то што се није одазвао оваквом позиву (Станковић et al. 2022: 1323).

Запослени има право да уз предлог да буде враћен на рад од суда захтева и доношење решења којим ће обавезати послодавца да му на име зараде исплати месечне износе који су доспели од правноснажности пресуде до поновног враћања на рад, као и да одреди извршење ради наплате тог утврђеног износа. Тако се у оквиру поступка извршења ради враћања запосленог на рад не извршавају принудно само обавезе

9 Наведено је потврђено и у судској пракси, па се у решењу Вишег суда у Новом Саду, Гж. 3359/2016 наводи:

„Извршни дужник није поступио по правноснажној пресуди (извршној исправи) којом је наложено враћање извршног повериоца на рад. Ово из разлога што извршни дужник, као послодавац није позвао извршног повериоца да тачно одређеног дана дође на посао ради враћања на рад, већ је пре враћања извршног повериоца на рад констатовао да за њега не постоји упражњено радно место и истом поново отказао уговор о раду. Извршни дужник заправо није пружио доказ у прилог својих тврдњи да је поступио по поменутој правноснажној и извршној пресуди Основног суда у Новом Саду, у виду понуде за закључење новог уговора о раду, односно у виду новог закљученог уговора о раду са извршним повериоцем. Дакле, извршни поверилац није враћен на рад код извршног дужника, а како је то изричито наведено у извршној исправи.

Неосновано се жалбом извршног дужника указује да је због Одлуке о максималном броју запослених на неодређено време у систему Града Новог Сада за 2015. године, те Закона о начину одређивања максималног броја запослених у јавном сектору, извршење недозвољено и немогуће спровести. Наиме, по ставу овог суда, уколико би се разлози на којима извршни дужник заснива своју жалбу прихватили као разлози за обуставу извршења, онда би свака правноснажна пресуда о враћању извршног повериоца на рад или друго одговарајуће место, могла да се опструше и тиме избегне спровођење извршења правноснажне пресуде.“

које су садржане у правноснажној пресуди, већ се дејство пресуде као извршне исправе којом је наложено враћање на рад, опет би се могло рећи проширује, а резултат тога је да суд може одредити исплату износа на име зарада и извршење ради наплате тог износа, иако у извршној исправи није садржана оваква врста налога, јер се ради о периоду који пресудом као извршном исправом није обухваћен.¹⁰ Дакле, истовремено са поступком извршења ради враћања на рад, запослени може покренути и поступак извршења ради накнаде изгубљене зараде. Запослени то чини када у предлогу за извршење уз захтев за враћање на рад кумулира и захтев за накнаду изгубљене зараде. Тада се једним захтевом тражи извршење једне новчане чинидбе, а другим захтевом налагање извршном дужнику исплате новчаног износа на име изгубљене зараде и извршење те новчане чинидбе уколико изостане добровољно испуњење (Станковић, Боранијашевић, 2023: 846). Односно према изричитој законској одредби (ЗИО, чл. 384) суд може, на предлог извршног повериоца који је захтевао враћање на рад, донети решење које има дејство решења о извршењу¹¹ којим се послодавац обавезује да извршном повериоцу исплати месечне износе зараде која је доспела од правноснажности пресуде до враћања извршног повериоца на рад (накнада изгубљене зараде). Накнада изгубљене зараде одређује се у износу који би извршни поверилац примио да је био на раду, с порезима и доприносима који се исплаћују из зараде.

Запослени предлог за накнаду изгубљене зараде може да поднесе са предлогом за извршење ради враћања на рад или касније све до окончања извршног поступка. У том предлогу којим се заправо покреће један придружени поступак (који се паралелно води уз главни), запослени извршном суду истиче два кумулирана захтева. Запослени истиче захтев да суд наложи послодавцу да му на име изгубљене зараде исплати утврђене месечне износе изгубљене зараде доспеле од правноснажности пресуде до тренутка поновног враћања на рад, али и захтев за извршење одређеним средством и на одређеном предмету извршења, односно да одреди извршење уколико послодавац не намири потраживање извршног повериоца о коме је одлучивано. Доношењем решења које има дејство решења о извршењу којим усваја захтев за накнаду изгубљене зараде,

10 Право лица које се према извршној исправи мора вратити на рад да у извршном поступку захтева и накнаду изгубљене зараде свакако је привилегија, с обзиром на то да се покреће и не води парнични поступак који би био редован пут судске заштите за захтеве ове врсте. То доприноси ефикасности одлучивања и потом и реализације оваквих потраживања лица које се враћа на рад применом правила поступка извршења. Станковић et al. 2022: 1325.

11 Вид. ЗИО који у одредби чл. 61 регулише предлог за доношење решења које има дејство решења о извршењу.

извршни суд налаже послодавцу да у року од 8 дана од пријема решења намири потраживање извршног повериоца по основу накнаде изгубљене зараде и истим решењем извршни суд одређује и средство и предмет извршења у случају да послодавац у року не намири потраживање извршног повериоца по основу накнаде изгубљене зараде (ЗИО, чл. 61, ст. 1 и 2 и Станковић, Боранијашевић, 2023: 846).

Послодавац може предложити суду да стави ван снаге решење о накнади изгубљене зараде ако се после доношења решења измене околности на којима је заснован (нпр. запослење код другог послодавца). Мада се то изричито не нормира, извршни дужник би у овом смислу могао захтевати како стављање решења ван снаге у потпуности, тако и делимично, и овде би се о основаности захтева извршног дужника водио адхезиони поступак у току конкретног поступка извршења који је по својим карактеристикама идентичан оном који извршни суд води по захтеву извршног повериоца за накнаду изгубљене зараде (Станковић et al. 2022: 1327).

Ако суд не усвоји или само делимично усвоји предлог за накнаду изгубљене зараде, извршни поверилац може да зараду или њен остатак потражује у парничном поступку (ЗИО, чл. 385), као основном, општем и редовном путу за пружање правне заштите.

5. Закључак

Враћање запосленог на рад представља обавезу послодавца која наступа након доношења одлуке надлежног суда којим је отказ уговора о раду од стране послодавца оглашен незаконитим. Враћање запосленог на рад је у Закону о раду прописано као једна од последица незаконитог престанка радног односа која погађа послодавца.

Запослени сам одлучује да ли жели или не да се врати на рад. Наиме, уместо враћања на рад, он од послодавца може захтевати накнаду штете. У одређеним ситуацијама, услед постојања одређених околности, суд може донети одлуку да се запослени не врати на рад иако је запослени то захтевао. Ове ситуације представљају изузетак од правила и као изузетак их треба уско тумачити.

Законом о раду није предвиђено право запосленог да након доношења пресуде којом је отказ уговора о раду оглашен незаконитим своје право да се врати на рад замени правом на накнаду штете. Он између ова два права може бирати пре покретања судског поступка, али након доношења пресуде једно право не може заменити другим. Мишљења смо да би у будућим изменама Закона о раду требало предвидети право

запосленог да враћање на рад које му припада по основу пресуде којом је отказ послодавца оглашен незаконитим замени правом на накнаду штете.

Током трајања судског поступка могуће је да запослени пронађе посао код другог послодавца или да наступе друге околности због којих му не одговара враћање на рад (примера ради, промени место пребивалишта), те би стога требало предвидети могућност да запослени ово право замени правом на накнаду штете, како не би, због незаконитог отказа од стране послодавца, претрпео штету. Наиме, ове околности му не могу бити познате приликом подношења тужбе, те стога у том тренутку је могао сматрати да му враћање на рад више одговара од накнаде штете. Стога би требало предвидети да ово право има и након доношења судске пресуде.

Осим Закона о раду, посебни прописи који у потпуности или делимично садрже одредбе којима се уређује радноправни положај запослених у одређеним делатностима и који представљају основ за постојање посебних режима радних односа не садрже одредбе везане за враћање на рад запосленог. Ову правну празнину би требало што пре отклонити, пошто представља велики простор за злоупотребу од стране послодавца.

Такође, требало би додатно уредити обавезе послодавца везане за враћање запосленог на рад након незаконитог престанка радног односа, као и поступак враћања на рад. Одредбе Закона о раду које тренутно уређују ову материју су непрецизне, те би их требало изменити и допунити приликом неке од будућих измена овог прописа.

Литература/References

Брковић, Р. Урдаревић, Б. (2020). *Радно право са елементима социјалног права*. Београд: ЈП Службени гласник.

Лазовић, И. (2019). *Државна управа и управљање људским ресурсима*. Београд: Медија центар „Одбрана“.

Мисаиловић, Ј. (2019). Враћање на рад запосленог након незаконитог престанка радног односа. У *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије: зборник радова*, Књ. 9, Београд: Правни факултет Универзитета, Центар за издаваштво и информисање, 331–344.

Познић, Б. Ракић Водинелић, В. (2015). *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник.

Перић, С. (2015). Несигурност запослења, стрес и продуктивност запослених. У Станишић, М. (Ур.). *Зборник радова са Међународне научне конференције из области информационах технологија и савременог пословања*. Београд: Универзитет Сингидунум, 668–671.

Станковић, Г. Боранијашевић, В. (2023). *Грађанско процесно право*. Београд: Службени гласник.

Станковић, Г. Палачковић, Д. Трешњев, А. (2022). *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу: са одабраном судском праксом и примерима поднесака и одлука: према стању законодавства од 15. јуна 2022. године*. Београд: ЈП Службени гласник.

International Labour Organization. (2012) *Stress prevention at work checkpoints: Practical improvements for stress prevention in the workplace*. Geneva.

Vrućinić, Ž. (2012). Socijalna podrška i nezaposlenost. *Defendologija*. 15(31). 76–82.

Ezeabaogu, A. N. Chukwu, A. B. Aguwamba, S. M. (2019). The Effect of Wrongful Dismissal on Organisational Performance. *Journal of Management and Economic Studies*, 1(4). 42–54.

Estlund, C. (2022). Wrongful Discharge Law in the Land of Employment-at-will: A US Perspective on Unjust Dismissal. *King's Law Journal*, 33(2), 298–317.

Andrias, K. Hertel-Fernandez, A. (2021). *Ending At-Will Employment: A Guide for Just Cause Reform*, New York: Roosevelt Institute.

Прописи

Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*. Бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. закон.

Закон о раду, *Сл. гласник РС*. Бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

Закон о државним службеницима, *Сл. гласник РС*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009, 99/2014, 94/2017, 95/2018, 157/2020 и 142/2022.

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник РС*, бр. 21/2016, 113/2017, 95/2018, 114/2021, 92/2023, 113/2017 – др. закон, 95/2018 – др. закон, 86/2019 – др. закон, 157/2020 – др. закон и 123/2021 – др. закон.

Закон о полицији, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017, 27/2018 – др. закон, 10/2019, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 129/2021 и 92/2023.

Судске одлуке

Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж. 3359/2016 од 28. 9. 2016. године (Билтен Вишег суда у Новом Саду, број 8/2017, Intermex, Београд).

Пресуда Врховног касационог суда, Ревз. 168/21 од 23. 6. 2021. године.

Одлука Уставног суда, Уж. 2896/2019 од 16. 6. 2022. године.

Doc. Aleksandar Antić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac,

Doc. Sanda Ćorac, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac,
Republic of Serbia

RETURNING AN EMPLOYEE TO WORK ON THE BASIS OF A COURT JUDGMENT

Summary

In case of unlawful termination of employment, the employee may request from the court during the court proceedings to oblige the employer to return him/her to work. However, reinstatement of the employee is not mandatory. In case of unlawful termination of employment, the reintegration of an employee into the work process entails numerous legal and practical problems. Neither the Labor Act nor other laws envisage specific provisions on the employers' conduct if it is impossible to carry out the return to work due to the occurrence of certain objective circumstances, nor do they provided for the possibility for the employee who has been returned to work to replace this right with monetary compensation within a certain period, in case he did not adapt to the changed work environment after returning to work or was employed by another employer immediately before the judgment was passed. The legislator has made a distinction between unlawful termination of the employment due to the lack of a legal ground and unlawful termination of employment due to non-compliance with the termination procedure stipulated in the employment contract. Under the former legal provisions which had been in force before 2014 (when the Labor Act was substantially amended) and the unanimous position of judicial practice, the violation of provisions on notification or statute of limitations on giving a notice of dismissal, or any other termination procedure, always leads to the conclusion on the unlawfulness of dismissal and results in annulment of the decision. Under the currently applicable legal solution, the position of the weaker party in the employment relationship is significantly aggravated because the employee does not have to be returned to work if the employer has made a mistake in the dismissal/termination procedure.

In order to analyze the problems related to the return to work of an employee based on a court judgment and consider related theoretical and practical issues, the paper is divided into two parts. The first part of the paper analyzes the provisions of the Labor Act on the legal consequences of unlawful termination of employment. The second part discusses the essential features of the provisions

of the Enforcement and Security Act which regulate enforcement procedure for returning the employee to work.

Keywords: *unlawful employment, consequences of unlawful termination of employment, enforcement procedure, returning an employee to work.*

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

UDK: 340.134:347(497.1)"1844"

UDK: 340.134:347(497.1)"1934"

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 29.08.2024.

Рад прихваћен: 25.09.2024.

Милица Костовски,*

Виши асистент,

Правни Факултет, Универзитет у Бањој Луци

Република Српска

DOI: 10.5937/zgrfn1-53075

ORCID 0009-0008-4380-5155

ПРАВНИ ПРИНЦИПИ ОД СРПСКОГ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА 1844. ДО ПРЕДОСНОВЕ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА 1934.**

Апстракт: Сто осамдесет година од доношења Српског грађанског законика за Књажевину Србију (1844, у даљем тексту: СГЗ) и деведесет година од објављивања Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију (1934, у даљем тексту: Предоснова) добар су разлог да се са ове временске дистанце изврши компарација два акта која представљају важне тачке на развојној линији српског грађанског права. С обзиром на обим и комплексност материје садржане у овим актима, у раду ће се посебна пажња ставити само на уводна правила у којима су прокламовани темељни правни принципи, као што је забрана ретроактивне примјене права или забрана злоупотребе права. Разлике у избору кључних принципа, у структури уводног дијела и у формулисању правних принципа јасно свједоче о државним, политичким и економским разликама између Србије 1844. и Југославије 1934. године. Поједини правни принципи који ће бити анализирани у раду надахнути су духом временом у којем су настали, док су други резултат другачијих иностраних утицаја у периоду од деведесет година. Компарација ова два акта, поред тога што нам пружа фактички увид у стање права у анализираним периодима, има за циљ да покаже и одређени степен еволуције права који се уочава на прелазу од СГЗ-а до Предоснове. Употребом историјскоправног и компаративног метода, уз кратак, али неопходан осврт на друштвенополитичке околности, аутор ће настојати да у раду прикаже основне црте развоја права на простору на којем су настала оба анализирана правна акта.

* milica.ristic@pf.unibl.org

** Рад је изложен у виду усменог саопштења на Међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“ на Правном факултету у Нишу у априлу 2024. године.

Кључне ријечи: Српски грађански законик, Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, забрана ретроактивне примјене права, забрана шикане, тумачење закона, обичај као извор права.

1. Увод

У свијету српске историјскоправне науке, 2024. година је година великих јубилеја, међу којима вјероватно најистакнутије мјесто заузима обиљежавање 180 година од доношења Српског грађанског законика 1844. године.¹ Значај овог правног акта, посебно имајући у виду услове у којима је настао, као и дужину његове примјене, засјенили су 90. годишњицу објављивања Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију из 1934. године. Разлози давања предности СГЗ-у у односу на Предоснову највећим дијелом су практичног карактера – норме СГЗ-а примјењивале су се скоро пун вијек, за разлику од Предоснове која је остала у форми нацрта и стицајем домаћих и свјетских политичких околности никад није ступила на снагу. Иако намјера аутора није да оспори славу првог српског грађанског законика који уз то носи и похвални епитет четвртог грађанског законика у свијету (Николић, 2019: 84), чини се да је значај Предоснове неоправдано подцјењен чак и у домаћој литератури, нарочито ако имамо у виду да се на тексту Предоснове радило скоро петнаест година са мањим прекидима и да су тај текст припремали најистакнутији цивилисти прве југословенске државе (Мирковић, 2021: 2).²

У оквиру свих грађанских законика посебно мјесто увијек заузимају тзв. уводни дијелови, у којима су, више него у осталим цјелинама законика, изражене основне идеје и циљеви који се желе постићи. Они имају и могу имати различите називе, као што су претходне одредбе, уводне одредбе, општи принципи, општи дио, уводна правила или кратко: увод (Круљ,

1 У посљедњих тридесет година, Српски грађански законик постао је поново предмет интересовања правних историчара, који сада, за разлику од ранијих оштрих критика на рачун овог законика, заузимају доста наклоњенији приступ и наглашавају његов значај. Посебно треба истакнути неколико великих зборника који су своју пажњу посветили управо овом закону: Зборник радова Правног факултета у Нишу 1995, Зборник радова САНУ 1996, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2004. и посљедњи за сада, Српски грађански законик – 170 година из 2014. године у издању Правног факултета Универзитета у Београду.

2 Приватноправни одсјек који је био надлежан за унификацију и кодификацију грађанског права у Краљевини СХС чинили су: др Живојин Перић, др Иван Мауровић, др Драгољуб Аранђеловић, др Грегор Крек, др Лазар Марковић, др Живојин Спасојевић, те адвокати Ђорђе Несторовић, Добривоје Петковић и Мијаило Тадић. Види више Мирковић, 2021.

1969: 67). У теорији, а можда чак и више у правној пракси, може се у погледу природе уводног дијела грађанских законика као спорно поставити питање да ли су начела садржана у њему само декларативног карактера или постоји простор и за њихову непосредну примјену у конкретним случајевима (Салма, 1988: 92, 93).³ Уколико је карактер уводних начела такав да она могу имати кључну улогу у тумачењу и примјени права, онда је питање шта уводни дио грађанског законика треба да садржи и те како важно и незанемариво приликом рада на тексту законика. У тој ситуацији, избор и формулисање правних начела није само номотехничка ствар, већ принципијелно питање које произилази из једне шире идеје о томе шта се одређеном кодификацијом жели постићи.⁴

Оно што свакако остаје неспорно, невезано за претходно изнесу дилему, јесте да се најчешће у уводном дијелу грађанског законика могу пронаћи одговори у погледу постојећег стања друштва, али потенцијално и одређени ставови и идеје који се желе увести или проширити. То је још један доказ у прилог схватању да уводни дијелови грађанских законика могу да представљају праве програмске декларације и неријетко детерминишу правац у којем ће се друштво кретати. О томе се врло јасно и сликовито изјаснио један од највећих цивилиста бивше државе Михаило Константиновић, наводећи примјер тадашњег Совјетског грађанског законика, гдје је већ у првом члану било наведено да закон штити грађанска права, изузев у случајевима кад се она врше противно њиховој економској и социјалној намјени. Према мишљењу проф. Константиновића, читајући овај члан, чак би и неправник могао да осјети да се у земљи у којој такав

3 Иако је Салма извршио анализу основних правних начела у облигационом праву, због високог степена подударности може се рећи да слично важи и за правна начела грађанског права уопште. Он наводи да уколико правна начела имају нормативну, регулативну функцију, њихова директна примјена долази у обзир само уколико одређени правни однос дотиче идеју конкретног начела или уколико таква примјена произлази из тумачења основног начела у складу са духом закона. Са друге стране, према неким теоријама, основна правна начела немају нормативну функцију, најчешће због изостанка санкције, те се отуда не могу примјенити непосредно ради регулисања неког конкретног правног односа.

4 Иако Република Србија данас нема свој Грађански законик, у радном тексту који је припремила Комисија за израду Грађанског законика, а који је објављен на сајту Министарства правде Републике Србије 2015. године, провејава дух савремених идеја и тенденција, нарочито у контексту све веће глобализације и међународног и европског увезивања. Тако се у уводним одредбама овог текста могу пронаћи неке одредбе које јасно свједоче о духу времена у којем живимо као што су: забрана стварања и искоришћавања доминантног положаја, одредба о попуњавању правних празнина када одређени однос није регулисан Закоником или *општеприхваћеним правилима међународног права и међународним уговорима*, те питање заштите животне средине. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf> приступљено дана 10. 6. 2024. године.

законик важи сигурно не култивише индивидуализам (Константиновић, 1933: 385).

Упоредна анализа уводних начела СГЗ-а и Предоснове такође показује и оцртава дух времена у којем су настала ова два капитална дјела. Приликом њихове компарације недопустиво је изгубити из вида политички и друштвени контекст у којем су стасавали. Доношење СГЗ-а 1844. године затекло је Србију као турску вазалну кнежевину са одређеним степеном аутономије, што се јасно одражавало на њен политички и економски положај и на домаћем и на међународном плану. Постојање одређених одредби у уводном дијелу СГЗ-а које иначе нису карактеристичне за грађанске законике, не може се схватити док год се не узме у обзир комплексна дипломатска борба за стицање независности, као и економска и образовна структура становништва. Са друге стране, сама дужина и сложеност процедуре усвајања Предоснове јасно свједоче о томе да су у првој југословенској држави постојала трвења у домену унификације грађанског права. Правна начела за која су се опредјелили писци Предоснове говоре нам да је постојао озбиљан заокрет у погледу узора, али и смјера у којем би нова, овај пут заједничка, држава требало да крене. Временски размак од 80 година између доношења ова два акта показује велики искорак не само у погледу права, него и у погледу опште друштвене ситуације. Управо о том временском искорак, а на темељу анализе и поређења најмаркантнијих начела садржаних и у једном и у другом правном акту, биће више ријечи у наставку рада.

2. Српски грађански законик

Обнародовање Српског грађанског законика 1844. године покренуло је лавину критика на рачун законописца Јована Хаџића и текста који је припремио (Кулаузов, 2012: 428). Усмјеравање фокуса на дискриминацију у насљеђивању и питање задружне својине довело је до тога да поједини дијелови Законика готово остану ван предмета интересовања стручне и научне јавности. Тако се десило и са уводним дијелом, који је у Законику јасно одјељен од осталих цјелина и носи кратак назив: увод.

Увод СГЗ-а ни сам није у потпуности хомоген, већ се састоји из двије главе: главе А) *О грађанским законима уопште* и главе Б) *Основне црте правде и правце у законима грађанским*. Како је највећи број критика на рачун текста СГЗ-а изнесен управо због његове наводно претјеране сличности са изворником, Аустријским грађанским закоником (у даљем тексту: АГЗ) из 1811. године⁵, потребно је истаћи да су те сличности у

5 У раду је кориштен превод Аустријског грађанског законика из 1906. године који је приредио др Драгољуб Аранђеловић.

овом сегменту сведене на минимум. Разлике између два правна акта уочљиве су прије свега у погледу њихове структуре: уводни дио АГЗ-а је јединствена цјелина која броји 14 уводних одредби, за разлику од СГЗ-а гдје се у уводном дијелу налази чак 35 чланова!⁶ Садржинска анализа сваког појединог члана показује да су неподударности у овом дијелу још израженије. То се посебно уочава на примјеру регулисања обичаја као извора права, али и на примјерима других чланова који ће бити детаљније обрађени у наставку рада. Оно по чему се СГЗ нарочито одликује и што провејава не само кроз уводни дио, већ кроз текст у цјелини, јесте специфичан стил којим се служио Хаџић. За разлику од АГЗ-а у којем је његов творац Фон Цајлер користио кратак и прецизан, правнички стил, норме СГЗ-а писане су дескриптивно, са доста примјера и готово литерарно⁷, чиме је Хаџић вјероватно настојао да приближи Законик просјечном грађанину, не нужно правничког образовања (Аврамовић, 2014: 23, 24). Отуда се, како закључује Мирковић, може претпоставити да је Уводни патент АГЗ-а Хаџићу свакако служио као инспирација, али да уводни дио СГЗ-а ипак носи јак ауторски печат (Мирковић, 2014: 77). Сходно томе, између уводних одредби ова два важна грађанска законика не може се ставити знак једнакости.

2.1. *О грађанским законима уопште*

Првих 14 уводних одредби СГЗ-а, иако се налазе у оквиру цјелине која носи назив А) *О грађанским законима уопште*, не говоре, како би се то могло закључити на први поглед, само и искључиво о материји грађанског права, већ врло јасно дочаравају актуелан политички контекст и сложену државну позицију тадашње Србије. Такав је већ члан 1, у којем се, за данашње прилике непотребно, истиче да Законик грађански „издаје Књаз у согласију са Совјетом, оснивајући се на Уставу земаљском“ или члан 4, према којем „само Књаз са согласијем Совјета“ може Законик

6 Структуралне и садржинске разлике могу се примјетити чак и у компаративном односу првих 13, односно 14 уводних одредби. Више о томе види Мирковић, 2014: 77.

7 Има мишљења да Хаџић није успио у свом науку да Законик учини ближим „човјеку из народа“, бар у оној мјери у којој је то Валтазару Богишићу пошло за руком 40 година касније. Чињеница је да је услјед скраћивања и прераде АГЗ-а у појединим дијеловима српске кодификације дошло до нејасноћа; поред тога, опште је познато и то да је Хаџић био велики противник Вукове реформе, те Ђорђевић из тог разлога правопис СГЗ-а оцјењује као „стар и незграпан“. Ђорђевић, 2011: 294. Превагу ОИЗ-а над СГЗ-ом, бар у овом сегменту, тешко је порећи, али исто тако не треба изгубити из вида ни временски размак од 40 година између два законика, као ни тада актуелни друштвени контекст – 1844. године када је Хаџић писао СГЗ, Вук Стефановић Караџић још увијек није извојевао своју тзв. „језичку побједу“.

преиначити, допунити или замјенити.⁸ Инсистирање на улози кнеза и Совјета није случајно; оно се намјерно наглашава као атрибут, додуше још увијек непотврђене, али ипак постојане државности и аутономије у односу на Османско царство. Поред тога што носе ноту отпора према страном сизерену, ови чланови експлицитно шаљу поруку и самом кнезу да без „согласија Совјета“ не може доносити одлуке, односно да не може бити једини и самостални вршилац законодавне власти.

Спецификум положаја Србије види се и у члану 2, у којем се изискују посебна права и дужности „од сваког Србина према брату своме Србину“, чиме се директно негира територијално дејство Законика, прописано у члану 1, ријечима „за правац свим житељима и Судовима Србије“. Сличне забуне може изазвати и члан 5, према којем се сваки „житељ српски, био он у Србији или ван Србије“ мора држати Законика. Упркос томе што код данашњег правника овакви чланови могу створити конфузију, они свој пуни смисао добијају тек посматрани из тадашње тачке гледишта. Ове уводне одредбе СГЗ-а нису резултат незнања или омашке законописца, већ чињенице да су из примјене Законика биле изузете одређене, прилично бројне, категорије становништва (нпр. османски поданици, Јевреји, Роми), као и сви они који су ту привилегију уживали на основу тзв. система капитулација (Мирковић, 2014: 79, 87). Све ово говори у прилог *sui generis* међународноправној позицији Србије, чији је капацитет за аутономно уређивање приватног права, иако је произлазио из хатишерифа 1830. и 1833. године, ипак био омеђен чињеницом одсуства суверенитета и односа подређености према „болеснику са Босфора“.

За заједницу у којој је већи дио друштвеног живота управљен законима и гдје они нису новитет, није неопходно истицати познату римску максиму да непознавање права шкоди (*ignorantia iuris nocet*). Она се, ипак, у случају СГЗ-а налази у члану 14, гдје се наводи да „незнање закона већ обнародованог никоме не помаже и нико се незнањем закона извинити или бранити не може“. Наравно, у условима опште неписмености и посебно у ситуацијама компликованијих правних случајева који нису могли бити општепознати становништву, примјена ове одредбе, као и многих других, остаје под знаком питања. Њена примјена такође је у тијесној вези и условљена испуњењем члана 3 којим се регулише временско дејство СГЗ-а. Према слову члана 3, „сила и важност закона у народу и у суду“ почиње од оног часа како су они „својим путем обнародовани“. У вези са тумачењем ове норме, данашњи правник може уочити два проблема: први, који се

⁸ У раду је кориштено издање Српског грађанског законика из 1909. године, протумачено одлукама Одељења и Опште седнице Касационог суда, које је приредио Гојко Никетић, а у који су уврштени предговори Живојина Перића и Драгољуба Аранђеловића.

састоји у томе да није одређен рок у којем би се јавност могла упознати са садржином закона или тзв. *vacatio legis*⁹ и други, у широкој формулацији „својим путем обнародовани“, гдје не налазимо одговор на питање на који је то начин просјечан становник Србије, углавном сиромашан и неписмен, уопште могао доћи у додир са Закоником (Мирковић, 2014: 83, 85). Ситуација постаје још апсурднија када знамо да ни сам кнез Милош није био писмен, као да су и финансијске могућности за увођење неке врсте службеног гласила какво ће касније постати *Зборник закона, уредаба и уредбених указа* биле отежавајући фактор. Низ оваквих фактичких околности свакако је у одређеној мјери морао успоравати и пролонгирати пуно спровођење норми Законика у живот.¹⁰

Преостали чланови у овом одјељку пружају нам и неке драгоцене информације у погледу тумачења закона и попуњавања правних празнина. Члан 7 прописује забрану ретроактивног дејства закона, али ипак предвиђа могућности примјене закона на она дјела и поступке који нису рјешени коначном судском пресудом и за чије рјешавање до тада није постојао закон.¹¹ Члан 8 говори нам о обавези исправног језичког и логичког тумачења закона („сваки да пази на речи и њихово право

9 Истини за вољу, тачно одређен *vacatio legis* није био регулисан ни АГЗ-ом. Члан 3 овог Законика предвидио је да „обавезна сила једног закона и правне последице које отуда потичу почињу одмах по обнародовању закона, осим случаја ако је у самом закону почетак обавезне силе његове за доцније време везан“. Тек 1869. године посебним законом је прописано да овај рок износи 45 дана по издању и разашањања. Аранђеловић, 1906: 1. У Србији је пак ово питање уређено „*Височајшим рјешењем*“ из 1850. године, у којем је као дан почетка обавезне снаге закона одређен тридесети дан, али не од објављивања закона, него од дана давања кнежевог одобрења. Никетић, 1909: 1.

10 Проблеми са којима се Србија суочавала нису, међутим, постојали само на међународном, већ и на унутрашњем плану. У условима стицања ограничене аутономије „преко ноћи“, вишевјековно робовање није могло да не остави последице на образовну и економску структуру становништва. Оно претежно није посједовало ни основе писмености, па је самим тим о правничком образовању било готово немогуће говорити. Творац Законика, Јован Хаџић, био је овога и више него свјестан и настојао је, гдје год је имао прилику, подићи степен правничке свијести и културе. Тако се у члану 2 наводи да се у Законик налазе „закони грађански“, док се у члану 12 набраја шта све не спада у Законик, као што су „предписи и уредбе, којима се црквена, војена, полицајна, казначејска, злочинствена и остала земаљска дела управљају и свршују“. Јасно је да у образованој средини у којој постоји одређени степен елементарног правничког знања, а каква је примјера ради у то вријеме била аустријска, нема потребе да се наглашава шта улази или не улази у састав грађанског законика.

11 Са друге стране, члан 5 АГЗ не оставља могућност ретроактивне примјене закона: „Закони немају повратне силе; с тога они немају никаквог утицаја на раније свршене радње и ранија стечена права“.

значење“), а ако ни то не би било разумљиво, онда „нека погледа на друге овде изложене подобне законе и нека испита намеру законодавца, па сравнивши га са овима, нека га тако протолкује како да се са основима здравог разума и природне правнице слаже“. Интенција законописца је јасна – тумачење закона врши се тако да буде у духу права, односно онога што је законодавац желио постићи конкретном нормом. С обзиром на то да овако изречена норма може оставити простор за различита тумачења, уведен је и својеврсни коректив – поред намјере законодавца, важно је имати у виду и основе здравог разума и природне „правнице“, чиме се Хаџић приклања учењима природноправне школе. Чланом 9 нормирано је да само тумачење закона дато од „Књаза са сагласијем Совјета“, односно од законодавне власти има обавезну снагу. Мирковић на овом мјесту истиче да је норма остала мањкава у погледу временског дејства обавезног тумачења, што је пропуштено да се учини чак и у Уставу из 1888. године. Наиме, за разлику од закона који начелно не би требало да има ретроактивно дејство, од обавезног тумачења датог од стране законодавне власти се управо то и очекује. Између осталог, из разлога правне сигурности, овакво тумачење мора да важи не од дана када је учињено, већ од дана када је Законик, поводом којег је и дошло до тумачења, обнародован.

Посебну пажњу читаоца завређује члан 10 којим је регулисано питање попуњавања правних празнина. Наиме, према слову овог члана, судија пред којим би се нашао предмет за који није било предвиђено рјешење у закону, имао је задатак да „разумно и совјестно“ донесе одлуку, водећи се општим основама Законика или обичајима, уз могућност примјене правне аналогије. Посматран изоловано, овај члан не би захтјевао повећану пажњу у односу на остале, али је ипак битан из два разлога. Први се огледа у томе да је члан 10 нарочито интересантан у контексту критика Хаџића на рачун његовог непознавања и негирања народних обичаја, посебно у домену породичне задруге. Дио тих критика свакако „пада у воду“ када имамо у виду да је већ на почетку Законика, Хаџић обичај ставио у ранг законских основа и правне аналогије, као сасвим легитиман начин попуњавања правних празнина. То је битно другачије у односу на изворник – АГЗ, у чему се састоји други спецификум овог члана. На обичаје се, према члану 10 АГЗ-а, може имати обзир само у оним случајевима у којима закон изричито позива на њихову примјену, док за попуњавање правних празнина у складу са чланом 7 АГЗ-а, судија може да се користи искључиво употребом правне аналогије и начелима природног права. Ово је и те како важно одступање СГЗ-а од АГЗ-а, које не само да шаље јасну поруку о снази обичајног права у друштву у којем се позитивноправни поредак још налази у изградњи него демантује и

критике на рачун Хаџића као својеврсног плагијатора, а СГЗ-а као пуког, скраћеног превода свог изворника.

Посебна похвала овом дијелу Законика односи се на члан 13, односно начело аутономије воље, које може бити ограничено искључиво у ономе „што се тиче јавног поредка и благодарења“. Ово начело, иако једно од кључних начела грађанског права, није експлицитно наведено у Уводном патенту АГЗ-а, премда индиректно проистиче из његових одредби у наставку текста. Хаџићеву рјешеност да га унесе у првих 14 уводних одредби можда би требало потражити у неком другом законском тексту којим је био инспирисан¹², а можда се, као и случају појединих чланова СГЗ-а, ово може објаснити његовом жељом за правним просвјешћењем и образовањем народа.

2.2. *Правица у Српском грађанском законнику*

Посебан значај Увода СГЗ-а је у глави Б) *Основне црте правде и правце у законима грађанским*, која га оправдано чини јединственим у свијету грађанских законика.¹³ Строго посматрано, начела садржана у овој глави данас не би ушла у обухват грађанскоправних начела. Нека од њих као што су: неповредивост личности и неповредивост имања (чл. 15), гаранција правне способности сваког физичког лица (чл. 17) или забрана ропства (чл. 18) много више подсећају на уставну материју, него на предмет грађанског права. Овакав Хаџићев поступак, који је оцјењен као „кријумчарење“ неке врсте декларације о правима и слободама грађана¹⁴, засигурно је посљедица несрећне судбине Сретењског устава

12 Имамо ли у виду да је СГЗ четврти грађански законик у Европи, јасно је да, искључимо ли могућност угледања на АГЗ у овом дијелу, као потенцијални узор остаје само Француски грађански законик из 1804. године, на шта је указао још Благојевић 1940. године, тврдећи да је овај члан настао по угледу на члан 6 Француског грађанског законика који говори о начелу слободе уговарања. Наведено према Аврамовић, 2014: 26, 27.

13 Ипак, не треба извести закључак да начела природног права нису била садржана и у другим грађанским кодификацијама тог времена. Тако се и у члану 11 Француског грађанског законика, али и у члану 7 АГЗ-а врши позивање на „начела права наравскога“, односно на начела природног права. Разлика је само у томе што ови законици нису посебно издвојили правду и правичност у односу на остала начела и што им нису посветили онолико простора колико је то оставио Хаџић у тексту СГЗ-а. Правда и правичност употребљени су као филтер за усклађивање позитивног и природног права, остављајући тако судијама доста широк простор и за потенцијалне злоупотребе, у чему се може назријети разлог слабе примјене овог принципа. Карајовић, 1994: 159б.

14 И сам Сретењски устав неријетко је у литератури бивао окарактерисан као плод француског утицаја, што је био један од прикривених политичких разлога за његову суспензију. Ипак, постоје и другачија схватања, од онога да се негира било какав

(1835), чијим је суспендовањем од стране великих сила, Србија остала и без главе XI „Општенародна права Србина“, за то вријеме врло напредног каталога људских права (Аврамовић, 2014: 24). Да је овај одјељак СГЗ-а писан у духу природног права, потврђује и врло необична формулација у наслову „правда и правица“, при чему поријекло и значење архаичног израза „правица“ није до краја разјашњено, нарочито када се исти стави у заједнички контекст са правдом. Вјероватно је овакво Хаџићево поступање инспирисало Валтазара Богишића да неких четрдесетак година касније формулише члан 3 свог Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору¹⁵, али и своје чувене „изреке“ – „закоњаче“ такође садржане у овом капиталном дјелу (Петрак, 2014: 111). Одиста, израз „правица“ налази се у члановима 2 и 6, али и у члану 8 СГЗ-а који говори о тумачењу права и прописује да се закон мора тумачити тако да се слаже са „основима здравог разума и природне правице“, али даље објашњење о томе шта би представљала „природна правица“, очекивано, не налазимо у наставку текста СГЗ-а.

Тумачењем оних уводних одредби у којима се говори о „правди и правици“ и даље је тешко доћи до у потпуности прецизног закључка о значењу термина „правица“, који се у међувремену изобичајио у српском језику.¹⁶ Члан 2 којим се каже да су „у законнику овом прописани закони

страни утицај до мишљења да је уставописац Димитрије Давидовић био инспирисан уставима њемачких држава, па чак и португалским и шведским уставима тог доба. Више о томе Аврамовић, 2010: 56–61; Јовановић, 1932: 17.

15 Члан 3 ОИЗ: „Ако за неки особити посао или случај не буде ни у законима ни у обичајима одређена правила, ред је владати се по подобју других сличних правила или пак ријешити случај по општим правилима правде и правице.“ У складу са Богишићевим систематским приступом, овај члан упућивао је на примјену члана 782 у којем законописац објашњава шта је суђење по правди и правици. Он наводи: „У такоме суђењу, судија треба да, оцјењујући са сваке стране прилике посла, пази особито на то што часни људи држе да је право и што је у складу са јавним вјеровањем и поштењем, без којих не може бити уредна саобраћаја међу људима. И ако судија све то ради по души и савјести, он опет треба да пази, колико је год могуће, и на разум и мишљење народа или разреда људи којима су обични послови те руке.“ Дакле, према Богишићу, за постојање суђења према правди и правици, није довољно да се судија управља личним осјећајем за правичност („да ради по души и савјести“), већ је овакав приступ неопходно кориговати објективним критеријем и схватањем правичности у складу са јавним вјеровањем и поштењем.

16 Тако се, нпр. у данашњем Речнику српског језика у издању Матице српске из 2011. године не може пронаћи термин „правица“, док се у Српском рјечнику Вука Караџића из 1852. године под овим термином упућује на ријечи „правда“, „истина“, „парница“, или прецизније на њемачке ријечи „die Gerechtigkeit, gerecht“. Међутим и термини „праведност“ и „правичан“ преведени су на исти начин на њемачки језик, те је вјероватније да је „правица“ у датом контексту кориштена у данашњем значењу правичности, прије него правде. Могла би се условно поставити и теза да ондашње

грађански, као постојана правила *ради правде и правиче*, која се од сваког Србина према брату своје Србину и узајамним својим посебним правима и дужностима изискује“ може да указује на то да је „правица“ кориштена у значењу *правичност*. Са друге стране, чланом 6 регулисано је да ће „и сам иностранцац у пословима са српским житељима, и са иностранцем у Србији, наћи *правицу* по овим законима, осим ако он није посао у туђој земљи закључио, или нарочито за туђе законе везао, или се он законим следствима у туђој земљи надати има.“ Израз „правица“ дефинитивно није синоним за правду, јер би онда наслов одјељка Б) био у потпуности бесмислен, а такође тешко може да се користи у значењу „право“, јер би у контексту члана 2 СГЗ-а закони грађански постојали ради правде и права. Основано можемо претпоставити да интенција законописца није била та да се закони пропишу и сажму у Законик чисто да би били прописани, односно ради права самог по себи.

Допринос расправи ове теме дао је Маленица, који је тврдио да је цјелокупан дио Б) резултат непосредног Хацићевог угледања на прва поглавља Јустинијанових Институција и Дигеста који носе наслов *De iustitia et iure* (Маленица, 2004: 13). Отуда, закључује Маленица, израз *правица* можемо превести као „правичност“, чиме је законописац јасно одступио од позитивизма аустријског законика и приклонио се римском концепту у чијој суштини лежи *правичност*. Доказе за овакву тврдњу он проналази прије свега у различитом поимању грађанског права аустријског и српског законописца, гдје се у српској кодификацији у члану 2 много више наглашава субјективни елемент грађанског права и инсистира се на појму „правде и правиче“, чега нема у члану 1 АГЗ-а.¹⁷ Надаље, коријени оваквог поступања могу се пронаћи и у цјелокупном Хацићевом животу и усмјерењу ка идејама школе природног права, као и у карактеру појединих норми које су се нашле у одјељку Б), а које упућују

друштво није разликовало појмове *правичности* и *правде*, али би се тиме обесмислио назив одјељка Б) *Основне црте правде и правиче у законима грађанским*, из којег јасно произилази да је нека разлика, макар и у финесама, морала постојати. Поред тога, употребу овог термина видимо и код Валтазара Богишића 40 година касније, али и у Предоснови 90 година касније, што ће рећи је да свијест о значењу овог термина у народу ипак постојала.

17 Члан 1 АГЗ дефинише грађанско право као „скуп закона којима се одређују међусобна приватна права и дужности становника у држави“. Очигледно је да је аустријски законописац већ у првом члану заузео строго објективистички приступ, не остављајући простор за дефинисање грађанског права у субјективном смислу, а посебно не за апстрактне појмове *правде* и *правиче*.

на његов став о тијесној вези права и правичности, као што су чланови 18, 23, 24 или 29.¹⁸

Спорна рјешења у вези са регулисањем односа у породичној заједници и равноправношћу мушкараца и жена у наслеђивању засјенила су потенцијалне полемике у погледу тумачења термина „правица“, како по обнародовању Законика, тако и данас, 180 година послје. Упркос томе што значење овог термина не можемо поуздано утврдити, васпитни значај и образовна улога дијела Б) Законика, као и настојање да се једном грађанском кодификацијом надокнади оно што је недостајало наметнутом Турском уставу (1838) не могу се оспорити.

3. Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију

Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију објављена је 1934. године као круна скоро петнаестогодишњег рада Приватноправног одсјека у склопу Сталног законодавног савјета, чији је задатак било како реформисање застарјелих и израда нових законских прописа, тако и уједначавање права ради успостављања функционалног правног промета у првој југословенској држави (Дракић, 2008: 647). Док је хармонизација права у другим областима завршена са мањим или већим успјехом до успостављања Шестојануарске диктатуре (1929), у домену грађанског права тај посао суштински није ни завршен, јер Предоснова никад није ступила на снагу. Препреке које ће се показати скоро па непремостивим у грађанскоправној области нису проишле само из непомирљивих разлика у регулисању и различитости грађанскоправних прописа¹⁹, специфичности шеријатског права, него и из различитих

18 Чини се да је у овом сегменту Хацић био изложен не толико утицају АГЗ-а као изворника, колико је непосредно био инспиран текстовима Дигеста, а посебно Пауловим, Папинијановим и Улпијановим фрагментима. Тим се отвара још увијек контроверзно питање непосредног уплива римског права у СГЗ, који, како се показује, често није долазио у српско право преко изворника, већ је резултат угледања на оригиналне римске изворе, при чему не треба изгубити из вида да је и средњовјековно српско право било под утицајем римско-византијске традиције. Станковић, 2009: 513. Иако је много радова већ дато на ту тему, питање који дио норми СГЗ-а је настао под утицајем римско-византијске традиције, који дио римског права је у нововјековну српску кодификацију дошао преко аустријског узора, а који дио је Хацић иноваторски унио нападајући се са аутентичних римских текстова, остаје као изазов и задатак за будућа истраживања.

19 Највећи дио несугласица између чланова Приватноправног одсјека појавио се у погледу регулисања форме пуноважног брака, гдје је до тада на већинском дијелу територије Краљевине СХС био валидан искључиво конфесионални брак, али је са друге стране, постојала јака тенденција да се подједнака важност да и грађанском

методолошких приступа чланова Приватноправног одсјека, па чак и питања језика и терминологије будућег законика (Стојановић, 2020: 418). Посебно проблематичним показале се питање избора узора који ће послужити као модел за израду југословенског грађанског кодекса, а које је било отворено већ у првим фазама рада на кодификацији.

Важност овог питања без чијег се рјешавања није могло приступити озбиљнијем раду подијелила је чланове Одсјека на суштински два различита табора. У првом, оном који је чинила већина чланова, владало је становиште да као узор за израду нове грађанске кодификације треба искористити АГЗ са тзв. ратним новелама из 1914, 1915. и 1916. године, а пресудан аргумент био је тај да се овај законик, у мањој или већој мјери са измјенама, примјењивао на територији скоро свих југословенских покрајина (Мирковић, 2021: 18–22). Противници овог става, на челу са професором Константиновићем, истицали су застарјелост и неприлагођеност АГЗ-а стварним потребама нове југословенске државе и заступали становиште да се као подлога грађанском законнику узме Општи имовински законик Валтазара Богишића или да се пак размотри неки од новијих европских законика као што су њемачки или швајцарски (Мирковић, 2022: 83–87; Константиновић, 1933: 388–392). Избор узора био је пресудан, не само у погледу одређених материјалноправних рјешења која су разматрана, већ и са идеолошко-политичког стајалишта, које се, опет, највише читовало у уводном дијелу Предоснове.

Иако је ова дебата на крају окончана побједом у корист присталица АГЗ-а, ипак треба нагласити да уводни дио Предоснове (који, као и СГЗ, носи кратак назив Увод), не слиједи дословно свој изворник, али ни СГЗ (Радовчић, 1975: 263). Увод Предоснове сада се такође састоји из два дијела, али је значајно краћи, јер садржи свега 13 чланова. Они су распоређени у главу I – *О грађанским законима* и главу II – *О вршењу права* и односе се она питања која се иначе регулишу уводним дијелом, као што су почетак и престанак обавезне снаге, питање ретроактивног дејства закона, примјењивање и тумачење закона, те правила која се односе на самопомоћ, нужну одбрану и стање нужде. Цијели некадашњи одјељак Б) *Основне црте правде и правце* избачен је, а као својеврсно подсјећање на њега остао је само члан 8 који говори о оцјењивању закона по „праву и правци”. Узрок оваквом поступању може се пронаћи у правној и културној еволуцији коју је српско, а потом и југословенско друштво, прошло од 1844. до 1934. године. Природно је да су поједине норме СГЗ-а,

браку. Очекивано, ово је наишло на јак отпор вјерских заједница које су у новонасталој држави и даље уживале велику репутацију. Више о овоме: Радовчић, 1975: 253–257; Новаковић, 2012: 941; Ђукић, 2019: 255; Цвејић Јаничић, 2008, 33; Илић, 2022: 107–109; Костовски, 2024: 40–43.

које су биле садржане у одјелку Б), за скоро један вијек, колико дијели СГЗ и Предоснову, постале или општеприхваћене или превазиђене.

О општем друштвеном напретку свједочи нам већ неколико првих чланова Предоснове. Члан 1 који говори о обнародовању закона сада јасно прецизира да је мјеродаван само онај текст који је објављен у „Службеним новинама” и да се сматра прописно обнародованим од дана кад је издат број „Службених новина” у коме је објављен. Пропуст учињен у тексту СГЗ-а исправљен је чланом 2, којим се одређује *vacatio legis* у трајању од четрнаест дана по обнародовању закона, осим ако је самим законом почетак обавезне снаге другачије одређен.²⁰ Закони, према слову члана 3, по правилу немају повратне снаге,²¹ а своју обавезну снагу задржавају док год не буду измјењени или укинута у складу са чланом 4 Предоснове. Начин на који се врши преиначавање или укидање закона није наведен, што може бити резултат омашке, али је вјероватније да је у питању намјерно остављање овог питања отвореним, као резултат полемике да ли је једино законодавац овлаштен за предузимање оваквих радњи или ипак и обичаји могу да доведу до престанка обавезне снаге закона. Да је ово питање очигледно било спорно, указују и неке одредбе које говоре о примјени закона, а које ће бити анализирани у наставку. Невезано за то, свакако је било оправдано преиспитати и потребу за постојањем једне овакве одредбе која може зазвучати и као својеврсна таутологија.

3.1. Страни утицаји у погледу примјењивања закона и оцјењивања „по праву и правци”

Посебну пажњу заслужује група чланова 5–8, којима се регулише примјењивање и, у вези са њим, тумачење закона, гдје се уочава уплив и одређених иностраних утицаја. То се, додуше, не може примјетити на некадашњем члану 8 СГЗ-а који сада постаје члан 5 Предоснове и према

²⁰ Професори Свеучилишта у Загребу Eisner и Pliverić који су саставили Мишљење о Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију на овом мјесту указују на потенцијалне сумње у погледу подударности овог члана са чланом 66 Септембарског устава којим је прописано да закон добива обавезну снагу 15 дана по обнародовању у Службеним новинама. Проблем је евентуално могао настати у дијелу који се односио на то да ли се дан објављивања рачуна у протек рока за почетак обавезне снаге закона или не, гдје су писци Устава и писци Предоснове заузели различите ставове. Стога Eisner и Pliverić сугеришу да се или дословно преузме одредба Устава или да се у тексту Предоснове дода објашњење према којем се дан обнародовања не рачуна у рок. Eisner, Pliverić, 1937: 12.

²¹ Иако Eisner и Пливерич сматрају да је уметање ријечи „по правилу” у текст члана 3 оправдано, истичу да би опреза ради било боље да је умјесто овог израза искориштен израз „у сумњи”, како се не би стекао утисак да је законодавцу остављено исувише простора за одређивање ретроактивног дејства закона мимо ове одредбе. Исто, 13.

којем се закону не смије придавати други смисао сем оног који произилази из значења ријечи у њиховој вези и из јасне намјере законодавца. Исто тако, и члан 9 СГЗ-а о „толковању закона” преформулисан је у члан 7 Предоснове и сада много конкретније и прецизније наводи да је „само законодавац властан тумачити закон на начин за све обавезан”. Редактори Предоснове, истина, овдје иду и корак даље и појашњавају на које се то случајеве има или нема примјенити такво тумачење.

У односу на ове чланове, члан 6 уводи неке новине у погледу попуњавања правних празнина гдје се уочава утицај страног права.²² Наиме, у ситуацији када се неки правни случај не може пресудити ни по ријечима нити по смислу закона, обавеза судије је да у обзир узме „законе којима је о сличним случајевима јасно одлучено и на разлоге других с онима сродних закона”. Ако се ни тада спорни случај не буде могао ријешити, „судија ће пронаћи правило које би сам законодавац издао да је тај случај имао у виду; тражећи то правило, судија ће се обазрети на освештану науку, судијско искуство и правну свијест народа”. Овај члан, формулисан у два одвојена става, отвара неколико битних питања. У првом реду, јасно је да су писци Предоснове овдје учинили највеће до тада одступање од АГЗ-а као изворника и приклонили се чл. 1, ст. 2 Швајцарског грађанског законика из 1907. године – ШГЗ (Аврамовић, Станимировић, 2007: 263; Радовчић, 1975: 264).²³ У случају постојања правних празнина, некадашњи члан 7 АГЗ-а упућивао је суца на употребу аналогије, што се наизглед чини и чланом 6 Предоснове, гдје је сада учињена битна термилошка разлика: док члан 7 АГЗ-а суцу поручује да се има обазријети на „сличне случајеве”, чланом 6 Предоснове речено је да се „судац има обазрети на законе којима је у сличним случајевима јасно одлучено”. Иако може изгледати као да је у питању формалност, заправо се ради о важном и корисном одступању од АГЗ -а (Eisner, Pliverić, 1937: 19). Суштинске разлике значајније долазе до изражаја у ст. 2, чл. 6 Предоснове. Ту више нема ријечи о природном праву, односно

22 Премда је АГЗ највећим дијелом послужио као инспирација за израду новог југословенског грађанског законика, највећи печат уводном дијелу Предоснове ипак је дао Швајцарски грађански законик. Уводни дио овог Законика из 1907. године састоји се од укупно 10 чланова којима је регулисано свега неколико општих правних принципа, као што су примјена закона и обичаја, стваралачка улога суда у одсуству закона и обичаја, појам и забрана злоупотребе права, итд. Исти такав приступ заузет је и у уводном дијелу Предоснове, а подударности са швајцарским кодексом су истовремено и формалне и садржинске. Круљ, 1969: 71.

23 Члан 1, став 2 Швајцарског грађанског законика: „Ако се из закона не може извадити никакав пропис, има судија рјешавати према обичајном праву, а ако ни таквог нема, према правилу, које би он поставио као законодавац. Притом, мора имати у виду доктрину и традицију.” Наведено према Eisner, Pliverić, 1937: 21.

о „начелима права наравскога”, јер је од времена доношења АГЗ-а 1811. године до рада на тексту Предоснове напуштен концепт о постојању природног права као вјечног и непромјенљивог права чији је извор у разуму, а преовладало је схватање о праву као појави која је историјски, временски и просторно условљена.

Одмак се ипак мора учинити и када се говори о преузимању норми из ШГЗ, јер је и у овом дијелу одредба о попуњавању правних празнина само дјелимично преузета у Предоснови. Истина је да у оба случаја постоји широк простор за дискреционо поступање судије и слободно тумачење права и да су у оба случаја постављени објективни критеријуми како би се спријечила потенцијална судијска арбитрерност. Непорециво је да у том контексту ШГЗ оставља судији далеко више слободе, допуштајући му да примјени „правило које би он поставио као законодавац”. За разлику од тога, Предоснова упућује судију да пронађе „правило које би сам законодавац издао да је тај случај имао у виду”. Као и у претходном примјеру, ради се о финесама у формулисању ових норми²⁴, чије су посљедице у пракси ипак драстично различите и далекосежне. Док ШГЗ оваквом формулацијом указује на висок степен повјерења и моћи које ставља у руке судијама, дотле Предоснова поступа опрезније, настојећи да слободно судачко право веже за објективни критеријум и судије упути да приликом поступања своје одлучивање вежу за објективну намјеру законодавца у погледу одређеног правног случаја.

Чланом 6, писци Предоснове дотакли су се и питања обичаја као извора права. За разлику од члана 10 СГЗ-а, који обичајима и те како даје на значају, али и од чл. 1, ст. 2 ШГЗ-а, који у случају постојања правних празнина суца прво упућује на примјену обичајног права, у Предоснови је заузет рестриктивнији поглед на обичаје као тзв. „правно врело”. Не треба одмах извести закључак да је тиме Предоснова у потпуности негирала значај обичаја у контексту општег извора права, али и у контексту њихове изузетне примјене када закон на то упућује, како је било регулисано чланом 10 АГЗ-а (Радовчић, 1975: 265). Напротив, баш позивањем судије да се приликом проналаска правила за неки нерегулисан случај обазре на „правну свијест народа”, наглашено је у којој су мјери народни обичаји и даље били од важности у хетерогеном, али традиционалном југословенском друштву. Присјетимо ли се на овом

24 Eisner и Pliverić на овом мјесту сугеришу да би текст конкретног члана требало да буде измјењен и да гласи „судија ће пронаћи правило, које би сам законодавац издао, када би тај случај имао у виду.” На овај начин, закључују они, неће се стећи утисак да судија треба да пронађе правило какво би издао законодавац у тренутку издавања закона у прошлости, већ ће се спорно правило имати изнаћи у складу са оним што би била намјера законодавца у тренутку рјешавања односног случаја.

мјесту да је сарадник Одсјека био и Михаило Константиновић, чији је однос дивљења према Богишићевом кодификаторском раду, швајцарском праву и обичајима познат не само из периода рада на југословенској грађанској кодификацији, него и из каснијег рада на његовом крунском дјелу – „Скици за Законик о облигацијама и уговорима” (Кршљанин, 2022: 23, 24),²⁵ постаће нам јасно да ни у Предоснови примјена обичаја као извора права није могла бити тек тако искључена.

Као својеврсна успомена на некадашњи одјељак Б) СГЗ-а, у Предоснови је задржан члан 8 који говори о тзв. „оцјењивању по праву и правници”. Eisner и Pliverić наглашавају утицај члана 4 ШГЗ-а, који ипак није дословно преузет у Уводу Предоснове.²⁶ Поређењем ова два текста, уочава се да је спорни термин „правица” и овдје искориштен у значењу правичности (*nach Recht und Billigkeit*), без даљих конкретизација и прецизирања. Употребу овог термина или, боље речено, цијеле синтагме, Eisner и Pliverić замјерају редакторима Предоснове из два разлога. Први је незграпност члана 8, чија формулација судијама даје могућност да поступају по неком „свом”, субјективном мјерилу правичности, а не према правичности унутар законског оквира, како је то замишљено чланом 4 ШГЗ-а. Други је неодређеност појма „право и правица”, који према ауторима овог Мишљења, и сам захтјева тумачење и ближе одређење, те стога не може имати нарочите вриједности за тумачење других појмова у закону (Eisner, Pliverić, 1937: 25). Сходно свему наведеном, изводи се закључак да је ову одредбу требало или преформулисати и учинити јаснијом или у потпуности избрисати (Eisner, Pliverić, 1937: 26; Радовчић, 1975: 264).

Међу осталим одредбама које улазе у оквир уводног дијела Предоснове, скренућемо пажњу још само на члан 9 који стоји под натписом „Општа правила”, а чији текст дословце гласи: „Свако треба да врши своја права и испуњава своје дужности тако како захтјева повјерење и поштење. Стога нарочито није допуштено вршити своје право једино у циљу да се другоме нанесе штета.” Начело повјерења и поштења

25 Додатно о паралелама које се могу уочити између рада Валтазара Богишића и Михаила Константиновића и њиховог приступа питању кодификације видјети у Ђуровић, Орлић, 1978; Станојевић, 1978; али и Константиновић, 1933: 273; Константиновић, 1938: 428; Мирковић, 2022: 86.

26 Чл. 8 Предоснове гласи: „По праву и правници одлучиће се онда, кад закон на то изречно упућује, као и у случајевима, кад закон одлуку чини зависном од важности разлога или чињеница, или када налаже судији, да одлучи с обзиром на околности, или с обзиром на оно што је примерено.” Са друге стране, чланом 4 ШГЗ-а прописано је: „Гдје закон упућује суца на његову оцјену или на уважавање околности или на важне разлоге, има он одлучити по праву и правичности.” Наведено према Eisner, Pliverić, 24.

није конципирано према некаквом субјективном мјерилу, већ према објективном критеријуму шта је у датом правном односу сматрано за „повјерење и поштење”. Може се рећи да је ово начело, формулисано на овакав начин, својеврсна новина у српском праву.²⁷ То се посебно односи на другу реченицу овог члана која је у литератури доведена у везу са чл. 2, ст. 2 ШГЗ-а²⁸ и чл. 226 Њемачког грађанског законика²⁹. Обе ове одредбе, уз одређене финесе, говоре о забрани злоупотребе права у ширем и ужем смислу, односно о тзв. забрани шикане.

Без улажења у расправу која би превазишла оквири овог рада, потребно је ипак нагласити да члан овакве садржине никад није био експлицитно предвиђен нормама СГЗ. У теорији је дуго вођен спор у погледу тога да ли је СГЗ допуштао апсолутну слободу у вршењу права, нарочито имајући у виду члан 806 Законика (Стојановић, 1979: 385, 386; Константиновић, 1925: 262), чије тумачење је остављало простора за различита становишта.³⁰ Упркос чињеници да је ова дилема остала неразјашњена у нашој правној науци, можемо на овом мјесту истаћи став Марковића да законописац СГЗ-а чланом 806 није имао намјеру да прокламује неприкосновене могућности појединца за вршење својих права, посебно онда када би то било на штету других лица. Према његовом мишљењу, ниједно субјективно право није признато са циљем да се другоме наноси штета, а имајући у виду основне принципе на којима почива СГЗ³¹, непобитно је да он „свим својим бићем прећутно садржи

27 Само условно, ово се начело може довести у везу са чл. 117 Сретењског устава којим је било прописано да „сваки Србин има право бирати начин живљења свог по својој вољи, само који није на обштенародну штету.” Ово је била одредба уставног карактера, по свом садржају значајно ширег домета у односу на одредбе СГЗ-а: прије свега, говори се о „начину живљења”, а не о вршењу права, као и о „обштенародној штети”, при чему ова одредба може имати више кривичноправни, него грађанскоправни призив. Чак и да члан 117 јесте био својеврсна претеча забране злоупотребе права, суспендовање Сретењског устава у кратком року по његовом обнародовању спријечило је да ова одредба заживи у пракси.

28 Чл. 2, ст. 2 Швајцарског грађанског законика гласи: „Очита злоупотреба права није правно заштићена.” (*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.*) наведено према Eisner, Pliverić, 1937: 27.

29 Чл. 226 Њемачког грађанског законика гласи: „Вршење неког права није допуштено, ако може имати само тај циљ, да се другоме нанесе штета.” (*Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben, einen anderen Schaden zuzufügen.*) наведемо према Исто, 27.

30 Члан 806 СГЗ: „Ко би другоме с тим што би право својине уживао само ако границе не прекорачи, штету какву нанесе, није дужан одговарати, нити му надокнадити.” наведено према Никетић, 1922.

31 Интересантно је да се приликом свог излагања Марковић као аргументима користио основним принципима СГЗ-а, садржаним највећим дијелом баш у Уводу

исто оно правило које је нарочито унето у немачки Грађански закон, чл. 226.” (Марковић, 1922: 254).

Да ли је такво правило исто тако „нарочито”, директно и без увијања требало унијети у СГЗ, питање је о којем је данас несврсисходно расправљати. Као и у многим другим случајевима, а како су то указали аутори који су већ писали о овој теми (Константиновић, 1925; Марковић, 1922; Стојановић, 1979), можда би била довољна само једна одредба онаквог садржаја какву је предвидио чл. 1000 ОИЗ-а: „Ни својим се правом служити не мож’, тек другоме на штету или досаду.” Али слично, као и у многим другим случајевима, Јован Хаџић није могао знати све оно што ће 44 године касније знати Валтазар Богишић, који је, чини се, мудро учио на Хаџићевим „грешкама”. Било како било, недоумица коју је у погледу забране злоупотребе права могао оставити СГЗ, до краја је отклоњена чланом 9 Предоснове. Тиме је овим чланом, на самом почетку будућег грађанског законика, свима јасно стављено до знања да се кршење начела поштења и повјерења неће толерисати и да ће свака злоупотреба права бити санкционисана.

4. Закључак

Анализа правних принципа садржаних у уводима Српског грађанског законика, са једне, и Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију, са друге стране, показује огроман напредак у развоју правне свијести народа Краљевине Југославије, у размаку од само деведесет година. Ову чињеницу не умањује ни то што је Предоснова до краја постојања прве југословенске државе остала у форми нацрта и што њена примјена у пракси никад није заживјела. Као што одредбе српског кодекса из 1844. године о положају кнеза и Совјета, о непознавању права или о забрани ропства говоре о потешкоћама са којима се Србија суочавала на међународном и унутрашњем плану, исто тако су и уводне одредбе Предоснове свједок времена и проблема са којима се суочавала прва заједничка држава Јужних Словена. И у једном и у другом случају, страни фактор одиграо је своју улогу у стварању права: 1844. то је био претежно аустријски утицај, 1934. иако је Аустријски грађански законик номинално и даље главна инспирација за писање кодекса, политичке и економске околности скрећу пажњу југословенских правника и на неке друге, модерније грађанске законике, као што је то био Швајцарски грађански законик. Ипак, ни у једном ни у другом случају није оправдано, као што

Законика (чл. 1, 8, 10, 13, 22). Тиме се још једном наглашава колики идеолошки и општи друштвени значај могу имати правни принципи који се налазе у уводном дијелу грађанских кодекса.

се то често чини, пренаглашавају инострани утицај из два разлога: прије свега, јер су угледање на иностране изворе и правно пресађивање нормалне и природне појаве, уобичајене одувијек за све народе и за сва времена, и друго, важније, јер се печат оригиналности и аутентичности домаћих правних снага не може негирати одредбама ни једног ни другог кодекса.

Да ли је требало да неке уводне одредбе буду боље и прецизније формулисане? Да ли су неке сувишне, а неке је опет неизоставно требало уврстити, па то није учињено? Уочимо ли само то да Српски грађански законик у Уводу садржи начело аутономије воље, док га 90 година млађа Предоснова уопште не помиње, јасно је да је одговор на оба горе наведена питања потврдан. То исто важи и за начело дужне пажње или забрану изигравања закона, који као и начело аутономије воље, имплицитно произилазе из осталих одредби законика, али које је, због њиховог огромног значаја за грађанско право у цјелини, требало нагласити у самом уводу. Без обзира на то да ли су их подразумевјевали као дио уставне материје или намјерно испустили, сигурно је да су редактори оба кодекса имали јасне разлоге зашто су нека начела задржали, а нека изоставили у уводним одредбама ова два грађанска законика. О карактеру тих разлога и томе да ли је такво поступање било оправдано, данас када ниједна од држава насталих на тлу бивше Југославије нема свој грађански законик, незахвално је и тешко говорити.

Литература/References

Извори

Аустријски грађански законик, прев. Драгољуб Аранђеловић, Београд: Геца Кон, 1922.

Грађански законик за Краљевину Србију протумачен одлукама одељења и опште седнице Касационог суда, прир. Гојко Никетић, Београд 1922.

Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, Београд: Државна штампарија Краљевине Југославије, 1934.

Српски рјечник: истумачен њемачкијем и латинскијем ријечима, Вук Стефановић Караџић, Беч: Штампарија Јерменског манастира, 1852.

Књиге, монографије, чланци

Аврамовић, С. Станимировић, В. (2007). *Упоредна правна традиција*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Аврамовић, С. (2010). Сретењски устав – 175 година после. *Анали Правног факултета у Београду* 1. 36–65.

Аврамовић, С. (2014). Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога?“, *Српски*

грађански законик – 170 година касније (ур. М. Полојац, З. Мирковић, М. Бурић), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 13–46.

Drakić, G. (2008). Formiranje pravnog sistema u međuratnoj jugoslovenskoj državi. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* XLII, 1–2. 645–655.

Dorđević, M. (2011). Kodifikatorski rad Valtazara Bogišića i Jovana Hadžića. *Spomenica Valtazara Bogišića: o stogodišnjici njegove smrti*. Београд: Институт за упоредно право, 283–299.

Ђукић, Д. (2019). Устројство Српске православне цркве и брачно право у Краљевини СХС – Југославији. *Право у функцији развоја друштва: зборник радова* (ур. Д. Мирковић). Косовска Митровица: Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 251–265.

Ђурић, Р. Орлић, М. (1978). Од Општег имовинског законика до Закона о облигационим односима: Допринос професора Михаила Константиновића. *Анали Правног факултета у Београду* 26. 245–266.

Eisner, V. Pliverić, M. (1937). *Mišljenja o predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*. Загреб: Правничко друштво.

Илић, С. (2023). Брачно право у Краљевини СХС/Југославији: стање законодавства и покушај реформе. *Весник правне историје/ Herald of Legal History* 2. 106–155.

Јовановић, С. (1905). *Наше уставно питање у XIX веку*. Сабрана дела, том 2.

Karajović, E. (1994). Pravda i pravičnost u kodifikacijama građanskog prava kod nas. *Pravni život*. br. 11–12, knj. 413. 1595–1602.

Kostovski, M. (2024). Vjerski brak u Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1934. godine. *Branich - časopis za pravnu teoriju i praksu Advokatske komore Srbije* br.1. 31–52.

Константиновић, М. (1925). Забрана злоупотребе права и социјализација права. *Архив за правне и друштвене науке X. Прештампано у Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 261–281.

Константиновић, М. (1933). Југословенски грађански законик (Аустријски или Црногорски законик?). *Правни зборник. Прештампано у Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982. 384–396.

Константиновић, М. (1938). Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву. *Социолошки преглед, књ. I. Прештампано у Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982, 422–433.

Круљ, В. (1969). Место и карактер уводног дела Грађанског законика. *Зборник радова Правног - економског факултета у Нишу*. 67–78.

Кршљанин, Н. (2022). Михаило Константиновић (1897–1982): правник који је обележио једну епоху. *Анали Правног факултета у Београду – посебан број у част професора Михаила Константиновића*. 7–38.

Кулаузов, М. (2012). Критике Српског грађанског законика од 1844. године са посебним освртом на одредбе о породичној задрузи. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1/2012. 427–436.

Маленица, А. (2004). Римска правна традиција у српском праву. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1. 116–138.

Марковић, Ч. (1922). Поштење и морал у праву. *Архив за правне и друштвене науке*, књига V, бр. 4. 241–256.

Мирковић, З. (2014). Уводна правила и увођење у живот Српског грађанског законика. *Српски грађански законик – 170 година касније* (ур. М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 75–103.

Мирковић, З. (2021). Рад Живојина Перића на кодификовању грађанског законика међуратне Југославије. *Анали Правног факултета у Београду*. 1/2021. 1–34.

Mirković, Z. (2022). Mihailo Konstantinović o radu na građanskom zakoniku u međuratnoj Jugoslaviji. *Анали Правног факултета у Београду – посебан број у част професора Михаила Константинаовића*. 79–91.

Николић, Д. (2020). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Центар за издавачку делатност. Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Novaković, D. (2012). *Versko zakonodavstvo Kraljevine Jugoslavije. Zbornik Правног факултета Свеучилишта у Риги* 2. 936–965.

Petrak, M. (2014). Bogišićeva razmatranja о „pravdi i pravici” у контексту Српског грађанског законика. *Српски грађански законик – 170 година касније* (ур. М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 105–112.

Radović, V. (1975). Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju). *Radovi* 7. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu/Institut za hrvatsku povijest. 249–307.

Salma, J. (1988). *Obligaciono pravo – opšti deo*. Београд: Научна књига.

Станковић, Е. (2009). Природно право, римско право и кодификације. *Правни живот*, бр. 11/2009, књ. 531. 507–514.

Станојевић, О. (1978). „Скица“ Михаила Константиновића. *Анали Правног факултета у Београду* 26. 267–284.

Стојановић, Д. (1979). Забрана злоупотребе права. *Анали Правног факултета у Београду* 27. 379–390.

Стојановић, З. (2020). *Српска правна историја*. Бања Лука: Глас Српске.

Цвејић Јаничић, О. (2008). Брачно право у Војводини између два светска рата. *Зборник Матице српске за друштвене науке* 125. 33–52.

Извори са интернета

Грађански законик Републике Србије, радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима, Министарство правде Републике Србије <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, приступљено дана: 10. 6. 2024. године

Milica Kostovski, LL.M.,

Senior Teaching Assistant,
Faculty of Law, University in Banja Luka,
Republika Srpska, Bosna and Herzegovina

LEGAL PRINCIPLES FROM THE SERBIAN CIVIL CODE OF THE PRINCIPALITY OF SERBIA (1844) TO THE PRE-DRAFT OF THE CIVIL CODE OF THE KINGDOM OF YUGOSLAVIA (1934)

Summary

The Serbian Civil Code of the Principality of Serbia (hereinafter: SCC 1844) was adopted 180 years ago, while the Pre-Draft of the Civil Code for the Kingdom of Yugoslavia (hereinafter: Pre-Draft CC 1934) was published 90 years ago. These two historical legal documents marked the important points on the development of Serbian civil law, which is a good reason to perform a comparative analysis of these two acts from a solid time distance. Considering the scope and complexity of the subject matter contained in these acts, the paper first focuses on the introductory rules where fundamental legal principles are proclaimed, such as the prohibition of retroactive application of law or the prohibition of abuse of law. The observed differences in the choice of key principles in the structure of the introductory parts and in the formulation of legal principles clearly testify about the state, political and economic differences between the Principality of Serbia in 1844 and the Kingdom of Yugoslavia in 1934. Some legal principles which will be analyzed in the paper were inspired by the spirit of the time when they were created, while others were the result of different foreign influences over a period of 90 years. In addition to providing a factual insight into the state of law in the analyzed periods, the comparison of these two acts also aims to demonstrate the evolution of law, which may be observed in the period of transition from the SCC to the Pre-Draft CC, and to indicate how the choice of certain legal principles influenced the contemporary law. Using the legal history and the comparative methods, the author provides a brief review of the socio-political circumstances and present the basic features of the development of civil law in the territories where both analyzed legal acts were created.

Keywords: *Serbian Civil Code of the Principality of Serbia (1844), Pre-Draft of the Civil Code of the Kingdom of Yugoslavia (1934), legal principles, prohibition of retroactive application of law, prohibition of abuse of law, interpretation of laws, legal custom as a source of law.*

Драгана Вујовић, мастер правник
Генерални секретар Универзитета у Новом Саду,
Република Србија

DOI: 10.5937/zrpfm1-52415
ORCID 0009-0001-9516--6454

ЗЕМЉИШНИ ДУГ У ЗАКОНОДАВСТВУ И ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СЛОВЕНИЈЕ

Апстракт: Република Словенија је 2003. године донела нов Стварноправни законик. Једна од најзначајнијих новина коју је тај законик донео управо је било проширење *pignus clausus* стварних субјективних права увођењем института земљишног дуга, као неакцесорног заложног права, по угледу на немачки и швајцарски институт. Функција земљишног дуга начелно је једнака функцији хипотеке, дакле обезбеђивање одређеног потраживања односно дуга, уз основну предност у односу на хипотеку – неакцесорност. Од свог увођења, земљишни дуг је, за разлику од Немачке, у пословној пракси Словеније био ређе коришћен институт. Земљишни дуг је последњих неколико година пред своје укидање 2013. године доспео у центар пажње словеначке јавности као инструмент који су готово искључиво користила осумњичена и оптужена лица ради обезбеђења имовине у циљу избегавања плаћања дугова. У раду анализирамо нормативно уређење овог новог института, као и разлоге за његово укидање и брисање из правног система Републике Словеније након десет година постојања.

Кључне речи: стварно право, неакцесорна средства обезбеђења, земљишни дуг, неакцесорност, хипотека.

* draganaps@yahoo.com

1. Увод

У процесу изградње свог новог правног система, усклађеног са регулативом Европске уније и њених чланица, Република Словенија је донела нов Стварноправни законик који је ступио на снагу 1. 1. 2003. године¹. Једна од најзначајнијих новина коју је тај законик донео управо је било проширење *numerus clausus* стварних субјективних права увођењем института земљишног дуга. Био је ово храбар корак, јер овај институт до тада није био познат словеначкој правничкој јавности, нити је постојала његова шира теоретска обрада и судска пракса. Зато се у време његовог увођења очекивало ослањање на теоретску анализу и судску праксу немачког права, уз ограду да су нека правна питања другачије уређена (Дежман, 2005: 622). Институт земљишног дуга постојао је у правном систему Словеније пуних десет година, да би потом био укинут и престао да постоји.²

2. Земљишни дуг у правном систему Републике Словеније

Институт земљишног дуга преузет је из права германских земаља, Немачке и Швајцарске. Два основна модела неакцесорних права обезбеђења која су била узор јесу немачки институт *die Grundschuld* и швајцарски *Schuldbrief*.

Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) разликује три врсте заложних права на непокретностима: хипотеку (*Hypothek*), земљишни дуг (*Grundschuld*) и рентни дуг (*Rentenschuld*). Иако је законодавац највише простора посветио хипотеци, земљишни дуг у немачкој банкарској пракси је готово сасвим истиснуо хипотеку, а важећа правила која се односе на овај институт претежним делом су створили пословна и судска пракса.³ Земљишни дуг је стварно право које овлашћује титулара да из вредности непокретности наплати одређену суму новца. Немачки грађански законик готово на исти начин дефинише и појам хипотеке, али са једном битном разликом, да се она оснива за обезбеђење потраживања⁴. Настанак, пренос или престанак земљишног дуга нису условљени постојањем обезбеђеног потраживања, а његов износ не зависи од одређеног потраживања, већ је садржан у

1 Стварноправни законик (SPZ), Ур. I. RS, 87/2002.

2 Закон о спремембах Стварноправнега законика, SPZ-A, Ур. I. RS, 91/2013. Закон је донет 24. 10. 2013. године, а ступио је на снагу 6. 11. 2013. године.

3 На хипотеку се односи осамдесетак параграфа BGB, а на земљишни дуг свега осам, уз правило о сходној примени одредби којима је уређена хипотека, ако није у супротности са правном природом овог института.

4 Упоредити законске дефиниције ова два института у параграфу 1113 и 1191 BGB.

самом праву земљишног дуга, односно регистру у који је уписан или писму земљишног дуга. Главна *differentia specifica* земљишног дуга, а која произилази из дефиниције да он нема унапред одређену сврху била би неакцесорност (В. Повлакић, 2005: 226 и Лазић, 2009: 157). Ипак, у пракси земљишни дуг се најчешће користи као обезбеђујуће право, са функцијом обезбеђења потраживања. Али и тада се разликује у односу на хипотеку по неакцесорности, односно она дејства која су законом предвиђена код акцесорне хипотеке, код земљишног дуга не наступају по самом закону, већ по основу уговора о обезбеђењу.

Швајцарски грађански законик (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB) познаје три врсте заложних права на непокретностима – акцесорну хипотеку (Hypothek), рентни дуг (Gult) и писмо о дугу (Schuldbrief). Историјски посматрано, Schuldbrief је настао последњи, као израз потребе за мобилизацијом вредности непокретности, поред већ постојеће обезбеђујуће сврхе (опширније, Живковић, 2010: 270–276). Писмо о дугу представља хартију од вредности у којој је инкорпорисано потраживање обезбеђено залогом на непокретности.⁵ Заснивањем писма о дугу основни облигациони однос ради којег је уговорено његово оснивање престаје, и то преновом.⁶ Ради се о законском пренору, по основу којег за власника оптерећене некретности престаје обавеза из основног посла, а настаје нова апстрактна обавеза, дефинисана писмом о дугу, за коју он одговара, како лично, целокупном својом имовином, тако и стварноправно, вредношћу оптерећене непокретности. Постојање, промена, наплата и престанак писма о дугу нису ни на који начин повезани са основним потраживањем, јер оно више не постоји.

Слично овим правним системима, словеначки Стварноправни законик, у време важења овог института, дефинисао је земљишни дуг као право да се захтева наплата одређеног новчаног износа из вредности непокретности пре других поверилаца слабијег ранга⁷. Земљишни дуг гласи на одређени новчани износ коме је одређен рок доспелости. Исплату тог износа власник оптерећене непокретности гарантује самом непокретношћу, при чему исплата не може да буде везана за било какав услов.

Функција земљишног дуга начелно може бити једнака функцији хипотеке, дакле обезбеђивање одређеног потраживања односно дуга, уз основну предност у односу на хипотеку, неакцесорност. Земљишни дуг може да постоји паралелно са потраживањем које обезбеђује, али он

5 Чл. 842 ZGB.

6 Чл. 855 ZGB.

7 Члан 192 Стварноправног законика.

свеједно не зависи од њеног постојања, како при свом настанку, тако и при даљем постојању.

Стварноправни законик уређивао је земљишни дуг у основним цртама⁸. У погледу питања која нису експлицитно регулисана постојала је супсидијарна примена одредби које важе за хипотеку, као старије субјективно стварно право, са сличном правноекономском сврхом постојања коју има и земљишни дуг, по угледу на немачку номотехнику. То се пре свега односило на питање установљења хипотеке на непокретности у сувласништву или заједничком власништву, на одредбе о забрани комисорне клаузуле, те на правила о недељивости хипотеке. Одредбе о хипотеци у односу на земљишни дуг могуће је разврстати у три групе:

- одредбе о хипотеци које се због везаности за начело акцесорности нису могле користити за земљишни дуг (нпр. члан 154, став 2 Законика који одређује да се може захтевати брисање хипотеке уколико је дужник платио обезбеђено потраживање);
- одредбе о хипотеци које је било могуће непосредно користити и за земљишни дуг јер се односе само на стварна права (нпр. члан 140 Законика који уређује правила о обиму хипотеке);
- одредбе о хипотеци које су се за земљишни дуг могле користити само аналогно и где је потребно да се уместо речи „потраживање“ чита реч „земљишни дуг“ (нпр. одредбе члана 132 Законика о ништавости уговорних одредби, или одредбе члана 150 Законика о недељивости хипотеке) (Керестеж, 2003: 138).

Поред овог законика, нека питања везана за земљишни дуг регулисана су и Законом о земљишној књизи (упис земљишног дуга)⁹, Законом о извршењу и обезбеђењу (правила о принудном извршењу земљишног дуга)¹⁰, Законом о облигационим односима (одредбе о хартији

8 Чланови 192 до 200 Стварноправног законика регулисали су земљишни дуг, свега девет чланова.

9 Закон о zemljiški knjigi, ZZK-1, Ur. l. RS, št. 58/2003, 45/2008, 37/2008-ZST-1, 28/2009, 25/2011.

10 Закон о izvršbi in zavarovanju, ZIZ, Ur. l. RS, št. 51/1998, 72/1998- Skl. US, 11/1999-Odl. US, 89/1999- ZPPLPS, 11/2001- ZRacS-1, 75/2002, 87/2002-SPZ, 70/2003-Odl. US, 16/2004, 132/2004- Odl. US, 46/2005 Odl. US, 96/2005-Odl. US, 17/2006, 30/2006 Odl. US, 69/2006, 115/2006, 93/2007, 121/2007, 45/2008-ZArbit, 37/2008-ZST-1, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 14/2012, 17/2013-Odl. US, 29/2013-Skl.US.

од вредности)¹¹, Законом о ванпарничном односу¹², Законом о нотаријату¹³, Законом о финансијском пословању, поступцима због инсолвентности и принудном поравнању¹⁴ и др.

3. Врсте земљишног дуга

3.1. Књижни земљишни дуг и земљишни дуг у облику писма

Једна од подела у упоредном праву која се заснива на формалном критеријуму, односно према облику у којем постоји земљишни дуг, јесте подела на земљишни дуг у облику писма и књижни земљишни дуг. Разлика између ова два појавна облика постоји у начину стицања права (за писмо је потребно поред уписа и да оно буде издато и предато повериоцу), затим код преноса права (књижни земљишни дуг се преноси укњижбом цесионара, а писмо земљишног дуга писаном изјавом о преносу и предајом).

У Словенији је писмо земљишног дуга било предвиђено као једини облик овог права, уз додаток да се то писмо, за разлику од немачког права, сматрало правом хартијом од вредности по наредби, по угледу на швајцарско право, те да представља извршну исправу.¹⁵ У поређењу са немачким решењем, бивше словеначко нам се чини ближим суштини, јер је у ову хартију заиста уписано једно стварно право а не облигационо. Поред тога, прометљивија је хартија по наредби него на име.

3.2. Изоловани и обезбеђујући земљишни дуг

Ова подела заснива се на сврси (функцији) коју има земљишни дуг – обезбеђујући земљишни дуг служи за обезбеђење потраживања, док изоловани има неку другу сврху. У правној теорији наводе се различите могућности употребе изолованог земљишног дуга: може се пренети на треће лице у виду поклона, може се унети у имовину одређеног привредног друштва као стварни улог и др. (Дежман, 2005: 617).

11 Obligacijski zakonik, OZ, Ur. l. RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 Odl. US: U-I-300/04-25, 29/2007 Odl. US: U-I-267/06-41, 40/2007, 30/2010 Odl. US:U-I-207/08-10, Up-2168/08-12.

12 Zakon o nepravdnem postopku, ZNP, Ur. l. SRS, št. 30/1986 (20/1988 popr.), Ur. l. RS, št. 87/2002- SPZ, 131/2003 Odl. US:U-I-60/03-20, 77/2008- ZDZ.

13 Zakon o notariatu, ZN, Ur. l. RS, št. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 41/1995 Odl. US:U-I-344/94-19, 1/1999 Odl. US:U-I-125/95, 83/2001-OZ, 73/2004, 98/2005, 17/2006-ZIZ-C, 115/2006, 33/2007-ZSReg-B, 45/2008.

14 Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju, ZFPPIPP, Ur. l. RS, št. 126/2007, 40/2009, 59/2009, 52/2010, 106/2010 ORTFPPIPP, 26/2011, 47/2011, 87/2011- ZPUOOD, 23/2012, 48/2012 Odl. US: U-I-285/10-1.

15 В. брисани члан 196, став 2 Стварноправног законика РС.

У словеначком праву, иако земљишни дуг *ex lege* није обезбеђујуће право, односно обезбеђујући земљишни дуг није био изричито нормиран као у немачком праву, постојала је могућност да заинтересоване стране уговором одреде да он служи за обезбеђење једног или више потраживања. Иако неакцесоран, обезбеђујући земљишни дуг се посредством уговора о сврси обезбеђења доводио у везу са правним односом из кога произилази потраживање, поводом чијег обезбеђења је и настао, те условљава дозвољеност вршења овог права доспелашћу и обимом обезбеђеног потраживања.

Уговор о обезбеђењу је уговор који садржи тзв. изјаву о сврси, којом се земљишном дугу даје обезбеђујућа сврха, односно којом се земљишни дуг везује за једно или више потраживања тако да служи обезбеђењу њиховог испуњења. На основу таквог уговора, власник непокретности може да тражи да му поверилац, после наплате свог потраживања, врати земљишни дуг. Ако то поверилац не би учинио, већ би затражио реализацију земљишног дуга иако потраживање више не постоји, власник оптерећене непокретности би могао да се брани подношењем приговора који су предвиђени уговором о обезбеђењу. Међутим, у случају преноса права земљишног дуга, због строго облигационог и фидуцијарног дејства уговора о обезбеђењу, он не обавезује новог имаоца земљишног дуга, што представља слабију страну земљишног дуга. У таквим случајевима власник оптерећене непокретности, у поступку реализације земљишног дуга, може да се брани истицањем приговора који су предвиђени правилима извршног поступка. У сваком случају, власнику остаје могућност подношења тужбе ради накнаде штете против повериоца који је прекршио закључен уговор о обезбеђењу.

3.3. Својински и несвојински земљишни дуг

Критеријум за поделу на својински и несвојински земљишни дуг је титулар права. Код својинског земљишног дуга у улози повериоца земљишног дуга је искључиви власник оптерећене непокретности. Он по правилу настаје изворно, кад власник на основу једностране изјаве воље дате у прописаној форми пред земљишнокњижним судом заснује земљишни дуг, или накнадно, у случају консолидације земљишног дуга или хипотеке са искључивом својином на оптерећеној непокретности, као и код престанка хипотеком обезбеђеног потраживања. Преносом на друго лице, земљишни дуг се претвара у несвојински.

Специфичност некадашњег словеначког права је да је земљишни дуг једино и могао настати као својински, осим приликом конвертовања

хипотеке у земљишни дуг, када је изузетно настајао као несвојински.¹⁶ Наиме, постојала је могућност да земљишни дуг као несвојински заснује у своју корист претходни хипотекарни поверилац, уз пријављену сагласност власника оптерећене непокретности, претварањем своје хипотеке у један или више земљишних дугова.¹⁷

4. Настанак земљишног дуга

У раније важећем словеначком праву земљишни дуг је настајао на основу једностраног правног посла уписом у земљишну књигу и издавањем земљишног писма.¹⁸ Једнострано правно посао о успостављању земљишног дуга морао је бити састављен у облику нотарски обрађене исправе, која садржи име оснивача, земљишнокњижну ознаку оптерећене некретнине и висину, као и доспелост износа за плаћање.¹⁹ На основу поменутог правног акта надлежни суд издаје земљишно писмо и предаје власнику непокретности који је уједно и установитељ земљишног дуга.

У поређењу са хипотеком, могло би се рећи да је поступак настанка земљишног дуга нешто компликованији и дужи, што је могло одвраћати странке од употребе (нарочито банке). Наиме, док хипотека настаје уписом у земљишну књигу, за настанак земљишног дуга поред уписа неопходно је и издавање земљишног писма. Земљишнокњижни суд је могао издати писмо након правноснажности решења о дозволи укњижбе. Пракса судова Словеније је била различита, али у просеку рок је износио три месеца, док је за упис хипотеке било потребно неколико дана или чак и исти дан. Поред тога, за разлику од хипотеке, земљишни дуг захтева ажурност земљишне књиге. На пример, није могао настати на непокретности која није уписана, што је могуће у случају хипотеке (Šikonja, 2011: 13).

Према некадашњем члану 194, став 2 Законика, земљишни дуг на одређеној непокретности може да конституише само власник те некретнине. Постоји, евентуално, могућност да тај дуг установи и хипотекарни поверилац, који по договору са власником оптерећене непокретности конвертира своју хипотеку у један или више земљишних дугова, при чему укупно оптерећење непокретности по основу земљишних дугова не може да буде веће од оптерећења одређеног хипотеком која се претвара у земљишне дугове.²⁰

16 Брисани чл. 194, став 2 Стварноправног законика.

17 Брисани чл. 194, став 3 СПЗ. У теорији се наглашава немогућност обрнуте конверзије, земљишног дуга у хипотеку, за разлику од немачког права.

18 Брисани чл. 194, став 1 Стварноправног законика.

19 Брисани члан 195 Стварноправног законика.

20 Брисани чл. 194, став 3 Стварноправног законика.

5. Земљишно писмо

Земљишно писмо је хартија од вредности у коју је инкорпорирано субјективно право земљишног дуга. Оно је представљало једину стварноправну хартију од вредности у раније важећем словеначком правном систему, путем којег је земљишни дуг могао настати, бити у промету, или бити избрисан.

Стварноправни законик је земљишном писму одређивао значај хартије од вредности по наредби, по угледу на швајцарско право, и у вези са тим, у погледу правила о располагању земљишним дугом, упућивао је на одговарајуће одредбе облигационог права о хартијама од вредности.

Пренос земљишног дуга је другачије уређен него у немачком праву. Уместо писане изјаве о преносу и преноса писма, врши се само индосирање писма земљишног дуга. На овај начин у словеначком праву пренос земљишног дуга је поједностављен. Индосамент на земљишном писму требало је пре свега да штити власника оптерећене непокретности. Штавише, словеначка теорија препоручивала је индосамент са ректа клаузулом, којом власник оптерећене непокретности онемогућава индосатару (повериоцу потраживања оптерећеног земљишним дугом) даљи пренос земљишног дуга. Право из ректа хартије од вредности се даље може преносити само цесијом, али и у том случају потенцијални цесионар не би постао законити ималац земљишног писма, јер му недостаје непрекинути ред индосамената (Vrenčur, 2008:40).

Земљишно писмо мора да садржи: назив суда који га издаје, податке о установитељу, земљишнокњижну ознаку оптерећене непокретности, висину новчаног износа, услове под којима тај износ доспева за наплату, датум издавања и печат суда.²¹

Земљишно писмо је детаљније било регулисано и подзаконским прописом, Правилником о земљишном писму²². Правилник је регулисао врсте земљишног писма, поступак укњижбе земљишног дуга, поступак издавања земљишног писма, образац и садржину земљишног писма, начин вођења евиденције, као и поступак брисања.

6. Реализација земљишног дуга

Стварноправни законик није посебно уређивао питање поступка реализације земљишног дуга, већ је из природе земљишног дуга произилазила сходна примена одредби о хипотеци. У складу са тим, могућа су два начина: добровољно плаћање и исплата земљишног дуга у извршном поступку.

21 Брисани члан 196, став 2 Стварноправног законика.

22 Pravilnik o zemljiškem pismu, Uradni list RS, št 15/03, 16/12, 45/12, 67/12, 99/12.

Реализација земљишног дуга могла се тражити независно од постојања и доспелости тражбине коју обезбеђује. У складу са раније важећим чланом 199, став 1 Законика, обвезник плаћања земљишног дуга је власник оптерећене непокретности. У словеначком праву није било изричите одредбе о томе какве су последице исплате земљишног дуга, односно да ли се исплаћује потраживање или земљишни дуг, нити одредби о обавези титулара земљишног дуга да га пренесе поново на власника након исплате, или праву власника некретнине да уместо повратног преноса може тражити брисање или одустајање власника од земљишног дуга.

Плаћање земљишног дуга не може бити везано за услов, тако да власник непокретности не може одбити захтев законитог имаоца земљишног дуга да плати доспели земљишни дуг приговором недоспелости или непостојања потраживања. Наведено решење произилази из раније важеће одредбе члана 192, став 2 Законика. Немогућност истицања приговора трећем лицу на које је пренесен земљишни дуг везаних за потраживање може представљати опасност за власника непокретности. Стога су неки аутори сугерисали да се приликом увођења овог средства обезбеђења у транзицијским земљама законодавно уреди да поверилац земљишног дуга може бити само банка, осигуравајуће друштво или друга финансијска институција, чиме би била искључена злоупотреба (опширније, Повлакић, 2005: 247).

По раније важећим одредбама Законика, земљишно писмо је представљало извршну исправу, односно извршни наслов.²³ То је значило да поверилац земљишног дуга, у случају да власник оптерећене непокретности не плати свој дуг у одређеном року, може одмах да покрене поступак судског извршења. Пошто се ради о стварном праву, поверилац земљишног дуга има право предности у односу на остале повериоце при наплати из вредности продате непокретности, уколико се наравно не ради о другим повериоцима чије је потраживање обезбеђено земљишним дугом или хипотеком са бољим рангом.

У складу са некадашњом одредбом члана 199, став 3 Законика, наплату земљишног дуга није могао да тражи власник оптерећене непокретности који је сам ималац земљишног дуга. Сматрало се да он нема правног интереса да покрене поступак судског извршења на својој оптерећеној непокретности, јер исти економски резултат може да оствари продајом непокретности на тржишту. Словеначки писци су скретали пажњу на још један значајан разлог за такво уређење, могућност да дође до оштећења других ималаца заложних права и других поверилаца од стране

23 Брисани члан 199, став 2 Стварноправног законика.

власника непокретности због злоупотребе свог бољег ранга земљишног дуга (Vrenčur, 2008: 41).

У случају стечаја власника оптерећене непокретности, поверилац земљишног дуга има право првенствене наплате из цене продате непокретности оптерећене земљишним дугом.

7. Престанак земљишног дуга

Према некадашњим одредбама Законика, земљишни дуг престаје брисањем из земљишне књиге.²⁴ Брисање земљишног дуга се може извршити само ако власник оптерећене непокретности уз свој предлог за брисање приложи и земљишно писмо. То значи да је власник оптерећене непокретности претходно дужан да на законит начин поврати своје земљишно писмо. Чак и у случају да је заштићено повериоцево потраживање плаћено, а земљишно писмо је предато управо ради заштите тог потраживања, власник непокретности је дужан да приложи повратно индосирано земљишно писмо (Дежман, Земљишни дуг, 2005: 622).

У складу са Правилником о земљишном писму, предлог за брисање се подноси на посебном обрасцу, заједно са изворником земљишног писма. Решењем о дозволи укњижбе брисања земљишног дуга суд поништава и земљишно писмо. По правноснажности решења суд на земљишно писмо утискује печат „поништено“ и датум дозволе укњижбе брисања, те се земљишно писмо улаже у збирку исправа.

8. Злоупотребе института земљишног дуга у словеначкој пракси

Од свог увођења, земљишни дуг је, за разлику од Немачке, у пословној пракси Словеније био ређе коришћен институт. У листу Дневник, објављен је податак да се у периоду од 2003. године до 2011. број уписаних земљишних дугова кретао између свега 60 и 90. Према податку из 2011. године (Šikonja, 2011:11), свега 35% банака у Словенији, односно шест од 17, у својој понуди средстава обезбеђења кредита нудило је земљишни дуг. Током друге половине 2011. године број уписа почео је рапидно да расте, и у 2012. години достигао је број од 730 уписаних земљишних дугова, а до половине 2013. године прешао је 1000. Поред тога, изнето је и запажање да титулари нису банке, већ готово искључиво физичка лица.²⁵ Према статистичким подацима Центра за информатику

24 Брисани члан 200, став 1 Стварноправног законика.

25 <https://www.dnevnik.si/1042610343/posel/novice/rusenje-laznega-zidu-pred-hisami-direktorjev>, преузето 26. 5. 2024.

Врховног суда Републике Словеније, до увођења електронске земљишне књиге (8. 5. 2011. године) било је уписаних 849 земљишних дугова. До краја 2011. године уписано је 326, током 2012. године 730, да би затим почео број рапидно да расте, и то у 2013. години на 1937 уписа. По подацима електронске земљишне књиге,²⁶ број уписаних земљишних дугова на дан 1. 7. 2014. године износио је 3622. Највећи износ земљишног дуга био је 340.000.000,00 евра, а најнижи 972,8 евра.

Земљишни дуг је последњих неколико година пред своје укидање доспео у центар пажње словеначке јавности као инструмент који су готово искључиво користила осумњичена и оптужена лица ради обезбеђења имовине у циљу избегавања плаћања дугова. Наиме, медији су указивали да су све чешћи случајеви заснивања фиктивног земљишног дуга, којим би власник спречавао могућност извршења над непокретношћу и постајао платежно неспособан из вредности непокретности. Основна карактеристика оваквих земљишних дугова била је или превисока вредност или предугачак рок наплате. Неки од примера на које су словеначки медији указивали (опширније, Židanik, 2013: 390) јесу: тадашња одговорна лица привредних друштава Приморје, Веград и СЦТ су у јесен 2011. године, када је против њих покренут кривични поступак због кривичног дела примања и давања мита, установили на својим непокретностима земљишне дугове у висини 1,5 милиона евра, 5 милиона евра и 600.000 евра.²⁷ Некадашњи председник управе Луке Копер, оглашен кривим у првом степену 2013. године због злоупотребе положаја, установио је на својој кући 2010. године земљишни дуг у висини од пет милиона евра, уз напомену да је Лука Копер у кривичном поступку поднела имовинскоправни захтев у износу од 1,7 милиона евра.²⁸ Такође, председник управе Истрабенза и саветник за финансије били су оптужени 2007. године за кривична дела у вези са препродајом акција друштва, да би супруга председника управе Истрабенза, на коју је 2008. године пренео своју имовину, крајем децембра 2012. године, у данима када је суд одбио мужевљев приговор на оптужницу, установила земљишни дуг у висини 360.000 евра. С друге стране, саветник за финансије управе Истрабенза је крајем 2009. године на својој кући установио два земљишна дуга укупног износа шест милиона евра.²⁹

26 http://www.stat.si/doc/sosvet/Sosvet_25/Sos25_s1898-2013.pdf, преузето 26. 5. 2024.

27 <https://www.dnevnik.si/1042520276>, преузето 26. 5. 2024.

28 <http://www.pomurec.com/vsebina/14491/>, преузето 26. 5. 2024.

29 <http://reporter.si/clanek/slovenija/sojenje-bavcarju-in-srotu-25-milijonov-evrov-skode-za-pivovarno-lasko-44916>, преузето 26. 5. 2024.

Узимајући у обзир наведене примере, приликом утврђивања да ли се ради о случају злоупотребе земљишног дуга, тј. да ли је особа засновала земљишни дуг са искључивим циљем спречавања одузимања имовинске користи или имовине незаконитог извора, поједини аутори (N. Židanič, 2013: 392) су става да полазећи од основних начела земљишног дуга треба поставити следећа питања: да ли је против власника оптерећене имовине у време заснивања земљишног дуга већ покренут кривични поступак у којем би могло доћи до одузимања имовинске користи или плаћања имовинскоправног захтева оштећеном у већој вредности; колика је висина земљишног дуга; када је утврђена доспелост земљишног дуга; да ли је власник оптерећене непокретности након оснивања земљишног дуга располагао већим износом новца који је могао да добије на основу потраживања обезбеђеног земљишним дугом; да ли су предочене неке друге околности које указују да власник оптерећене непокретности жели да заштити своју имовину од других поверилаца нижег ранга.

Злоупотреба земљишног дуга, односно фиктивно оснивање земљишног дуга и издавање земљишног писма пре свега може значити извршење кривичног дела. У време важења овог института у Словенији, државни тужилац је имао на располагању следеће инструменте: мера привременог обезбеђења, одузимање имовинске користи или имовине незаконитог порекла, покретања поступка по основу кажњивих дела као што су овера лажног садржаја, превара, прикривање, повреда туђих права, проузроковање стечаја преваром или несавесним пословањем, злоупотреба положаја или поверења у привредној делатности и др. Државни тужилац је поред забране отуђења и даљег оптерећења непокретности могао да предложи меру привременог обезбеђења одузимањем и судским чувањем земљишног писма, забраном располагања земљишним писмом која укључује забрану његовог отуђења или оптерећења даљим преносом на другог корисника и уписом те забране у земљишну књигу.

Злоупотреба земљишног дуга је у супротности са начелом савесности и поштења. Судска пракса Републике Словеније познаје примере злоупотребе уз заузимање одређених ставова по овом питању у пресудама, те анализа одређених јавно објављених пресуда³⁰ може бити интересантна и од значаја за ову тему.

Према члану 40 Облигацијског законика (у даљем тексту: ОЗ)³¹, уговор је ништав ако је недозвољен мотив суштински утицао на одлуку једне уговорне стране да закључи уговор и ако је друга уговорна страна то знала или би морала да зна. Међутим, како се истиче у једној пресуди

30 Комплетни текстови пресуда судова у Словенији доступни су на интернет адреси: <http://www.sodisce.si/>

31 Obligacijski zakonik Republike Slovenije, Uradni list RS št 83/2001.

Вишег суда у Љубљани из 2012. године, поверилац не може истицати ову чињеницу у земљишнокњижном поступку, у поступку уписа земљишног дуга, већ то мора учинити у посебном парничном поступку. Суд истиче да полазећи од правне природе земљишнокњижног поступка не постоје формални разлози за одбијање уписа, већ да се у овој ситуацији ради о злоупотреби апстрактног права, о постојању материјалних разлога који нису настали у земљишнокњижном поступку.³² Такође, земљишни дуг настао на основу ништаве нотарске исправе сматра се непостојећим, без обзира да ли је уписан у земљишну књигу. Нотар је дужан да упозори странку да дуг не сме да заснива ради оштећења могућих поверилаца, а уколико је знао за намеру власника дисциплински је одговоран за помоћ оснивачу земљишног дуга.

У случају злоупотребе земљишног дуга поверилац има могућност да оспорава земљишни дуг тужбом за брисање. Међутим, главна предност земљишног дуга овде постаје недостатак у ситуацији када је власник оптерећене непокретности пренео земљишни дуг на треће лице, чији се идентитет не види у земљишној књизи. Како без подношења земљишног писма брисање фrawdолозног земљишног дуга из земљишне књиге није могуће, тужба за брисање би у том случају била непотпуна и одбачена.

У образложењу једне пресуде Извршног одељења Вишег суда у Љубљани изнет је став да су правне норме о институту земљишног дуга недоследно уређене и да дозвољавају оштећење повериоца, јер дужник као ималац власничког земљишног дуга са најбољим редом у земљишној књизи може да антидатира пренос земљишног писма на трећу особу од поверења, која на суду положен износ од продаје некретнине може да подигне и врати дужнику и тиме оштети повериоце. У пресуди се даље наводи да поверилац у конкретном извршном поступку може да доказује неоснованост потраживања другог повериоца најкасније на рочишту о продаји непокретности, а да је суд дужан да приликом исплате након продаје непокретности износ земљишног дуга непознатог власника чува у судском депозиту.

Оштећени поверилац има на располагању и попис потраживања из хартије од вредности у складу са чланом 108 Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Словеније. Попис потраживања спроводи се на тај начин што извршитељ одузима дужнику хартију од вредности, односно њен део на основу којег је могућа реализација потраживања и предаје га суду. У случају када је земљишно писмо у власништву трећег лица на

32 Пресуда Вишег суда у Љубљани број – VSL sklep I Ср 4060/2011, 22. 8. 2012, доступна на интернет адреси: [http://sodnapraksa.si/?q=zemlji%C5%A1ki%20odolg&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=50&page=0&id=2012032113048164](http://sodnapraksa.si/?q=zemlji%C5%A1ki%20odolg&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&rowsPerPage=50&page=0&id=2012032113048164), преузето 26. 5. 2024.

којег је правилно пренесен (поверилац земљишног дуга), поверилац из извршног поступка може да захтева само одузимање земљишног писма и његово полагање у суду, чиме постиже ефекат да поверилац земљишног дуга не може да уновчи потраживање из земљишног писма.³³

9. Укидање земљишног дуга у правном систему Републике Словеније

Полазећи од тренутног стања у погледу злоупотребе земљишног дуга, Окружно државно тужилаштво у Марибору је јануара 2013. године послало Министарству за правосуђе и јавну управу Републике Словеније предлог измене и допуне члана 200 Стварноправног законика. Предложена је измена става 2 члана 200 Стварноправног законика тако да гласи: Брисање земљишног дуга може да се обави само уз прилагање земљишног писма или на основу правноснажне судске одлуке којом је суд утврдио ништавост његове укњижбе. Такође, предложена је и допуна у прелазним и завршним одредбама: поступци за брисање ништавог укњижења земљишног дуга у којима је земљишни дуг био установљен пре ступања на снагу овог закона наставиће се и завршити по одредбама овог закона. Наведене измене би омогућиле подношење тужбе за брисање против оснивача земљишног дуга, без обзира ко је тренутни ималац земљишног дуга. Према мишљењу предлагача, оваквим решењем не постоји опасност да би брисањем био оштећен стичалац земљишног дуга, јер фиктивни земљишни дуг је установљен са искључивом намером да се онемогући исплата поверилаца из нижих редова, а не са циљем обезбеђења потраживања. Наведена промена би такође омогућила да се поступци у којима је већ била поднета тужба за брисање окончају по одредбама измењеног закона (Židanik, 2013: 400). Министарство је по пријему предлога приступило проучавању наведене проблематике. Према речима надлежних у министарству, циљ је проналажење решења које би онемогућило даљу злоупотребу наведених правних норми и уједно омогућило ефикаснија средства против већ установљених земљишних дугова.³⁴

Након вишемесечних јавних расправа да ли поштрити услове уписа земљишног дуга или једноставно укинути овај институт, августа 2013. године у законодавну процедуру је ушао предлог измене Стварноправног законика који је предвиђао брисање чланова који регулишу земљишни

33 Пресуда Вишег суда у Љубљани број VSL sklep II Ip 2219/2013, 29. 5. 2013, доступна је на интернет адреси: http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113058109/, преузето 26. 5. 2024.

34 <https://www.dnevnik.si/1042580022>, преузето 26. 5. 2024.

дуг. Предлагачи су истицали аргументе да земљишни дуг није заживео у пракси, већ се показао једино као плодно тло за злоупотребу, позивајући се на медијске објаве о наводним злоупотребима земљишног дуга од стране познатих привредника. Истакнуто је да предлог измене Законика заправо доноси неко грубље решење из номотехничке перспективе, али да је реч о једином правилном, неопходном и ефикасном решењу.³⁵ Већина осталих посланичких група је изразила подршку укидању правних норми, наводећи да даље злоупотребе треба спречити без одлагања и да би евентуалне модификације постојећих норми о земљишном дугу само приближиле овај институт максималној хипотеци која већ постоји у правном систему.

С друге стране, правна доктрина и правна струка је у стручним чланцима и интервјуима изражавала неслагање са укидањем система правних норми земљишног дуга.

Др Андреј Екарт, судија Округног суда у Марибору, критички је оценио да је измена Стварноправног законика непромишљена и значи корак назад у развоју стварноправних обезбеђења у Словенији. Слаже се да словеначки земљишни дуг има одређених мањкавости и да постоји простор за злоупотребе, али одлучно се супротставља његовом укидању, указујући да би по тој логици требало укинути и меницу јер су и ту могућности за злоупотребу велике и предлаже отклањање недостатака овог института. По овом аутору, словеначки земљишни дуг би требало побољшати по угледу на немачки правни систем, тако да се у Закон о извршењу и обезбеђењу унесе одредба да заложни повериоци и повериоци из земљишног дуга морају до одређеног тренутка у покренутом извршном поступку пријавити своје потраживање, у супротном би били преклудирани, без права на исплату (опширније: Ekart, 2013: 13).

Професор Правног факултета у Марибору, др Томаж Керестеш, мишљења је да је укидање земљишног дуга неразумна и неутемељена мера, да би упркос укидању и даље постојале друге могућности злоупотреба, те да је стручна јавност безуспешно указивала на могућности злоупотребе и приликом увођења овог института. По њему, смисленије решење је јавно разоткривање сваког имаоца земљишног писма, омогућавање провере тих правних послова, или чак временско ограничење доспећа тог инструмента.³⁶

35 Говор народног посланика и шефа посланичке групе Држављанске листе у Народној скупштини (Државном збору) о предлогу измене Стварноправног законика објављен је на адреси: <http://dl.si/index.php?page=news&item=9&id=1470&type=arhiv&c=4>, преузето 26. 5. 2024.

36 Опширније: <https://www.dnevnik.si/1042601504/slovenija/zaradi-zlorab-bi-ukinili-zemljiski-dolg>, преузето 26. 5. 2024.

Народна скупштина Републике Словеније је дана 24. октобра 2013. године усвојила Закон о изменама и допунама Стварноправног законика, којим су избрисани чланови који уређују земљишни дуг.³⁷ Такође, прелазним и завршним одредбама је уређено да се на земљишне дугове који су били основани пре почетка важења овог закона и земљишне дугове који су уписани у земљишну књигу после доношења овог закона на основу земљишнокњижног предлога поднетог пре усвајања овог закона примењују одговарајуће одредбе о хипотеци. Усвојене измене и допуне дакле немају ретроактивни карактер и не решавају проблем постојећих земљишних дугова који би могли да буду усмерени у правцу оштећења поверилаца.

У вези са овим, каснија судска пракса у случајевима претходно установљених земљишних дугова, нарочито се бавила питањем околности у којима је установљен земљишни дуг. Према ставу Врховног суда Републике Словеније, акт о настанку земљишног дуга са недозвољеним основама је ништав.³⁸ Ако земљишни дуг није у функцији обезбеђења стварно постојећег потраживања, већ је фиктивни, то значи злоупотребу института. Забрану злоупотребе права предвиђају и Облигацијски законик и Стварноправни законик. Чланом 7 Грађанског законика прописано је да су права из уговорних односа ограничена истим правима других. Учесници у облигационом односу морају се у остваривању својих права уздржавати од понашања које би отежало испуњавање обавеза другим учесницима. Постоји очигледна злоупотреба права, ако његов носилац поступа са једином или очигледном намером да науди другоме. Стварноправни законик на сличан начин предвиђа у члану 12 да је власник ствари или носилац другог стварног права ограничен истим правима других, да се својина и друга стварна права морају остваривати у складу са основним принципима Законика, њиховом наменом и природом ствари. ОЗ у члану 39 предвиђа да свака уговорна обавеза мора имати дозвољени основ (разлог). Основ је недопустив ако је у супротности са уставом, са принудним прописима или са моралним начелима. Претпоставља се да обавеза има основ, чак и ако није изражен. Ако нема основа или је недозвољен, уговор је ништав. Иако је стварање земљишног дуга представљало једнострану трансакцију, наведено правило узрочности важи и за њега. Неспорно је да земљишни дуг има природу неакцесорне

37 Zakon o spremembah Stvarnopravnega zakonika, SPZ-A, Ur. l. RS, št. 91/2013. Закон је донет 24. 10. 2013, а ступио је снагу 6. 11. 2013. године.

38 видети: пресуду Врховног суда Републике Словеније број II Ips 226/2017 од 14.02.2019, доступно на: [http://www.sodnapraksa.si/?q=id:201508111430937&database\[SOVS\]=SOVS&database\[IESP\]=IESP&database\[VDS\]=VDS&database\[UPRS\]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=201508111430937](http://www.sodnapraksa.si/?q=id:201508111430937&database[SOVS]=SOVS&database[IESP]=IESP&database[VDS]=VDS&database[UPRS]=UPRS&_submit=i%C5%A1%C4%8Di&page=0&id=201508111430937), преузето 26. 5. 2024.

залоге непокретности. Међутим, то не значи да су околности у којима је настао ирелевантне. Како се наводи у образложењу пресуде, оне су значајне за процену да ли се институт може злоупотребити, као и за оцену кредибилитета окривљеног.

Током 2014. године извршене су и измене и допуне Закона о одузимању имовине незаконитог порекла³⁹ и Закона о извршењу и обезбеђењу⁴⁰, са циљем додатног онемогућавања злоупотребе земљишног дуга. Унета је одредба да након покретања поступка одузимања имовине незаконитог порекла није више могуће отпочети поступак исплате земљишног дуга, чиме се спречавају власници који су оснивали фиктивне земљишне дугове у намери да исплатом земљишног дуга онемогуће одузимање имовине. Измене Закона о извршењу и обезбеђењу између осталог донеле су новину да суд најкасније приликом доношења закључка о утврђивању вредности непокретности објављује позив којим позива имаоца земљишног писма да суду у року од три месеца од дана објаве позива саопшти своје идентификационе податке и суду преда оригинал земљишног писма. Позив се објављује на интернет страни и огласној табли суда, а врши се и забележба у земљишној књизи. Ако ималац земљишног писма то не уради благовремено, важи претпоставка да је ималац земљишног писма оснивач земљишног дуга, осим уколико се најкасније на рочишту за продају непокретности не докаже другачије.

10. Закључак

Земљишни дуг морамо посматрати као институт који се у Немачкој развијао више од једног века и који је својствен том правном поретку. Увођење земљишног дуга у право Словеније несумњиво је представљало искорак у стварном праву земаља региона. Својством неакцесорности је отворен простор за бројне додатне функције земљишног дуга у односу на искључиво обезбеђујућу улогу хипотеке, чиме су знатно повећане могућности располагања сопственом имовином. Међутим, овај институт није заживео на правилан начин у пракси Републике Словеније. Последњих неколико година пред своје укидање доспео је у центар пажње словеначке јавности као инструмент који су готово искључиво користила осумњичена и оптужена лица ради обезбеђења имовине у циљу избегавања плаћања дугова. Његове основне предности су злоупотребљене. Укидањем

39 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, ZOPNI- A, Ur. l. RS, št. 25/2014. ZOPNI-A је донет 31. 3. 2014, а ступио је на снагу 26. 4. 2014. године.

40 Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju, ZIZ-J, Ur. l. RS, št. 53/2014. ZIZ-J је донет 4. 7. 2014, а ступио је на снагу 30. 7. 2014. године.

земљишног дуга сужен је круг стварних права, а тиме и начин коришћења имовинског права, што залази у подручје уставом загарантованих права. Устав Републике Словеније јемчи право на личну имовину и наследство, које може бити сужено само уз поштовање начела подобности, нужности и пропорционалности. Правна јавност је остала подељена у мишљењу да ли је постојало неко друго средство којим би било могуће достићи исти циљ – спречавање злоупотребе овог института.

Литература/References

- Дежман А. (2005), Земљишни дуг, *Правни живот*, 10/2005.
- Lazić, Miroslav. *Prava realnog obezbeđenja*. Niš: Punta, 2009.
- Повлакић М. (2005) Земљишни дуг у упоредном праву, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, св. 26, бр. 1, Ријека.
- Živković, Miloš. *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta, 2010.
- Керестеж Т. (2003), Земљишни дуг у новом стварноправном уређењу Републике Словеније, *Будимпештански симпозијум*.
- Šikonja M. (2011), Razlogi za neuporabo zemljiškega dolga v slovenski bančni praksi, *diplomsko delo*.
- Vrenčur R. (2008), Zemljiški dolg, *Revizor: revija o reviziji*, letn. 19, št. 2/2008, 40.
- Židanik N. (2013), Zloraba zemljiškega dolga – kazenskopравни vidik onemogočanja odvzema premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, oziroma premoženja nezakonitega izvora, *Pravnik*, бр. 5–6.
- Ekart A. (2013), Ukinitev zemljiškega dolga – korak nazaj, *Pravna praksa*, бр. 36.
- Stvarnopravni zakonik, Ur. l. RS, 87/2002.
- Zakon o spremembah Stvarnopravnega zakonika, SPZ-a, Ur. l. RS, 91/2013.
- Zakon o zemljiški knjigi, ZZK-1, Ur. l. RS, št. 58/2003, 45/2008, 37/2008-ZST-1, 28/2009, 25/2011.
- Pravilnik o zemljiškem pismu, Uradni list RS, št 15/03, 16/12, 45/12, 67/12, 99/12.
- Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, ZOPNI- a, Ur. l. RS, št. 25/2014. ZOPNI-a.
- Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o izvršbi in zavarovanju, ZIZ-J, Ur. l. RS, št. 53/2014.
- Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, ZOPNI- A, Ur. l. RS, št. 25/2014.
- <https://www.dnevnik.si/1042610343/posel/novice/rusenje-laznega-zidu-pred-hisami-direktorjev>, преузето 26. 5. 2024.

http://www.stat.si/doc/sosvet/Sosvet_25/Sos25_si898-2013.pdf, преузето 26. 5. 2024.

<https://www.dnevnik.si/1042601504/slovenija/zaradi-zlorab-bi-ukinili-zemljiski-dolg>, преузето 26. 5. 2024.

Пресуда Вишег суда у Љубљани број VSL sklep II Ip 2219/2013, 29. 5. 2013, доступна је на интернет адреси: http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113058109/, преузето 26. 5. 2024.

Dragana Vujović, LL.M.,
Secretary General, University of Novi Sad,
Republic of Serbia

LAND DEBT IN THE LEGISLATION AND PRACTICE OF THE REPUBLIC OF SLOVENIA

Summary

In 2003, the Republic of Slovenia adopted a new Real Property Code. One of the most significant novelties brought about by that code was the expansion of the numerus clausus of real subjective rights by introducing the institute of land debt, as a non-accessory lien, following the example of the German and Swiss institutes. The function of land debt is basically the same as the function of mortgage, i.e. to secure the provision of a specific claim or debt, but its main advantage over a mortgage is its non-accessory nature. In contrast to Germany, since its introduction, land debt has been a less frequently used institute in business practice in Slovenia. In the last few years, before its abolition in 2013, land debt came to the attention of the Slovenian public as an instrument that was almost exclusively used by suspected and accused persons to secure property in order to avoid paying debts. In this paper, the author analyzes the normative framework of this new institute, as well as the reasons for its abolition and deletion from the legal system of the Republic of Slovenia after ten years of existence.

Keywords: real property law, non-accessory security rights, land debt, non-accessory, mortgage.

UDK: 336.711(4-672EU)

UDK: 338.23:336.74(4-672EU)

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 11.05.2024.

Рад прихваћен: 27.05.2024.

Мирјана Иваз,*

Асистент,

Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици,
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-50975

ORCID 0000-0001-9815-6350

НАДЛЕЖНОСТ И УЛОГА ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ У СВЕТЛУ САВРЕМЕНИХ ИЗАЗОВА

Апстракт: У савременом свету, где се економије непрестано суочавају са различитим изазовима, улога и надлежности Европске централне банке (ЕЦБ) имају кључни значај за стабилност и процват еврозоне. ЕЦБ има широку надлежност у савременим монетарним токовима еврозоне. Њене главне надлежности укључују: дефинисање и спровођење монетарне политике, емисију новчаница и кованица, банкарски надзор, девизне операције, одржавање финансијске стабилности, економску анализу и истраживање, комуникацију и транспарентност. Ове надлежности омогућавају ЕЦБ-у да ефикасно управља монетарним токовима у еврозони и одржава стабилност и одрживи економски раст у региону. Циљ овог рада је да прикаже регулаторне надлежности Европске централне банке у светлу савремених монетарних токова.

Кључне речи: Европска централна банка, монетарно право, надлежност, савремени монетарни токови.

* mirjana.ivaz@pr.ac.rs

1. Увод

У складу са уговором потписаним у Мастрихту 7. фебруара 1992. године, Аустрија, Белгија, Финска, Француска, Немачка, Ирска, Италија, Луксембург, Холандија, Португал и Шпанија су 1. јануара 1999. године замениле своје националне валуте евром, на основу неопозиво утврђених стопа конверзије 31. децембра 1998. Припремајући се за овај тренутак, 11 земаља је спровело политике које им омогућавају да постигну висок степен економске конвергенције уз успостављање институционалних и законских оквира за вођење јединствене монетарне политике, задатак Евросистема, који се састоји од Европске централне банке (ЕЦБ) са седиштем у Франкфурту и националних централних банака 11 земаља еврозоне.

Након што је Европски монетарни институт обавио припремне радове, основана је Европска централна банка – 1. јуна 1998, заједно са Европским системом централних банака (ЕСЦБ), који се састоји од ЕЦБ и 15 националних централних банака европских земаља које су чланице Европске уније (ЕУ). Евросистемом управљају два тела Европске централне банке која доносе одлуке – Извршни одбор и Управни савет. Главни задатак Извршног одбора, који чине председник, потпредседник ЕЦБ и још четири члана, јесте да спроводи монетарну политику у складу са смерницама и одлукама које доноси Управни савет, давањем инструкција националним централним банкама. Поред тога, одговоран је за текуће пословање Европске централне банке.

Управни савет, који је одговоран за формулисање јединствене монетарне политике и постављање смерница за њено спровођење, састоји се од Извршног одбора и гувернера националних централних банака земаља еврозоне. Сваки члан има један глас. На састанцима могу учествовати и председник Савета ЕУ и члан Европске комисије, али немају право гласа. Већина одлука, укључујући и оне о монетарној политици, могу се донети простом већином. Међутим, гласови за одлуке које утичу на позиције националних централних банака као акционара ЕСЦБ (на пример, у вези са капиталом и девизним резервама ЕЦБ) пондерисани су уделом сваке националне централне банке у капиталу ЕЦБ-а (гласовима чланова Извршног одбора даје се тежина нула). Све док све земље чланице ЕУ не учествују у еврозони, Генерални савет, треће тело ЕЦБ за доношење одлука, управљаће ЕСЦБ. Чине га председник и потпредседник ЕЦБ и гувернери националних централних банака свих земаља чланица ЕУ.

2. Регулативни акти у светлу нове надлежности европске централне банке

2.1. Одлуке о монетарној политици – стратегија јединствене монетарне политике и фискална координација

Под стратегијом монетарне политике, како истиче аутор Голубовић (2007: 90–95), подразумева се укупност правила. По основу тих правила ЕЦБ одлучује које ће мере и инструменте применити како би дошла до остварења крајњег циља. Европска централна банка је развила нову стратегију монетарне политике¹ која је усмерена ка стабилности. ЕЦБ може развити нове инструменте и стратегије монетарне политике ради борбе са новим изазовима, као што су ниске или негативне каматне стопе, дигиталне валуте или стабилизација финансијских тржишта у случају кризе. Приликом доношења одлука ЕЦБ примењује комбиновану стратегију монетарне политике тако да се може створити јасна слика у ком временском моменту монетарна политика утиче на економске токове.

Стратегија јединствене монетарне политике ЕЦБ је усмерена ка одржавању стабилности цена и подршци економском расту и запошљавању у еврозони. Ова стратегија се континуирано прилагођава променама у економском окружењу и потребама еврозоне како би се остварили циљеви монетарне политике. У складу са сталним изазовима фискалне неуравнотежености у неким државама чланицама Европске уније, ЕЦБ може играти већу улогу у координацији фискалних политика и промовисању фискалне одговорности.

2.2. Јединствени надзорни механизам – регулативни акти о надгледању банака

Јединствени надзорни механизам формиран је споразумом Европског парламента и Савета октобра 2013. године.² Овај механизам делује у склопу ЕЦБ и обухвата банке свих земаља чланица еврозоне. ЕЦБ врши непосредан и посредан надзор. Непосредан надзор ЕЦБ врши над тзв. главним банкама, док *посредан* надзор врши над осталим банкама преко

1 Нова стратегија монетарне политике Европске централне банке (ЕЦБ) објављена је 8. јула 2021. Док је мандат ЕЦБ додељен уговорима, ЕЦБ мора да осмисли своју стратегију монетарне политике. Ова стратегија утврђује како постићи примарни циљ одржавања стабилности цена у еврозони, позивајући се на одговарајући скуп инструмената монетарне политике, индикатора и међуциљева, као и како узети у обзир друга разматрања без штете по стабилност цена.

2 Council Regulation (EU) No. 1024/2013 on conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, *Official Journal of European Union*, L 287/63, 29 May 2013.

националних ревизорских агенција које раде по њеним упутствима. У узбудљивој ери пост-финансијске кризе, улога надгледања банака је постала кључна за осигуравање стабилности и отпорности финансијског система. У овом контексту, Европска централна банка (ЕЦБ) је развила свој јединствени надзорни механизам, који представља камен-темељац у регулацији и надгледању банака у еврозони. Прво и најважније, треба разумети да је ЕЦБ, као централна банка за евро, добила значајну улогу у надгледању банака у еврозони. Овај померај улоге долази у складу са потребом за ефикасним надзором у целини, што је постало очигледно у светлу претходних финансијских криза.

Кључни регулативни акт који подржава овај надзорни механизам је Уредба (ЕУ) бр. 1024/2013, која је донета од стране Европске уније. Ова уредба додељује ЕЦБ-у компетенцију да врши надзор над системски значајним банкама и осталим банкама у еврозони. Постоји и Договор о стабилности, који представља први корак у постепеном усаглашавању правног оквира за надгледање банака у Европској унији.

Ови регулативни акти омогућавају ЕЦБ-у да извршава своје надлежности над надгледањем банака. Ове надлежности укључују оцењивање ризика, утврђивање капиталских захтева, и посматрање опште стабилности финансијског сектора. Додатно, ЕЦБ има моћ да примењује резолутивне мере на банке које показују знакове нестабилности или прекршаја правила.

Осим њих, треба поменути и регулативне органе који раде у сарадњи са ЕЦБ-ом у процесу надгледања. Национални надзорни органи и Националне компетентне власти имају важну улогу у процесу супервизије, док ЕЦБ координира активности и обезбеђује конзистентност и унутрашњи стандард.

Нова позиција ЕЦБ у банкарској унији представља допуну надлежности Европске надзорне агенције за банкарство која је основана 2010. године. Њен главни задатак тиче се стварања јединствених правила за рад и санацију банака уз уважавање свих разлика које постоје у банкарској индустрији Уније. У том смислу веома је важно радити на промовисању најбољих пракси надзора унутар јединственог тржишта и усвајању *Европског надзорног приручника* са јединственом методологијом и облицима надзора. Приручником би требало регулисати сва меродавна питања која су у оквиру надлежности ЕЦБ као и област заштите потрошача. Иако приручник није правнообавезујући акт, његова примена не сме бити подређена слободној оцени субјеката монетарне политике, већ мора почивати на моралној облигаторности (Димитријевић, 2023: 109). Једном речју, регулативни акти о надгледању банака, у сарадњи са јединственим надзорним механизмом који предводи ЕЦБ, представљају

кључни фактор у осигуравању стабилности и отпорности финансијског сектора у еврозони. Ови акти обезбеђују ефикасан надзор и регулацију, што је неопходно за остваривање циљева финансијске стабилности и економског процвата у Европи.

2.3. Одлуке о издавању банкнота, прибављање информација и обавезе извештавања

Одлуке о издавању банкнота су од кључног значаја за функционисање монетарног система у земљама чланицама еврозоне. Као једина институција која има право на издавање евро банкнота, Европска централна банка има значајну улогу у контролисању обима новца у циркулацији и осигуравању његове стабилности.

Прибављање информација и обавезе извештавања представљају важан аспект рада Европске централне банке, који је неопходан за обављање њених функција и доношење одговарајућих одлука у вези са монетарном политиком, надзором банака и стабилношћу финансијског сектора у еврозони. ЕЦБ прибавља различите информације о банкама и другим финансијским институцијама у еврозони, укључујући финансијске извештаје, билансе, информације о капиталу, кредитном портфолију итд.

ЕЦБ прати различите макроекономске показатеље, као што су инфлација, раст БДП-а, кретања на тржишту итд. Ове информације су од великог значаја за доношење одлука о монетарној политици. ЕЦБ сарађује са националним централним банкама у еврозони и другим релевантним институцијама како би прибавила потребне информације и анализирала трендове у финансијском сектору.

ЕЦБ има обавезе да редовно обавештава јавност, финансијске институције, владе и друге заинтересоване стране о својим активностима, одлукама и политици. Ове информације се обично објављују кроз извештаје, конференције за штампу и друге канале комуникације. Прибављање информација и обавезе извештавања су кључни за рад ЕЦБ и представљају начин на који банка обезбеђује прозачност, одговорност и ефикасност у свом раду.

3. Проширена надлежност Европске централне банке у новим моделима економског управљања

ЕЦБ је, као што је већ истакнуто, кључна институција у еврозони која има за циљ осигуравање стабилности финансијског сектора и цена, али њена улога може еволуирати у складу са изазовима савремених економских система. Проширена надлежност ЕЦБ у новим моделима економског управљања и надгледању финансијског сектора представља

важан аспект у контексту европске монетарне и финансијске политике. ЕЦБ добија значајну улогу у надгледању банака и финансијских институција као резултат финансијске кризе из 2008. године и последица које је она имала на финансијски сектор у Европи.

3.1. Надгледање финансијског сектора

Европска централна банка игра кључну улогу у монетарном управљању у земљама чланицама Европске уније које користе евро као заједничку валуту. ЕЦБ може добити проширену улогу у надгледању банкарског сектора у целој Европској унији. Ово би могло укључивати праћење финансијских институција, оцењивање њихове стабилности и примену регулаторних мера ради спречавања криза у банкарском сектору. Уз свој основни задатак контролisaња инфлације и одржавања стабилности цена, ЕЦБ је такође добила задатак да надгледа и оцењује финансијски сектор у земљама еврозоне. Ова улога постала је изразита у последњих неколико година кроз различите реформе у оквиру економског управљања у Европској унији.

Од 2014. године, кроз Јединствени механизам за надзор над банкама (SSM), ЕЦБ има надлежност за надгледање највећих банака у земљама чланицама еврозоне. Овај механизам је део шире реформе у финансијском сектору која је настала као одговор на финансијску кризу и има за циљ да осигура стабилност и надгледње банака. Кроз SSM, ЕЦБ спроводи надзор над одабраним банкама, а у случају потребе може и да преузме директну надлежност над банкама у случају кризе или проблематичне ситуације.

Поред надгледања, ЕЦБ такође игра значајну улогу у развоју и примени регулаторних стандарда за финансијски сектор. Ово укључује усаглашавање правила и стандарда између различитих земаља у еврозони како би се осигурала стабилност и робусност финансијског система. ЕЦБ се такође активно укључује у сарадњу са националним надлежностима у контроли и надгледању банака и финансијског сектора. Ова сарадња је од суштинског значаја за ефикасно функционисање финансијског система у целини.

Овакво проширено учешће ЕЦБ-а у надгледању финансијског сектора доприноси јачању стабилности финансијског система у Европи и унапређењу механизма за спречавање банкарских криза.

3.2. Развој нових инструмената и стратегија монетарне политике

Већ смо истакли да ЕЦБ игра кључну улогу у формирању и спровођењу монетарне политике у еврозони. У светлу динамичних економских околности и ризика који се појављују, ЕЦБ је постепено развила нове

инструменте и стратегије да би одговорила на потребе и изазове савременог финансијског окружења.

Прва стратегија која је видљиво обележила ЕЦБ у последњих неколико година је употреба нестандартних монетарних инструмената. Услед дуготрајних ниских нивоа инфлације и спорог економског раста, ЕЦБ је применила иновативне мере као што су квантитативно ослабљивање (*Quantitative easing*) и програми куповине обвезница (*bond-buying programs*). Ови инструменти су имали за циљ да стимулишу економију кроз снижавање каматних стопа и подстицање кредитног давања.

Друга важна стратегија коју је ЕЦБ развила има фокус на комуникацију и транспарентност у монетарној политици. Објављивање монетарних прогноза и јасно комуницирање циљева политике је постало стални део редовних активности банке. Ова стратегија има за циљ да повећа ефективност монетарне политике кроз стварање поверења у тржишту и олакшање преузимања одговарајућих мера од стране економских агената.

Трећи важан напредак који је ЕЦБ учинила усмерен је ка циљевима монетарне политике. Поред циља стабилности цена, ЕЦБ се такође фокусира на остваривање одрживог економског раста и стварање услова за посао. Ово представља прецизнију и циљану апликацију монетарне политике која узима у обзир комплексне потребе савременог друштва. ЕЦБ може развити нове инструменте и стратегије монетарне политике ради борбе са новим изазовима, као што су ниске или негативне каматне стопе, дигиталне валуте или стабилизација финансијских тржишта у случају кризе.

Развој нових инструмената и стратегија монетарне политике од стране ЕЦБ-а представља одговор на изазове који проистичу из динамичног финансијског окружења. Кроз примену нестандартних инструмената, усмерену комуникацију и фокус на циљевима политике, ЕЦБ постаје способан и реактиван актер који има капацитет да одговори на потребе савремене економије.

3.3. Фискална координација и подршка економској интеграцији

ЕЦБ може допринети економској интеграцији унутар Европске уније промовишући хармонизацију финансијских правила, стандарда и процедура. У кризним периодима, како финансијским тако и економским, ЕЦБ може проширити своје надлежности да би пружила додатну подршку земљама чланицама кроз програме куповине облигација, ликвидности банкама или друге мере за стабилизацију финансијских тржишта.

Директивом о опоравку и санацији банака и инвестиционих фондова утврђују се процедуре поступања и израде програма опоравка и санације. Њеним усвајањем је децидно прекинута пракса финансирања пословних губитака банака и других институција преко државних фондова. У том погледу се јасно дефинише да је обавеза финансирања на страни повериоца и деоничара.³ Директивом се посебна пажња посвећује борби против *моралног хазарда*, где свакој институцији са лошим пословањем треба омогућити излазак на тржиште под условом да то не проузрокује системски поремећај. Циљеви санације банака морају бити усмерени на заштиту имовине и права депонената и јавних средстава. Пре самог почетка поступка санације субјекти економске политике имају обавезу да размотре услове за спровођење поступка санације у редовном поступку стечаја због инсолвентности. Током поступка санације мора се водити рачуна да се не врше претерана задирања у имовину депонента. Директивом је установљен механизам *ex post* поређења начина поступања са депонентима и начина који би се применио у редовном поступку инсолвентности. Корисници имају право на исплату дуговне разлике уколико се у редовном поступку утврди да је на име потраживања исплаћен мањи износ од оног који би примили (Димитријевић, 2023: 16). У погледу одређивања начина и поступка исплате државама чланицама је омогућена слобода у одлучивању у овом сегменту.

3.4. Банка последњег уточишта

Европска централна банка је услед последица еврокризе почела да обавља и улогу „банке последњег уточишта“ (енг. last bank resort). Концепт последњег уточишта полази од тога да централна банка одобрава кредите свим институцијама које имају проблема са ликвидношћу, тј. способношћу да намирују своје доспеле финансијске обавезе (Steinbach, 2016: 364), али под одређеним условима који подразумевају: да финансијска подршка (обично) није намењена банкама у циљу регулисања њихове солвентности; да финансијска подршка временски и сумарно није ограничена и трајаће онолико дуго колико за то постоји оправдана потреба (ипак, одређени пенали у смислу затезне камате могу бити наплаћени у одређеним случајевима); захтеве централне банке за полагањем одређеног вида залогe од стране комерцијалних банака, и

3 Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the IS May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council, Official Journal of European Union, L 173/190 of 12. 06. 2014.

дискрециону оцену о (неодобравању кредита на процени конкретних случаја (Steinbach, 2016: 364–365).

Правни основ ове нове функције ЕЦБ јесте чл. 127 (5) Уговора о функционисању ЕУ који утврђује условљеност монетарне политике и финансијске стабилности унутар ЕУ, као и чл. 14 Статута ЕСЦБ, који је у почетку више имао улогу заштитне клаузуле да осигура положај националних централних банака држава које партиципирају у ЕСЦБ у случају проблема са ликвидношћу, јер због ограничавања монетарног суверенитета то мора решавати ЕЦБ. С обзиром на то да је овакво поступање противно чл. 127 Уговора, односно забрани колективног јемства за финансијски посрнуле државе чланице, у пракси може доћи од озбиљног неразумевања. С тим у вези се поставља питање да ли су мере финансијске подршке уопште у сфери монетарне политике или политике државне помоћи, односно политике финансијске супервизије за коју ЕЦБ нема ингеренције јер она остаје на националном нивоу (Steinbach, 2016: 379). Данас је, ипак, јасно да ЕЦБ мора располагати потпуним информацијама о стању финансијског система конкретне државе и, с тим у вези, она мора обављати и функцију банке последњег уточишта. Поједини аутори (Димитријевић, 2023) упозоравају да је неопходно да примењује рестриктиван приступ у имплементацији тих нових ингеренција и да та функција остане тек секундарна. Морални hazard би представљао потенцијалну негативну последицу екстензивно практикованих овлашћења спасавања финансијски посрнулих чланица. Једном речју, постојала би могућност да владе и централне банке држава чланица, свесне ризика, намерно одступе од критеријума утврђених јединственом монетарном стратегијом и од непоштовања фискалних правила као уставних и законских ограничења јавног дуга рачунајући унапред на *bail-out* ЕЦБ. Последице би биле толико фаталне, да би могле утицати на урушавање међународне монетарне стабилности уз даљу могућност преливања њених последица на глобални монетарни поредак уз сценарио да уруше његове тековине које су смисао међународног монетарног права.

3.5. Надлежности у вези са криптовалутама и финансијским иновацијама

Са развојем криптовалута и нових финансијских технологија, ЕЦБ је почела да истражује и регулише ове области. Ово из разлога што појава криптовалута и криптоимовине са собом носи и појаву нових ризика у финансијском систему који пре тога нису постојали, па се с правом поставља питање до које мере постојећа правила регулације могу бити применљива на нове облике финансијске имовине. У складу са брзим

развојем криптовалута и финансијских иновација, надлежности ЕЦБ у овим областима се шире и узимајући у обзир нове технологије и трендове у финансијском сектору.

Ширење надлежности у овој области је потребно како би се осигурало да криптовалуте и финансијске иновације не угрожавају стабилност финансијског система. Нова надлежност у наведеном контексту се пре свега односи на регулаторну надлежност ЕЦБ. Ово зато што ЕЦБ игра важну улогу у регулисању и надгледању финансијског сектора у земљама чланицама еврозоне. У складу са тим, ЕЦБ прати и анализира развој криптовалута и финансијских иновација како би их регулисала на начин који ће обезбедити стабилност финансијског сектора и заштиту потрошача. Као чувар монетарног суверенитета у околностима неконтролисаних технолошких досегнућа, ЕЦБ мора истрајати на свом изворном задатку да управо тај суверенитет државе који јој је делегиран стави наспрам хегемоније приватних интереса, наравно, не на начин који кочи технолошки прогрес у монетарној трансмисији, али на начин у ком свако може рачунати на сигурне новчане токове, заштиту података о личности и надокнаду штете у случају повреде паметних уговора у којима се користе криптовалуте (Димитријевић, 2023: 150).

Следећа иновативна надлежност ЕЦБ се односи на истраживање и развој у области криптовалута и финансијских иновација. ЕЦБ се активно бави истраживањем и развојем. Ова активност обухвата праћење нових технологија, истраживање њихових потенцијалних утицаја на финансијски сектор и развој стратегија за употребу и регулисање истих. И најзад, неопходно је да ЕЦБ сарађује са другим релевантним институцијама и организацијама на међународном нивоу у области регулације и надгледања криптовалута и финансијских иновација. Ова сарадња обухвата размену информација, координацију политика и развој међународних стандарда.

3.6. Активности ЕЦБ у сузбијању финансирања криминалитета и спречавању финансирања међународног тероризма

Финансирање криминалитета и тероризма представљају озбиљне претње за сигурност и стабилност друштва. У том контексту, улога финансијских институција, укључујући и Европску централну банку (ЕЦБ), постаје кључна у сузбијању ових негативних појава. ЕЦБ има значајну улогу у сузбијању финансирања криминалитета и спречавању финансирања међународног тероризма кроз своје активности и сарадњу са другим надлежним институцијама. Узимајући у обзир и опасности

које прете од тзв. сајбер финансијског криминалитета, који је по природи ствари повезан са електронским новцем, улога централне банке јесте незаобилазна на путу превенције, спровођења и испуњености сврхе кривичноправних прописа у области злоупотребе монетарног система и спречавању прања новца и финансирања тероризма (Adenobe Leslie, 2014: 2). ЕЦБ захтева од банака у еврозони да прате и пријављују све трансакције које могу бити злоупотребљене за финансирање криминалних или терористичких активности. Овај механизам је кључан у омогућавању раног откривања потенцијалних незаконитих активности. Такође, ЕЦБ тесно сарађује са надлежним правосудним и полицијским органима у циљу размене информација и заједничког рада на детекцији и сузбијању криминалитета и тероризма. ЕЦБ учествује у формирању и усмеравању регулативних стандарда који се односе на финансијски сектор у целини, што укључује и борбу против финансирања криминалитета и тероризма. Ови стандарди се примењују на све банке у еврозони и постављају високе захтеве у вези са контролом трансакција и противу прању новца. Иако је улога централне банке на овом месту посредна, то не умањује њен значај и допринос у спречавању таквих друштвено опасних појава које се одвијају мимо граница легалних и легитимних привредних активности, јер на тај начин се истовремено штите и јачају постојећи трансмисиони механизми монетарних финансија и чува углед банкарског система.

Конституисањем другог стуба банкарске уније, тј. Уредбом о формирању Јединственог надзорног механизма, одређен је правни основ нове улоге ЕЦБ у политици сузбијања финансијског криминалитета. Наиме, члановима 28 и 29 споменуте Уредбе утврђена је обавеза централних банка у давању доприноса у борби против прања новца и забране финансирања тероризма као основних циљева националне политике унутрашње безбедности. Тиме је ЕЦБ јасно ставила до знања да „за креаторе свих јавних политика добро уређен и ефикасан финансијски систем јесте прва брана против финансирања тероризма због чега је веома, важно да буде постављен на одрживим основама које онемогућавају таво делање, односно смањују прилике за вршење исте“ (Голубовић, Димитријевић, 2022: 190).

Улога ЕЦБ у борби за сузбијање криминалитета је, такође, присутна (у посредном облику) кроз њене активности у *Европској управи банака*, али и кроз успостављање широке сарадње са посебним истражним јединицама за откривање и спречавање финансијског криминалитета које делују на нивоу држава чланица. Кроз сарадњу са надлежним органима, примену регулативних стандарда и праћење финансијских трансакција, ЕЦБ доприноси глобалним напорима у борби против криминалитета и тероризма. ЕЦБ сарађује са међународним организацијама, као што су

Међународни монетарни фонд (ММФ), Светска банка и Организација за економску сарадњу и развој (ОЕЦД), како би развила глобалне стандарде и најбоље праксе у борби против прања новца и финансирања тероризма.

4. Неопходно прилагођавање институционалних аранжмана ЕУ

Паралелно са повећаним интервенцијама монетарне политике од стране ЕЦБ, државе чланице су такође предузеле широке реформе: тј. економске и институционалне реформе на националном и европском нивоу. Непотпуност институционалног оквира ЕМУ и његова рањивост су постале очигледне у периоду уочи кризе државног дуга у еврозони. Било је неуспеха у управљању, институционалних празнина и других слабости које су погоршане глобалном финансијском кризом и погоршане почетком кризе државног дуга, односно након почетка кризе.

Кризна искуства су показала да су стабилност цена, финансијска стабилност и фискална одговорност међусобно зависне. Ипак, последњих година финансијска и фискална стабилност су подбациле у различитим степенима, а како истичу поједини аутори (Drudi, Durré, Paolo Mongelli, 2012) и из различитих разлога.

Прво, сада постоји широко признавање потребе да се обезбеде одрживе јавне финансије. Ово посебно важи у одсуству потпуне фискалне уније: еврозона не поседује федерални буџет са карактеристикама редистрибуције (као у Сједињеним Државама). Стога је национална фискална дисциплина од суштинског значаја. У овом контексту, нови „фискални споразум“ представља корак у правом смеру. Он се бави неким од слабости претходног оквира фискалног управљања. Има два главна елемента: обавезно увођење правила уравнотеженог буџета и механизма корекције одступања од уравнотежених буџета на националном нивоу и јачање процедуре прекомерног дефицита у оквиру Пакта за стабилност и раст. Ако се ефикасно имплементира на националном нивоу, фискални споразум може помоћи да се усидре тржишна очекивања у вези са одрживошћу јавних финансија у Европи. Ипак, националне владе сада треба да докажу своју посвећеност овим новим фискалним правилима тако што ће осигурати брзу ратификацију новог Уговора о стабилности, координацији и управљању у економској и монетарној унији (ЕМУ) који укључује фискални споразум, као и његову транспозицију у национални закон, и живећи у складу са правилима и духом фискалног споразума.

Други разлог за раст неравнотеже еврозоне је тај што су, пре кризе, постојале неуједначене процедуре надзора, регулације и решавања у земљама еврозоне; они су такође били отежани лошом разменом

информација и скромном сарадњом. Глобална финансијска криза је јасно показала да је неопходно отклонити ове слабости. С тим у вези, успостављен је нови надзорни оквир – за Европску унију у целини – у циљу размене информација и најбољих пракси, подстицања сарадње и идентификовања извора системских финансијских ризика у раној фази. Састоји се од два стуба. Први стуб покрива микропруденцијалну супервизију и обухвата Европски орган за банкарство (ЕБА), као и Европску управу за осигурање и професионалне пензије (ЕИОПА) и Европску управу за хартије од вредности и тржишта (ЕСМА). Други стуб је посвећен макропруденцијалној супервизији и усредсређен је на Европски одбор за системски ризик (ЕСРБ). ЕСРБ може издати упозорења и макропруденцијалне препоруке кад год је то потребно.

Треће, криза такође баца светло на недостатак одредби за решавање кризе где су земље еврозоне подложне самоиспуњавајућим негативним повратним информацијама. Понуда подршке домаћим банкама (путем државних гаранција, кредита и/или докапитализације) довела је до тога да се за неке земље доведе у питање одрживост јавних финансија. Тада је настао зачарани круг у којем слаба динамика државног дуга штети банкама, а потреба за докапитализацијом банака заузврат штети ценама државног дуга. Архитектура ЕМУ је дизајнирана без икаквих одредби за решавање велике кризе државног дуга. Успостављање „firewall“-а, односно ЕФСФ-а и предстојећег ЕСМ-а, има за циљ да попуни ову институционалну празнину. Док су до сада предузете мере на нивоу ЕУ биле потребне да се одговори на структурне слабости у ЕМУ, потребни су даљи кораци да би се комплетирао институционални оквир. На пример, постоје само национални аранжмани за решавање могућих криза великих паневропских банака: односно системски важних финансијских институција (СИФИ). Неке такве институције чине велики удео у БДП-у њихове матичне земље.

Без обзира што микропруденцијална сигурност доприноси угледу система, у кризним моментима предност се мора дати свеукупној сигурности наспрам појединачне сигурности (**Schoenmaker, 2013: 3**). Међутим, ширење надлежности ЕЦБ може додатно отежати ефикасност судског решавања монетарних спорова услед непознавања њеног поља деловања од стране надлежних судских органа (Димитријевић, Голубовић, 2018: 644).

5. Закључак

Сврха Европске централне банке (ЕЦБ) је очување монетарне стабилности у еврозони обезбеђивањем ниске и стабилне инфлације

потрошачких цена. Стабилне цене и ниска инфлација сматрају се виталним за одрживи економски раст јер подстичу предузећа да више инвестирају и отварају радна места – чиме се побољшава животни стандард. ЕЦБ је независна институција и доноси своје одлуке без инструкција влада или других институција ЕУ. ЕЦБ је одговорна за дефинисање и спровођење монетарне политике у еврозони. То укључује доношење одлука о референтним каматним стопама, управљање ликвидношћу на тржишту и контролу инфлације. ЕЦБ има ексклузивно право да врши емисију евро новчаница и кованица. Ова надлежност омогућава ЕЦБ-у да контролише понуду новца у еврозони и обезбеди стабилност валуте. ЕЦБ има улогу у супервизији и надзору финансијских институција у еврозони путем Јединственог механизма надзора. То укључује процену финансијске стабилности, оцењивање ризика у банкарском сектору и осигурање примене регулаторних стандарда. ЕЦБ води операције у име еврозоне, укључујући интервенције на девизном тржишту и управљање девизним резервама. Ова надлежност омогућава ЕЦБ-у да одржава стабилност девизног курса евра и реагује на промене на глобалним финансијским тржиштима. ЕЦБ има улогу у одржавању финансијске стабилности у еврозони. То укључује праћење и анализу финансијских тржишта, идентификацију системачних ризика и предузимање мера како би се спречиле финансијске кризе. ЕЦБ спроводи истраживања и анализе о економским кретањима у еврозони како би боље разумела економске трендове и прилагодила своју политику. Ово укључује анализу инфлације, раста БДП-а, незапослености и других економских показатеља. ЕЦБ редовно преиспитује своје одлуке, политике и анализе како би одржао транспарентност и предвидљивост. Ово укључује редовне конференције за штампу након састанака о монетарној политици, публикацију извештаја и анализа, као и комуникацију са јавношћу путем различитих канала.

У одговору на финансијску кризу, ЕЦБ је добила проширене надлежности надгледању финансијског сектора. Ово укључује надгледање банака, осигуравајућих друштава и других финансијских институција у еврозони, са циљем осигуравања стабилности и резилијентности финансијског сектора. Укратко, проширена надлежност ЕЦБ-а у новим моделима економског управљања и надгледању финансијског сектора одражава потребу за јачим и уједињеним регулаторним и надгледањем у еврозони, како би се осигурала стабилност, сигурност и одржив раст у целокупном економском систему.

Важно је имати на уму да су мере Евросистема биле ефикасне и моћне у одржавању стабилности цена, али нису замена за структурне реформе. ЕЦБ је добила већу улогу у макроекономском управљању, укључујући координацију фискалне политике и мере стабилизације у

сарадњи са Европском комисијом и другим релевантним институцијама. Ова улога је посебно значајна у контексту управљања економским кризама и несигурностима.

Излазак из финансијске кризе почива на трајном обезбеђивању финансијске стабилности различитих финансијских институција и неколико влада еврозоне: њихове заинтересоване стране морају предузети неопходне мере како би повратиле поверење инвеститора. ЕЦБ је предузела низ мера у области монетарне политике и банкарске супервизије како би ублажила утицај пандемије корона вируса на економију еврозоне и пружила подршку свим грађанима Европе. Од финансијске кризе, ЕЦБ је проширила свој сет инструмената политике. То је омогућило да утиче на услове финансирања са којима се суочавају људи и компаније у тешким временима када је нефункционисање финансијског система оштетило трансмисиони механизам монетарне политике. Краткорочне каматне стопе су се у овим периодима приближиле својој „ефективној доњој граници“, односно нивоу испод којег њихово снижавање више не би повећало ниво привредне активности. Да би обезбедила стабилност цена усред ових изазова, ЕЦБ је прилагодила пакет алата да би укључила нове алате: нудећи банкама онолико кредита централне банке колико им је потребно, уз фиксну каматну стопу; постављање негативних каматних стопа које подстичу банке да позајмљују по ниским стопама како би људи и предузећа могли јефтино да се задужују; нуђење дугорочних кредита банкама, укључујући и кредите по веома повољним каматним стопама, под условом да банке позајмљују овај новац људима и предузећима (циљане дугорочне операције рефинансирања – ТЛТРО), куповина приватних и јавних финансијских средстава, пружање „смерница унапред“. Ови додатни инструменти су добро послужили и остали су део алата ЕЦБ. Они монетарној политици дају више простора да делује против ризика ниске инфлације или дефлације. У свету је 2022. годину обележило успоравање привредне активности услед последица кулминације руско-украјинске кризе и почетка рата, што је у почетку довело до нестабилности на енергетским тржиштима, а затим је изазвало значајније флукуације у ценама нафте, гаса и струје. Поред раста цена енергената, снажном расту инфлације допринели су и поремећаји у ланцима снабдевања и раст цена роба.

Дакле, поред класичних надлежности (јединствена монетарна политика ЕУ), у савременим условима ЕЦБ примењује савремене надлежности у монетарним токовима. Централна банка се са свим новим регулаторним и осталим надлежностима веома успешно носи, што значи да ће и у случају емитовања дигиталног новца пронаћи адекватне мере и инструменте за санирање поменутих ризика или њихово ограничавање

на прихватљивији ниво. Заједничко за све „класичне“ и „савремене“ надлежности ЕЦБ јесте да су настале као резултат дограђивања институционалне структуре Европске монетарне уније. Ови регулативни акти су од суштинског значаја за функционисање ЕЦБ и обезбеђују правни оквир који омогућава банци да испуни своје задатке у складу са својим мандатом и циљевима стабилности и процвата у еврозони. Улога и надлежности Европске централне банке у светлу савремених изазова су кључне за стабилност и процват еврозоне. Да би успешно испунила свој мандат, ЕЦБ мора да буде ажурна, флексибилна и способна да се адаптира на промене у окружењу. Само тако ће бити у могућности да одговори на све изазове који предстоје и да обезбеди стабилност и одржив раст у еврозони.

Литература/References

Adeoye Leslie, D. (2014). *Legal Principles for Combatting Cyber Laundering*, Munich: Springer.

Голубовић, С. (2007). Европска монетарна унија – Институционални аспекти, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Голубовић, С., Димитријевић, М. (2022). *Пословне и банкарске финансије за правнике*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу – Центар за публикације.

Димитријевић, М. 2018. *Институције међународног монетарног права*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу – Центар за публикације.

Димитријевић, М., Голубовић, С. (2018). Решавање међународних монетарних спорова: алтернативни механизми, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2, 639–650.

Димитријевић, М. (2023). *Право Европске централне банке*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Drudi, F., Durré, A., Mongelli, F. P. (2012). The interplay of economic reforms and monetary policy: the case of the Eurozone. *JCMS: Journal of Common Market Studies*.

Issing, O. (1999). The Monetary Policy of the Eurosystem. *Finance & Development*, 18–21.

Steinbach, A. (2016). The Lender of Last Resort in the Eurozone. *Common Market Law Review*, 53, pp. 361–383.

Schoenmaker, D. (2013). *An Integrated Financial Framework for the Banking Union: Don't Forget Macro-Prudential Supervision*, European Commission, European Economy, Economic Papers No. 495.

Правни извори

Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – Уговор о функционисању Европске уније (УФЕУ)

Council Regulation (EU) No. 1024/2013 on conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions, Official Journal of European Union, L 287/63, 29 May 2013.

Single Supervisory Mechanism (SSM) Regulation (EU) No 1024/2013 of the European Parliament and of the Council of 15 October 2013 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning policies relating to the prudential supervision of credit institutions.

Banking Union Framework Regulation (EU) No 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on prudential requirements for credit institutions and investment firms and amending Regulation (EU) No 648/2012.

Directive 2013/36/EU (CRD IV) of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC.

Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the IS May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No. 1093/2010 and (EU) No. 648/2012, of the European Parliament and of the Council, Official Journal of European Union, L 173/190 of 12. 06. 2014.

Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Systemic Risk Board, amending Decision No.716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC.

Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC.

Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC.

Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC.

Остали извори

European Central Bank (2021). *Monetary policy strategy*, доступно на: <https://www.ecb.europa.eu/monopolstrategy/html/index.en.html>

European Central Bank (2021). *An overview of the ECB's monetary policy strategy*, доступно на: https://www.ecb.europa.eu/home/search/review/html/ecb.strategyreview_monpol_strategy_overview.en.html#toc1

Mirjana Ivaz,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Priština,
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica,
Republic of Serbia

COMPETENCES AND ROLE OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK IN LIGHT OF MODERN CHALLENGES

Summary

In the modern world, where economies are constantly facing various challenges, the role and competences of the European Central Bank (ECB) are of key importance for the stability and prosperity of the Eurozone. The ECB has broad competences in the contemporary monetary flows of the Eurozone. Its main responsibilities include: defining and implementing monetary policy, issuing banknotes and coins, banking supervision, foreign exchange operations, maintaining financial stability, economic analysis and research, communication and transparency. These competences enable the ECB to effectively manage monetary flows in the Eurozone and maintain stability and sustainable economic growth in the region. The aim of this paper is to present the regulatory competences of the European Central Bank in light of contemporary monetary flows.

Keywords: *European Central Bank, monetary law, authority, contemporary monetary flows.*

UDK: 347.961.1:346.61/.64(497.11)

UDK: 347.961.1(497.11 Niš)

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 02.07.2024.

Рад прихваћен: 04.09.2024.

Јована Коцић,*

Докторанд,

Правни факултет Универзитета у Нишу,

Република Србија

DOI:10.5937/zgrfn1-51930

ORCIDo009-0001-6999-108X

УЛОГА ЈАВНИХ БЕЛЕЖНИКА У ПОРОДИЧНОПРАВНИМ СТВАРИМА У СРПСКОМ ПРАВУ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАКСУ ЈАВНИХ БЕЛЕЖНИКА У ГРАДУ НИШУ

Апстракт: У раду аутор даје преглед овлашћења јавних бележника у породичноправним стварима, прописаних Породичним законом и Законом о јавном бележничтву Републике Србије, ради сагледавања њихове адекватности и уочавања евентуалних недостатака, у циљу њиховог отклањања у будућности. У раду је дата анализа улоге јавних бележника приликом састављања споразума о законском издржавању, закључивања брачног уговора, уговора о управљању и располагању заједничком имовином супружника, уговора о деоби заједничке имовине супружника, уговора о управљању и располагању имовином пословно неспособних лица и поступање јавних бележника у поступку признања очинства. Поред тога, сагледане су могућности проширивања надлежности јавних бележника на поступак за споразумни развод брака, по угледу на словеначко право, и приказани резултати истраживања о поступању јавних бележника у поменутим породичноправним стварима на територији града Ниша за период од 1. 9. 2014. године до 15. 6. 2024. године, ради добијања потпуније слике о практичним последицама предвиђених законодавних решења.

Кључне речи: јавни бележници, породичноправни односи, пракса јавних бележника.

* kocic.jovana.93@gmail.com

1. Увод

Јавнобележничка служба у Републици Србији успостављена је пре више од 10 година, доношењем Закона о јавном бележничтву Републике Србије¹, 2011. године, који је ступио на снагу 17. 5. 2011. године, а примењује се од 1. 9. 2014. године.^{2 3}

Увођењем нотарске службе тежило се постизању веће правне сигурности грађана и тзв. дејудицијализацији решавања правних питања која су традиционално била у надлежности суда.

У домену породичног права, усвајање Закона о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву⁴ довело је до усклађивања Породичног закона из 2005. године⁵ са извршеним изменама, у том смислу што је прописана одговарајућа врста форме за састављање појединих уговора из ове области и могућност признања очинства детета пред јавним бележником.

Имајући у виду природу односа у породици, као најосетљивијих из домена грађанског права, значајно је сагледати да ли је после једнодеценијског рада јавних бележника у породичноправним стварима довољно остварена заштитна и упозоравајућа функција нотарских аката у којима се пренети породичноправни „послови“ закључују и колико се често овлашћена лица обраћају јавним бележницима ради њиховог споразумног регулисања.

1 Закон о јавном бележничтву Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – други закон, 93/2014 – други закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015. У наставку рада и ЗЈБ.

2 Детаљније о увођењу јавног бележничтва у Републици Србији видети у (Живковић, Живковић, 2012: 434–448). Преузето 25. 4. 2024. године. <https://hrcak.srce.hr/109712>.

3 Сам закон је мењан и допуњаван четири пута ради отклањања непрецизности, противуречности и правних празнина у његовим одредбама. Првобитно је мењан и допуњаван због неиспуњености услова за именовање и почетак рада првих јавних бележника, док се каснијим изменама и допунама уређују суштинска питања, попут одређивања форме за закључивање појединих правних послова, и прецизирање врсти јавнобележничких исправа. Закон је измењен и допуњен следећим законима: Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 85/2012, Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 19/2013, Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 121/2014 и Законом о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 6/2015.

4 Закон о изменама и допунама Закона о јавном бележничтву, *Службени гласник РС*, бр. 6/2015.

5 Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015. У наставку рада и ПЗ.

Предмет анализе аутора јесте улога јавних бележника у породичним стварима за које је Породични закон Републике Србије предвидео њихово деловање, и то приликом састављања споразума о законском издржавању, брачног уговора, уговора о управљању и располагању заједничком имовином супружника, споразума о деоби заједничке имовине супружника, у поступку признања ванбрачног очинства и располагања имовином малолетних и пословно неспособних лица. Поред наведеног, аутор ће представити могућности проширења овлашћења јавних бележника на поступак за споразумни развод брака, по угледу на словеначко право, и дати приказ резултата спроведеног истраживања о практичном деловању јавних бележника у породичноправним стварима на територији града Ниша за период од 1. 9. 2014. године до 15. 6. 2024. године, ради сагледавања колико учестало се овлашћена лица опредељују да „решавање” неспорних породичних ствари препусте јавним бележницима и, у вези са тим, да ли су постојећа решења у овој материји одговарајуће уређена.

2. Овлашћења јавних бележника приликом састављања споразума о законском издржавању

Законско издржавање, које проистиче из породичних односа и подразумева обавезу једног лица да обезбеди средства за живот другом лицу које испуњава законом прописане услове за то, у домаћем праву императивног је карактера, будући да одрицање од права на издржавање не производи дејство.⁶ Регулисањем питања издржавања императивним правним одредбама, држава настоји да се ова обавеза увек извршава (Поњавић, 2014: 318).

У улози даваоца и примаоца издржавања могу се наћи супружници, ванбрачни партнери и законом одређени сродници.⁷

Критеријуми за одређивање издржавања тичу се потреба повериоца, могућности дужника и минималне суме издржавања⁸, уз корективни критеријум када је у питању издржавање детета, који му омогућава издржавање у висини којом се обезбеђује најмање животни стандард какав ужива родитељ који га издржава.⁹

Док дужник алиментационе обавезе мора давати издржавање законом овлашћеном субјекту, уколико су за то испуњене прописане

6 Чл. 8, ст. 2 ПЗ.

7 Чл. 151–159 ПЗ.

8 Чл. 160 ПЗ.

9 Чл. 278, ст. 3 ПЗ.

претпоставке, дотле Породични закон омогућава да се начин испуњења такве обавезе уреди споразумом.¹⁰

Осетљивост овог егзистенцијалног питања и категорије лица које се обезбеђују давањем издржавања (деца, лица неспособна да се старају о себи и материјално угрожена лица), захтевају сигурну форму обликовања воље уговорних страна приликом споразумевања о овом питању. Таква форма требало би да обезбеди заштиту слабије стране, примаоца издржавања, и онемогући евентуалну злоупотребу слободе уговарања даваоца издржавања, уговорањем недовољног износа алиментационе обавезе, којим се не остварује сврха задовољења основних животних потреба примаоца издржавања. Због тога, закључивање споразума захтева неки вид контроле који се у домаћем праву остварује учешћем јавног бележника у његовом обликовању.¹¹

Чланом 161 Породичног закона прописано је да се издржавање даје у новцу, а да се на други начин може одредити само уколико се о томе дужник и поверилац издржавања споразумеју у форми јавнобележничког записа. Српски законодавац се наведеним чланом понавља у прописивању форме јавнобележничког записа, имајући у виду да је предвиђена и Законом о јавном бележништву.^{12 13}

Разлоге за прописивање форме јавнобележничког записа за споразум о законском издржавању треба тражити у значају наведеног уговора и потреби за превентивним спречавањем спорова који могу настати у вези са обавезом издржавања у случају њеног неиспуњења од стране дужника издржавања. Путем јавнобележничког записа правни поредак пружа најобухватнију превентивну заштиту учесника у грађанскоправном промету (Ђурђевић, 2014: 112). Ово произлази из саме важности јавнобележничког записа као форме за закључење уговора,

¹⁰ Чл. 161 ПЗ.

¹¹ Чл. 82, ст. 1, тач. 2 ЗЈБ; Чл. 161, ст. 3 ПЗ.

¹² Чл. 82, ст. 1, тач. 2 ЗЈБ.

¹³ Прописивање форме споразума у оба законска текста се чини непотребним, имајући у виду чињеницу да ни чланом 93 ЗЈБ нису таксативно побројани сви уговори који се закључују у форми солемнизоване исправе (нпр. уговор о доживотном издржавању). Поставља се питање да ли законодавац оваквим понављањем даје на значају споразуму о законском издржавању у односу на остале уговоре, за које је форма закључивања прописана само посебним законима, али не и ЗЈБ, или се ради о непажњи законодавца, коју би требало отклонити. Ради једнаког нормативног регулисања свих уговора који се закључују у некој од форми јавнобележничког акта, исправније би било сваки од њих таксативно навести у Закону о јавном бележништву или уговоре из појединих области права регулисати посебним законом.

имајући у виду поступак за сачињавање јавнобележничког записа¹⁴, доказну снагу чињеница које су у њему садржане¹⁵ и могућност принудне реализације права садржаних у запису који има својство извршне исправе.¹⁶

Могућност споразумног регулисања законског издржавања, прописана чланом 161 ПЗ, односи се само на начин испуњења ове обавезе. Дакле, приликом састављања споразума, нотар не сме прекорачити своје надлежности и унети одредбе о другом питању, као што је одлука о поверавању детета на бригу, чување или васпитање (Bikić, Povlakić, Plavšić, 2013: 436), већ је дозвољено само споразумевање о модалитетима издржавања.¹⁷

Формулацији наведене одредбе Породичног закона могу се приписати два недостатка. Њоме се не одређује прецизно који прималац, односно давалац издржавања може закључити споразум, као што то чине поједине земље у региону¹⁸, нити се ближе одређују питања о којима се субјекти издржавања могу споразумети.

Прво, поставља се питање да ли споразум о законском издржавању могу закључити само супружници и ванбрачни партнери или и сродници одређени законом, нарочито малолетна деца и деца над којима је

14 Правила за сачињавање јавнобележничког записа садржана су у Закону о ванпарничном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон (у наставку рада и ЗВП) и Закону о јавном бележништву. Видети: чл. 166–182 ЗВП и чл. 84 ЗЈБ.

15 Правни послови који су сачињени у облику јавнобележничког записа имају исту доказну снагу као да су сачињени у суду или пред другим државним органом. Видети: чл. 82, ст. 2 ЗЈБ.

16 Чл. 85 ЗЈБ.

17 Видети: (Панов, 2014: 296); (Драшкић, 2009: 356).

18 Хрватско право изричито резервише споразум о издржавању за супружнике који се разводе, али посредно говори о споразуму и у оквиру договарања родитеља о новчаном издржавању деце. Видети: чл. 302, ст. 1 и чл. 310, ст. 3 Породичног закона Републике Хрватске (*Obiteljski zakon*), *Narodne novine*, бр. 103/15, 98/19, 47/20, 49/23, 156/23. У наставку рада и ПЗРХ. Словеначки законодавац, поред супружника који се разводе, омогућава споразумно регулисање питања издржавања родитељу и пунолетном детету, као примаоцу издржавања, и пунолетном детету и родитељу, као примаоцу издржавања. Видети: чл. 101, ст. 1 и чл. 191–193 Породичног закона Републике Словеније (*Družinski zakonik*), *Uradni list*, št. 15/2017, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZmatR-C, 200/20 – ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US, 5/23 in 34/24 – odl. US. Породични закон Републике Македоније говори о споразуму о добробити деце, који подразумева споразум родитеља о издржавању детета, када преговарање омогућавају прилике, по настојању центра за социјални рад. Видети: чл. 198 Породичног закона Републике Македоније (Закон за семејството), *Службен весник на РМ*, бр. 153/2014.

продужено родитељско право? Уколико се могућност односи и на децу, остаје нерегулисано питање да ли је у том случају јавни бележник стручан да цени исправност споразума, с аспекта најбољег интереса детета, и да ли је при оцени дужан да прибави мишљење органа старатељства (Stojanović, Evtimov, 2018: 155). Ипак, полазећи од језичке формулације наведене одредбе, може се закључити да је законодавац имао у виду сваког дужника и повериоца издржавања, што је у складу са природом споразумног уређења овог питања када су у питању пунолетна лица способна да се самостално старају о заштити својих интереса. На другој страни, сматрамо да споразумевање о начину и висини издржавања детета треба реализовати пред судом, који применом истражног начела у поступању¹⁹, може прибавити све релевантне податке ради заштите најбољег интереса детета, а при томе није везан границама споразума који у интересу детета закључују родитељи.²⁰

Друго, формулација одредбе да се издржавање може уредити на други начин, који не подразумева новчано издржавање, одаје утисак да се ради о уговарању издржавања *in naturam*. У том смислу, дужник би се, уместо давања новца, могао ослободити обавезе издржавања давањем одређених производа, уступањем непокретности на плодоуживање, или комбиновањем ових начина (Поњавић, Влашковић, 2022: 389).²¹ Ипак, полазећи од начела слободе уговарања, одредбу би требало екстензивно тумачити и под одређивањем начина издржавања подвести и уређивање висине обавезе издржавања.²² Само таквим решењем била би постигнута сврха споразумног регулисања овог питања. Насупрот томе, под начином издржавања не би се могло подвести и уговарање трајања и престанка издржавања, с обзиром на видну различитост значења термина.²³

У погледу промене већ одређене висине издржавања због промењених околности, Породични закон не прописује пред којим органом се то може учинити.²⁴ Да ли промена захтева поступак пред судом или је могуће споразумети се и о том питању.²⁵ Недореченост

19 Чл. 205 ПЗ.

20 Чл. 281 ПЗ.

21 Па тако и: (Цвејић Јанчић, 2009: 127–128).

22 Па тако и: (Ковачек Станић, 2010: 96); (Бурђевић, 2014: 116).

23 Једина земља у региону која допушта споразумевање о трајању и престанку издржавања је Република Хрватска. Видети: чл. 302, ст. 2 ПЗРХ.

24 Чл. 164 ПЗ.

25 Ауторке проф. др Наташа Стојановић и др Ивана Евтимов указују на проблем који може настати када о обавези издржавања већ постоји правноснажна и извршна судска одлука, а субјекти издржавања накнадно закључе споразум о промени њене висине, који такође има својство извршне исправе. У вези с тим, дају неколико предлога

Породичног закона донекле је надомештена јавнобележничким законом, који стипулише обавезну форму јавнобележничког записа за уговор којим се мења закључени споразум о законском издржавању,²⁶ што се може односити и на промену споразумом утврђене висине издржавања. Имајући у виду да би у случају наступања промењених околности јавни бележник морао ценити да ли су оне такве да оправдавају измену одлуке о висини издржавања, што би значило оцену доказа о таквим тврдњама странака, остаје закључак да би се промена висине издржавања услед промењених околности, када између дужника и повериоца издржавања нема сагласности о новој суми издржавања, могла остварити само у поступку пред судом, док би се усаглашена измена висине издржавања, осим када је у питању издржавање детета, могла спровести пред јавним бележником, што одговара и природи споразумног решавања одређеног питања.

Приликом састављања јавнобележничког записа о законском издржавању јавни бележник је дужан да води рачуна да ли је исти у складу са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, сходно правилима поступка за састављање исправе.²⁷ Па тако, мора водити рачуна да уговорена висина издржавања не буде испод законом прописаног минимума. Сума издржавања не може бити мања од минималне, коју је држава прописала и признала деци без родитељског старања која су смештена у хранитељске породице, односно пунолетним лицима која се налазе на породичном смештају по прописима о социјалној заштити.²⁸

Резултати спроведеног истраживања показали су да у раду јавних бележника на територији града Ниша у периоду од 1. 9. 2014. године до 15. 6. 2024. године²⁹ није било ниједног закљученог споразума о издржавању супружника, нити споразума о издржавању ванбрачних партнера.

могућих измена закона у циљу отклањања празнина и недостатака законског текста. Видети: (Stojanović, Evtimov, 2017: 156).

26 Чл. 82, ст. 3, у вези ст. 1, тач. 2 ЗЈБ.

27 Чл. 172, ст. 1 ЗВП.

28 Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије указала је оправдано на нејасноћу законске одредбе чл. 160, ст. 4 у вези са ст. 1 Породичног закона, јер о минималној суми издржавања суд само „води рачуна“. По мишљењу комисије, минималну суму издржавања требало би обезбедити оба родитеља, као најнижу суму, без обзира на личне прилике – које могу бити и испод тог минимума. Видети: (Комисија за израду Грађанског законика, 2017: 95-139).

29 Истраживање је обухватило период од 1. 9. 2014. године, када су именовани први јавни бележници за територију града Ниша, до 15. 6. 2024. године. На територији града Ниша до сада је именовано седморо јавних бележника, од којих је четворо почело са обављањем јавнобележничке функције 1. 9. 2014. године, један 22. 2. 2019. године, један 14. 10. 2021. године и један 1. 11. 2021. године.

Овакво стање може бити резултат различитих фактора, попут недовољне упућености супружника и ванбрачних партнера о могућности да своје односе регулишу пред јавним бележником, затим нарушених односа међу њима након престанка брака, односно ванбрачне заједнице и одсуства воље да ово питање споразумно уреде, али и уживања већег поверења грађана у суд, када је у питању одлучивање о обавези егзистенцијалне природе каква је обавеза издржавања. Чињеница да у десетогодишњој пракси јавних бележника није закључен ниједан споразум указује на потребу да се размотре могуће алтернативе о подизању свести грађана о оваквом виду уређења питања издржавања, попут прописивања обавезе суда да поучи странке о могућности да своје односе регулишу споразумно пред јавним бележником и свим предностима које споразумно уређење овог питања у форми јавнобележничког записа може донети уговорним странама.

На другој страни, у јавнобележничкој пракси било је свега два споразума о законском издржавању деце. Наведеним споразумима бивши супружници су се споразумели о висини новчаног издржавања детета, роковима исплате алиментационе обавезе и начину вршења родитељског права од стране родитеља који не живи са дететом у породичном дому. Из садржине закључених споразума могло би се закључити да споразум о издржавању детета не закључује само дете, већ се у улози уговорних страна јављају његови родитељи, да предмет споразума може бити и висина новчане обавезе издржавања, а не само давање издржавања у натури, али да се родитељи могу споразумети и о другим неспорним питањима попут начина остваривања контакта између детета и родитеља који не врши родитељско право. Иако занемарљиво мали број закључених споразума не може потврдити његов значај у пракси, оваква садржина споразума несумњиво потврђује став аутора да законом треба да буде јасно уређено о чему се уговорне стране могу споразумети, како би се спречило различито поступање јавних бележника и избегле ситуације у којима се споразумом регулишу питања која би применом истражног начела требало да уреди суд, нарочито питања којима се тангирају интереси детета.

3. Улога јавних бележника приликом састављања брачног уговора

Институт брачног уговора у праву Републике Србије уведен је Породичним законом из 2005. године. Раније важећи Закон о браку и

породичним односима СРС није дозвољавао супружницима да закључују уговоре којима мењају имовински режим утврђен законом.³⁰

Важећи Закон омогућава уговорним странама да искључе законски режим заједничке и посебне имовине, при чему је одлука како ће то учинити на њима самима. Законом нису предвиђени типови имовинских режима за које се партнери могу определити када се одлуче да одступе од режима заједничке имовине и на другачији начин регулишу права на постојећој или будућој имовини. Могућа су различита решења: супружници могу у потпуности искључити постојање заједничке имовине у браку, искључити постојање њихових посебних имовина моментом уласка у брак, одредити удео сваког од њих у заједничкој имовини или на други начин регулисати међусобне имовинске односе.³¹

Како је брачни уговор у праву Републике Србије регулисан само једним чланом Породичног закона, неопходно је установу брачног уговора анализирати у ширем контексту уговорног, односно облигационог права (Панов, 2014: 357). У том смислу, од значаја је одредба Породичног закона којом је прописано да ће се на имовинске односе супружника, ванбрачних партнера, детета и родитеља, као и чланова породичне заједнице примењивати одредбе Закона о облигационим односима и закона којим се уређују својинскоправни односи.³²

Брачни уговор закључује се у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.³³ Изворни текст Закона о јавном бележничтву предвиђао је форму јавнобележничког записа.³⁴ Имајући у виду да брачни уговор доводи до важног ефекта искључења имовинског режима који предвиђа закон, нејасно је зашто га законодавац, у погледу форме за његово закључење, изједначава са осталим имовинским уговорима (Stojanović, Evtimov, 2018: 158)? Да ли је намера законодавца била да једноставно

30 Чл. 326, ст. 2 Закона о браку и породичним односима, *Службени гласник СРС*, бр. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01. О историјском развоју овог института у праву Републике Србије видети више у: (Сокић: 416–417).

31 Нацрт Грађанског законика Републике Србије приликом регулисања брачног уговора предвиђа следеће modele уређења имовинских односа: уговарање посебне имовине, уговарање унапред одређеног дела у заједничкој имовини, уговарање права избора код деобе заједничке имовине или уговарање права избора код деобе заједничке имовине и заоставштине, уговарање одложене заједничке имовине, уговарање универзалне (опште) имовинске заједнице и уговарање о подмиривању породичних трошкова. Преузето 28. 4. 2024. Доступно на <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

32 Чл. 196 ПЗ.

33 Чл. 188 ПЗ.

34 Чл. 82, ст. 1 изворног текста ЗЈБ.

све имовинске уговоре које супружници могу закључити на основу Породичног закона уврсти у исту групу, или је пак значај овог уговора донекле умањено и нашао да је форма солемнизоване исправе довољан гарант сигурности партнера који се, ипак, определе да своје имовинске односе регулишу уговором којим ће избећи евентуалне несугласице и могуће спорове?

Код солемнизације брачног уговора, јавни бележник је дужан да уговорнике упозори на то да се њиме искључује законски режим заједничке имовине.³⁵ С обзиром на честу неједнакост уговорних страна у преговарању, и на могуће ситуације да слабија страна, и поред датог упозорења, није свесна са чиме се саглашава потписивањем уговора, у литератури се указује на потребу за увођењем детаљније поуке коју орган даје уговорним странама о последицама које ће уговор изазвати. У том правцу је предлог да се уговорне стране упозоре на то да у случају закључења брачног уговора незапослени брачни друг, или брачни друг који током трајања брака остане без посла, неће имати удео у имовини стеченој током брака.³⁶ Ипак, оваква алтернатива морала би се детаљно размотрити, имајући у виду чињеницу да се брачним уговором супружници могу одлучити за различите опције, укључујући и варијанту уговарања одређеног удела сваког од њих у заједничкој имовини, чиме препоручено решење губи смисао. Она би се могла применити само у случају када стране споразумом искључе режим заједничке имовине у целисти.

За разлику од споразума о законском издржавању, у пракси јавних бележника је знатно учесталије закључивање брачних уговора, имајући у виду да су била 162 таква уговора. Наведено потврђује правилно опредељење законодавца да споразумно регулисање имовинских односа супружника препусти овим носиоцима јавних овлашћења, чије предности су препознала лица која намеравају да закључењем брачног уговора превентивно спрече будуће спорове. На тај начин долази и до растеређивања судова од дуготрајних и комплексних предмета до којих уобичајено долази после престанка заједнице живота између супружника када овакав уговор није закључен.

³⁵ Чл. 188, ст. 2 ПЗ.

³⁶ Детаљније о разлозима за допуну одредбе чл. 188 ПЗРС и предложеним решењима у том смеру видети у: (Комисија за израду грађанског законика, 2017: 112–115); (Цвејић Јанчић, 2006: 24–25).

4. Овлашћења јавних бележника приликом састављања уговора о управљању и располагању заједничком имовином

Имовински односи супружника и ванбрачних партнера уређени су законом, уз могућност њиховог регулисања уговором. Док законски имовински режим подразумева постојање посебне имовине супружника и њихову заједничку имовину, дотле уговорно регулисање омогућава супружницима одступање од ових правила и изражавање њихове воље о уређењу својих имовинских односа.

Законски имовински режим у праву Републике Србије подразумева две врсте имовине супружника: посебну и заједничку имовину.

Заједничка имовина је имовина коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку.³⁷ Основна одлика правне природе заједничке имовине јесте неопредељеност удела титулара права у стварним и тражбеним правима. Другим речима, све док постоји заједничка имовина супружника, њихови удели у тој имовини нису ни идеално ни реално одређени.

Супружници заједнички и споразумно управљају заједничком имовином.³⁸ Постоји законска претпоставка да послове редовног управљања супружник увек предузима уз сагласност другог супружника.³⁹ Тумачењем ове одредбе *argumentum a contrario*, за послове који прелазе оквира редовног управљања потребна је изричита сагласност другог супружника. Када је у питању располагање заједничком имовином, супружник не може располагати својим уделом у заједничкој имовини, нити га може оптеретити правним послом међу живима.⁴⁰ За располагање заједничком имовином од стране једног супружника потребна је сагласност другог супружника.

Породични закон садржи правну празнину када је у питању форма у којој супружник мора дати сагласност другом супружнику, било да се ради о пословима који прелазе оквира редовног управљања, било да се ради о пословима располагања заједничком имовином. Оваква правна празнина надомештена је последњим изменама и допунама Закона о облигационим односима, тако што је регулисано да је код давања сагласности за закључење уговора за који је прописан облик јавно потврђене (солемнизоване) исправе или јавнобележничког записа,

37 Чл. 171, ст. 1 ПЗ.

38 Чл. 174, ст. 1 ПЗ.

39 Чл. 174, ст. 2 ПЗ.

40 Чл. 174, ст. 3 ПЗ.

довољно да потпис даваоца сагласности буде оверен.⁴¹ Овакво правило не искључује могућност да сагласност буде дата и у облику прописаном за уговоре за чије се закључење сагласност даје⁴², али се наведеном новином која дозвољава и само оверу потписа омогућава олакшани правни промет када су у питању формални правни послови који укључују деловање јавног бележника.

До солемнизације уговора којим један супружник располаже заједничком имовином, међутим, може доћи и без претходне сагласности другог супружника, имајући у виду одредбу члана 29 Закона о облигационим односима, којом је предвиђено да се сагласност трећег лица за закључење уговора може дати пре закључења уговора (дозвола) или након њеног закључења (одобрење), ако законом није прописано што друго. Породични закон нигде не прописује да сагласност супружника мора бити дата пре закључења уговора. Наведени закључак изражен је и у мишљењу Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20. 10. 2015. године.⁴³

Одступање од законом прописаних правила управљања и располагања заједничком имовином обезбеђено је одредбом чл. 189 Породичног закона, којом је предвиђено да супружници могу закључити уговор на основу кога ће један од њих управљати и располагати целокупном заједничком имовином или неким њеним деловима, при чему се закључени уговор може односити само на управљање, само на располагање, или на поједине делове управљања и располагања. Актуелно законско решење захтева форму јавнобележнички потврђене исправе, док је изворним текстом Закона о јавном бележништву била предвиђена форма јавнобележничког записа.⁴⁴

Сматрамо да прописана форма одговара важности посла, имајући у виду да се њиме мења важно законско правило да супружници

41 Чл. 29, ст. 3 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/82, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020. У наставку рада и ЗОО.

42 Чл. 29, ст. 2 ЗОО.

43 Доступно на <https://www.beleznik.org/vesti/strucni-savet-javnobelesnicke-komore-srbije>. Преузето 30. 4. 2024. године. У оваквој ситуацији нотар је дужан да странке упозори на то да је за закључење уговора потребно да прибаве сагласност супружника, као и на правила из чл. 174, ст. 1 ПЗ (зједничком имовином супружници управљају и располажу заједнички и споразумно) и из чл. 176, ст. 2 ПЗ (сматра се да је упис извршен на оба супружника и када је извршен на име само једног од њих, осим ако након уписа није закључен писмени споразум супружника о деоби заједничке имовине, односно брачни уговор, или је о правима супружника на непокретности одлучивао суд).

44 Чл. 82, ст. 1, тач. 1–2 изворног текста ЗЈБ.

заједнички и споразумно управљају заједничком имовином. С обзиром на то да се уговор закључује, по правилу, ради управљања и располагања непокретним добрима супружника, прописана форма је у складу и са формом предвиђеном за послове којима се располаже непокретностима. Форма солемнизоване исправе, на крају, одговара циљу закључивања уговора. Наиме, уговор се закључује ради убрзања правног промета, јер није потребно прибављати сагласност оба супружника приликом закључивања одређеног правног посла са трећим лицем.

У раду јавних бележника није било ниједног споразума о управљању и располагању заједничком имовином супружника, односно ванбрачних партнера. За разлику од брачног уговора и уговора о деоби заједничке имовине, којима се трајно регулишу својински односи између супружника у погледу њихове заједничке и посебне имовине и који су релативно чести у пракси, уговором о управљању и располагању имовином супружника регулише се вршење појединих својинских овлашћења док су односи међу супружницима још увек складни и док постоји међусобно поверење у погледу управљања и располагања заједничком имовином. Наведено може представљати главни разлог за одсуство споразумног регулисања овог питања пред јавним бележницима.

5. Улога јавних бележника приликом састављања споразума о деоби заједничке имовине

У праву Републике Србије деобом заједничке имовине сматра се утврђивање сувласничког, односно суповерилачког удела сваког супружника у заједничкој имовини.⁴⁵ До поделе заједничке имовине најчешће долази услед престанка брака или смрти једног супружника, када један од супружника, односно наследник умрлог, може тражити деобу заједничке имовине. До поделе заједничке имовине може доћи и на захтев повериоца оног супружника из чије се посебне имовине нису могла намирити његова потраживања.⁴⁶ У свим овим случајевима говоримо о судској подели заједничке имовине.

Породични закон омогућава супружницима уговорно регулисање овог питања.⁴⁷ Као и код брачног уговора и уговора о управљању и располагању заједничком имовином, актуелни Закон одступа од првобитно предвиђене форме и за споразум о деоби заједничке имовине стипулише форму јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.⁴⁸

45 Чл. 177 ПЗ.

46 Чл. 181 ПЗ.

47 Чл. 179, ст. 1 ПЗ.

48 Чл. 179 ПЗ.

Чињеница да се ради о уговорима којима се регулишу имовински односи утицала је на законодавца да за сваки определи исту форму, и тиме, исти степен заштите односа који се датим уговором уређују.

Иако би логичније било прописати форму јавнобележничког записа за брачни уговор, с обзиром на то да се истим искључује законски имовински режим, за разлику од друга два, који се јављају као његов продужетак, аутор је мишљења да и споразум о деоби заједничке имовине заслужује заштиту кроз форму јавнобележничког записа. Деоба заједничке имовине често подразумева дуге поступке, у којима нарушени породични односи онемогућавају задовољавање интереса обеју страна. Споразум о деоби заједничке имовине допушта одступање од законом установљених правила, којима се суд руководи приликом решавања овог питања, и омогућава да један од супружника добије већи удео од удела који би му припао да споразума нема (Поњавић, 2014: 363). Будући да се ради о осетљивом питању од чијег решавања може зависити и даља егзистенција неког од супружника, таква слобода уговарања морала би бити подвргнута корективној процени уговорених одредаба, у циљу заштите слабије уговорне стране. Због тога, његово уговорно регулисање захтева правничко знање и заштиту интереса обеју страна, што се може постићи формом јавнобележничког записа кроз непристрасно поступање нотара у обликовању воље супружника о подели заједничке имовине, која ће онемогућити злоупотребу уговорне надмоћи једног од њих.

На другој страни, прописана форма јавнобележнички солемнизоване исправе усаглашена је са природом овог уговора. Уговор о физичкој деоби је уговор на основу кога се стиче искључиво право својине на непокретности која је предмет деобе, па је у питању уговор којим се остварује правни промет непокретности и закључује се у форми предвиђеној за уговоре о промету непокретности.⁴⁹ Стручни савет Јавнобележничке коморе је мишљења да сваки уговор о деоби заједничке имовине сувласника или заједничара (не само између супружника) треба бити закључен у наведеној форми, пре свега, ради заштите јавних интереса. По налажењу Коморе, одредбе о форми уговора које се односе на промет непокретности треба аналогно примењивати на све врсте уговора о деоби и тумачити их у међусобној повезаности са осталим одредбама закона којим је регулисан промет непокретности и чије уређење је од посебног значаја за државу.⁵⁰

49 Чл. 92, ст. 2, тач. 1 ЗЈБ.

50 Форма јавнобележнички потврђене солемнизоване исправе изричито је прописана законом само за уговоре о физичкој деоби имовине супружника. Због тога се у судској пракси и доктрини поставило питање да ли је за закључење уговора о физичкој деоби између осталих лица довољна овера њихових потписа или је потребна такође форма јавнобележнички потврђене солименизоване исправе. Јавнобележничка комора је

У пракси јавних бележника било је укупно 88 закључених уговора о деоби заједничке имовине. Иако скоро половина мање наспрам броја закључених брачних уговора, може се закључити да се супружници релативно често опредељују да уређење имовинских односа након престанка заједнице живота препусте јавним бележницима, имајући у виду да брачни уговор закључују будући супружници и супружници када су међу њима односи складни, наспрам уговора о деоби заједничке имовине који се закључује после престанка овакве заједнице, када је очекивано да се бивши супружници определе да им ово питање реши суд, извођењем доказа и потпуним и правилним утврђивањем свих околности од којих зависи њихов удео у стицању заједничке имовине.

6. Овлашћења јавних бележника у поступку признања ванбрачног очинства

Доношење Закона о јавном бележничтву и почетак његове примене условило је измену Породичног закона у делу којим се регулише породични статус детета. Законом о изменама и допунама Породичног закона⁵¹ уведена је могућност давања изјаве о признању очинства пред јавним бележником. Дотадашње решење предвиђало је давање ове изјаве пред матичарем, органом старатељства и судом.⁵²

Материјални услови за пуноважност изјаве о признању очинства односе се на лице које сагласност даје и законом одређена лица која се морају сагласити са признањем. Домаћи законодавац прописује да изјаву о признању детета може дати мушкарац који је навршио 16 година живота и способан је за расуђивање.⁵³ Поред тога, изјава о признању мора бити слободна.⁵⁴ Закон полази од строго личног карактера изјаве о признању очинства, па не предвиђа могућност давања изјаве о признању очинства преко пуномоћника.

Способност за расуђивање мушкараца који даје изјаву о признању очинства подразумева његову способност да схвати значај датог признања и какве последице оно проузрокује. То би значило да је мушкарац свестан да ће таквом изјавом успоставити родитељски однос према детету које признаје за своје, са свим правима и дужностима које из таквог односа

детаљан одговор на ово питање дала у мишљењу од 18. 5. 2016. године. Доступно на https://www.beleznik.org/public/documents/upload/misljenje_strucnog_saveta_18_05_2016.pdf. Преузето 30. 4. 2024. године.

51 Закон о изменама и допунама Породичног закона, *Службени гласник РС*, бр. 6/2015.

52 Чл. 51 изворног текста ПЗ.

53 Чл. 46 ПЗ.

54 Чл. 54 ПЗ.

произлазе. Притом, мора бити свестан да се једном дата изјава не може опозвати, односно да ће се евентуално оспоравање очинства спроводити пред судом. Последица давања изјаве о признању очинства од стране лица које не испуњава оба прописана услова јесте ништавост таквог признања.⁵⁵

Домаће право изричито предвиђа могућност давања изјаве о признању очинства пред јавним бележником. Ради се о алтернативном овлашћењу, имајући у виду да се изјава може дати и пред матичарем, судом или органом старатељства. При томе, Породични закон не прописује врсту јавнобележничке исправе коју изјава о признању мора имати. Закон о јавном бележничтву Републике Србије, такође, приликом регулисања који правни послови и изјаве воље се дају у некој од форми нотарске исправе, не сврстава нигде изјаву о признању очинства. Оваква правна празнина даје могућност произвољног поступања јавног бележника приликом узимања дате изјаве, и потенцијалну опасност оспоравања пуноважности тако датог признања. Из тих разлога неопходно је допунити постојеће одредбе породичног или јавнобележничког законодавства, прописивањем форме изјаве о признању очинства.

У савременом српском праву признање није унилатералан чин, јер је потребно да се са изјавом о признању сагласе одређена лица (Ковачек Станић, 2010: 232). Услов сагласности са признањем предвиђен је да би се спречиле злоупотребе од стране мушкарца који даје изјаву о признању. Породични закон Републике Србије захтева да се са признањем сагласе мајка и дете, а уколико неко од њих не испуњава законом постављене услове, довољна је сагласност једног од њих. Тек уколико обоје не могу дати сагласност, са признањем се саглашава старатељ детета, уз претходну сагласност органа старатељства.⁵⁶

Закон не прописује пред којим органима и у којој форми се сагласност на признање може дати. У прилог решењу да су то исти органи пред којима се даје изјава о признању, стоје разлози правне сигурности и економичности поступка. Будући да сама изјава о признању не производи дејство, уколико недостају сагласности потребних лица, за окончање поступка признања једнак значај имају обе врсте изјава. Имајући у виду правну празнину у погледу овог питања, може се претпоставити да је законодавац и пошао од тога да изјава о сагласности следи изјаву о признању, у погледу форме и органа пред којим се даје. С друге стране, већи број органа пред којима се само признање, па и сагласност са њим, може дати, обезбеђује лицу мање трошкове и већу сигурност, јер ће изјаву

55 Чл. 53 ПЗ.

56 Чл. 48-50 ПЗ.

дати пред органом који му је најприступачнији, и по његовом мишљењу, најпоузданији.

Празнине у домаћем законодавству које се односе на поступак давања изјаве о признању очинства, и сагласности са њим морају се отклонити уношењем прецизних одредаба о форми у којој се морају дати и органима који су овлашћени на узимање таквих изјава. Само тако уређени прописи могу допринети настанку пуноважних признања и једнаког поступања свих субјеката који се могу наћи у поступку заснивања родитељског односа између оца и детета.

На наведено упућују и добијени резултати истраживања који показују различитост поступања јавних бележника у погледу форме у којој се изјава о признању очинства даје. У раду јавних бележника било је 15 случајева признања очинства. Од тога, 11 изјава о признању очинства дато је у форми јавнобележничког записа, док је четири изјава дато у форми јавнобележнички солемнизоване исправе. Чињеница да је више од две трећине изјава дато у форми јавнобележничког записа указује на већу оправданост прописивања форме јавнобележничког записа за изјаву о признању очинства, имајући у виду значај који оваква изјава производи, те потребе да се заснивање родитељског односа између оца и детета обезбеди најстрожом формом исправе коју српско право познаје.

7. Улога јавних бележника приликом располагања имовином малолетних и пословно неспособних лица

Породични закон прави разлику између млађих и старијих малолетника у погледу правних послова које могу предузимати и услова за то.⁵⁷ Млађи малолетници могу предузимати послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе и правне послове малог значаја, при чему им за то није потребна било чија сагласност или одобрење.⁵⁸ Старији малолетници могу закључивати и све остале правне послове, уз претходну или накнадну сагласност родитеља, а када су предмет таквог посла непокретности или покретности велике вредности, са њиме се мора сагласити и орган старатељства.⁵⁹

Уколико се ради о имовини коју је дете стекло радом, оно њоме може слободно да располаже. С друге стране, родитељи ће предузимати послове располагања дететовом имовином коју је оно стекло на други начин.⁶⁰ За

57 Млађим малолетником сматра се дете које није навршило 14. годину живота, док се старијим малолетником сматра лице које је навршило 14. годину живота.

58 Чл. 64, ст. 1 ПЗ.

59 Чл. 64, ст. 2 ПЗ.

60 Чл. 193, ст. 1-2 ПЗ.

случај да се ради о располагању непокретностима или покретностима велике вредности, потребна је и сагласност органа старатељства.⁶¹

Актуелно решење Закона о јавном бележничтву Републике Србије, које прописује форму јавнобележничког записа за послове располагања непокретностима пословно неспособних лица, резултат је последњих измена Закона, које су уведене, између осталог, као одговор на незадовољство адвоката изазвано раније важећим решењем, које је предвиђало форму јавнобележничког записа за послове располагања имовином свих лица, без обзира на њихову пословну способност.

Домаћи законодавац се определио да овом формом заштити само имовину пословно неспособних лица која се састоји од непокретности, не и од покретних ствари веће вредности.

Било да непокретностима располаже старији малолетник, или родитељ, неопходна је форма јавнобележничког записа. С обзиром на законску условљеност пуноважности таквог посла одобрењем органа старатељства, јавни бележник је дужан да приликом састављања нотарске исправе провери да ли је оно дато, а уколико није, дужан је да странке упозори на то да је за закључење уговора потребно да прибаве сагласност органа старатељства, имајући у виду да се сходно одредби чл. 193, ст. 3 ПЗ, сагласност може дати и накнадно. На другој страни, уговор којим пословно неспособно лице прибавља непокретност може бити закључен у форми солемнизоване исправе, будући да се такав уговор не може квалификовати као уговор којим се врши располагање непокретношћу.⁶²

Будући да породичноправни оквир обезбеђује додатну заштиту имовине детета када се она састоји од непокретности, али и покретности велике вредности, кроз деловање органа старатељства, евидентна је неусаглашеност оваквог решења са јавнобележничким законом, којим се најстрожа форма нотарске исправе предвиђа само за располагање непокретностима (Стојановић, 2017: 524). Њиме се искључују послови располагања покретним стварима и правима, која могу бити велике вредности, и тиме погодна за обликовање у форми нотарског записа. Допуне Закона о јавном бележничтву у том смеру значиле би и потребу за паралелним решавањем питања шта се сматра покретним стварима велике вредности, и који је орган надлежан да провери да ли је о таквим добрима реч.⁶³ Да ли би то био јавни бележник од кога странка захтева

61 Чл. 193, ст. 3 ПЗ.

62 Видети мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе од 20. 10. 2015. године. Доступно на https://www.beleznik.org/public/documents/upload/misljenja_strucnog_saveta%2020.10.2015.pdf. Преузето 30. 4. 2024. године.

63 У мишљењу Стручног савета Јавнобележничке коморе од 20. 10. 2015. године изражено је становиште да куповина непокретности од стране пословно неспособног

састављање исправе о правном послу, или орган старатељства, чија је сагласност неопходна да би се уопште могло активирати деловање јавног бележника.

У пракси јавних бележника свих 48 уговора којима су родитељи располагали имовином детета закључено је уз претходну сагласност органа старатељства. Јавни бележници се нису посебно изјашњавали да ли се радило о располагању непокретним стварима или покретностима велике вредности. Свакако, неспорно је уједначено поступање јавних бележника када су у питању имовински интереси детета, будући да без изузетка пре сачињавања записа прибављају одобрење надлежног центра за социјални рад за предузимање правног посла.

8. Овлашћења јавних бележника приликом споразумног развода брака

Споразумни развод брака, поред озбиљно и трајно поремећених односа између супружника, односно објективне немогућности остваривања заједнице живота супружника, представља бракоразводни узрок у праву Републике Србије (Ковачек Станић, 2010: 149).⁶⁴

Сам поступак развода супружника, било да се ради о разводу по тужби неког од њих, или услед постојања писменог споразума о томе, представља посебан парнични поступак, који се спроводи по одредбама Породичног закона, а у случају нерегулисаности неког питања овим Законом, по одредбама Закона о парничном поступку.⁶⁵

Задатак суда у поступку по тужби је да, применом истражног начела у утврђивању правно релевантних чињеница, утврди да ли су односи између супружника озбиљно и трајно поремећени, односно да ли постоји немогућност остваривања трајније заједнице живота између њих. Ради се о општем узроку који садржи низ посебних узрока (Поњавић, 2014: 149). То подразумева обавезу суда да подробније испита односе између супружника и тиме задре у њихов интимни живот.

Споразумом о разводу брака, на другој страни, супружници мимоилазе мешање суда у њихов приватни живот. Развод брака, у том случају, условљен је постизањем њиховог споразума о вршењу родитељског права и деоби заједничке имовине, који морају бити у писаном облику,

лица представља располагање његовим покретним стварима велике вредности, будући да лице таквим уговором стиче обавезу да плати цену за купљени стан. Због тога је за закључење таквог уговора потребна сагласност органа старатељства.

64 Законски текст не говори о бракоразводном узроку, већ само о разводу брака по споразуму и по тужби. Видети: Чл. 40–41 ПЗ.

65 Чл. 201–202 ПЗ.

без обавезе њихове овере пред судом или јавним бележником.⁶⁶ Оваквим решењем Породични закон Републике Србије поштрава услове за споразумни развод брака, имајући у виду да по раније важећем ЗБПОС није било потребно закључити споразум о деоби заједничке имовине. Тиме се отклања до тада постојећи проблем вођења дуготрајних парница о подели заједничке имовине након наизглед мирне раставе супружника.⁶⁷ Закључивање и једног и другог споразума онемогућава суду да одбије да разведе брак супружника који су регулисањем наведених последица развода постигли сврху мирног уређивања постразводних односа.

Закон не условљава споразумни развод брака решавањем питања супружанског издржавања. Тиме се иде корак уназад потпуној реализацији сврхе овог модела развода, која се огледа у спречавању каснијих сукоба и спорова између супружника, решавањем суштинских проблема који настају престанком брака. Овакво решење одступа и од предлога Принципа европског породичног права, којима се настоји уједначавање европских породичноправних законодавстава у домену споразумног развода брака, уговорним регулисањем свих питања која се нужно јављају када дође до слома заједнице живота (Цвејић Јанчић, 2006: 7).

Споразумом о вршењу родитељског права супружници се могу одлучити за самостално или заједничко вршење родитељског права.⁶⁸ У првом случају морају одредити коме ће од њих дете бити поверено, висину обавезе издржавања другог родитеља и начин одржавања личних односа детета са њим.⁶⁹ У случају заједничког вршења родитељског права, родитељи детета се писмено саглашавају да ће се родитељска права и дужности обављати договором, уз обавезу постизања споразума о месту које ће се сматрати пребивалиштем детета.⁷⁰ Закључени споразум подлеже оцени суда само са аспекта заштите интереса деце, јер ће суд другачије уредити питање вршења родитељског права, уколико нађе да закључени споразум није у најбољем интересу детета (Поњавић, 2014: 154). Насупрот томе, за уношење споразума о деоби заједничке имовине у изреку пресуде о разводу довољно је да се закључи у писаној форми, будући да се суд не упушта у суштинско разматрање постигнутог споразума.

Чињеница да споразумним разводом брака супружници чине неспорним важна питања, која се иначе решавају у дугим и исцрпним парницама, чини сам развод погодним за решавање у ванпарничном

66 Чл. 40, ст. 2 ПЗ.

67 О томе у: (Ковачек Станић, 2010: 150).

68 Чл. 40, ст. 3 ПЗ.

69 Чл. 78, ст. 1 ПЗ.

70 Чл. 76 ПЗ.

поступку, иако домаћи законодавац за то прописује парничну процедуру (Стојановић, 2017: 519). Корак још даље било би прописивање надлежности јавног бележника за спровођење овог поступка. У том смислу, иницијатива јавнобележничке коморе за реализацију ове могућности (Stojanović, Evtimov, 2017: 519) отвара потребу за детаљном анализом потенцијалних решења и даљих измена закона.

Република Словенија је једина земља у окружењу која предвиђа могућност споразумног развода брака пред нотаром, па својим законодавним оквиром може послужити као основа за измену Породичног закона Србије у том смеру.^{71 72}

То би, најпре, значило поштравање услова за закључивање споразума о разводу, увођењем обавезе супружника да се споразумеју и о међусобном издржавању и праву становања, чиме би споразумни развод у потпуности остварио своју суштину одржавања добрих односа супружника и након престанка брака. Потом би уследило решавање питања да ли би наведени поступак био у искључивој надлежности бележника (поступак би се у том случају покретао подношењем споразума директно јавном бележнику) или би била предвиђена алтернативна надлежност суда и јавног бележника (подношењем споразума суду, који би одлучивао да ли ће спровођење поступка поверити јавном бележнику или не) (Dika, 2009: 1158). Имајући у виду дуалност форми јавнобележничких исправа које егзистирају у домаћем праву (солемнизована исправа и јавнобележнички запис) морало би се решити и питање форме у којој би се закључивао наведени споразум. Тим пре што је актуелним домаћим решењем за споразум о деоби заједничке имовине, која је саставни део споразума о разводу, прописана форма солемнизоване исправе, а за споразум о издржавању форма јавнобележничког записа.⁷³ Потом, да ли би споразумни развод брака пред јавним бележником био резервисан само за супружнике који немају заједничку децу или децу над којом је продужено родитељско старање? И на крају, колико би било добро овакво решење за супружнике са аспекта економичности поступка, имајући

71 Видети: чл. 97 Породичног закона Републике Словеније, (*Družinski zakonik*), *Uradni list*, št. 15/2017.

72 Детаљније о споразумном разводу брака супружника у праву Републике Словеније видети у: (Novak, 2017: 115–116).

73 Решавање овог питања би се могло избећи законским решењем које предвиђа доношење конститутивне одлуке јавног бележника, којом се брак разводи, уз могућност странака да је побијају приговором о којем би одлучивао суд. Наведено према: (Dika, 2009: 1158).

у виду територијалну распоређеност јавних бележника тренутно у Републици Србији и обим њихових постојећих овлашћења.⁷⁴

Без обзира на низ питања која отвара могућност проширења надлежности јавних бележника у домену развода брака, она је реално остварива у будућности. У том случају, Породични закон Србије морао би бити измењен и допуњен јасним условима за пуноважност оваквог споразума, како у погледу последица о којима се супружници могу споразумети, тако и у погледу форме јавнобележничке исправе у којој би могли закључити споразум.

Сви јавни бележници на територији града Ниша изразили су позитиван став у погледу проширења њихових овлашћења и на поступак за споразумни развод брака, при чему је један од њих истакао да би овакво решење било оправдано само у случају да супружници немају заједничке деце. Мишљење је бележника да би споразумним разводом брака пред овом службом дошло до растерећења судова и постизања економичнијег поступка, будући да између супружника, у случају споразумног развода брака, не постоји било какав спор о коме би требало да решава суд. Један од бележника указао је на чињеницу да би увођењу ове могућности морала претходити измена Закона о јавном бележничтву којим се омогућава суду да јавним бележницима повери спровођење поступка или предузимање појединих ванпарничних радњи, али не и послове за које је надлежан суд по закону који уређује парнични поступак. Спремност јавних бележника да њихов делокруг послова буде додатно проширен надлежношћу за споразумни развод брака може бити полазна тачка законодавцу за разматрање овакве могућности, уз неопходност да се у расправу о наведеном питању укључе и судови, али и сами грађани, како би се проценило њихово поверење у јавнобележничку службу и спремност да јавним бележницима препусте споразумно регулисање последица престанка брака.

9. Закључак

Јавним бележницима у Републици Србији припала су широка овлашћења у породичноправним стварима, која омогућавају овлашћеним лицима сигурнији пут уређења својих најосетљивијих породичних односа. Упркос томе, недовољна прецизност материјалноправних одредаба којима се регулишу поједини институти, заједно са правним празнинама у регулисању процесноправних питања, указују на нужне будуће измене и допуне решења у овој области.

74 Више о томе видети у: (Stojanović, Evtimov, 2017: 153).

Отуда, решење Породичног закона о споразумном уређивању издржавања треба да буде прецизирано регулисањем предмета о коме се субјекти издржавања могу споразумети, одређивањем субјеката који могу закључити споразум, и изричитог прописивања могућности измене овог споразума пред јавним бележником, услед промењених околности, када се у улози уговарача јављају пунолетна лица способна да се старају о сопственим интересима. С обзиром на податак да у десетогодишњој пракси јавних бележника готово да није било оваквих споразума, законодавац би требало да размотри могућност прописивања дужности суда да приликом поступања у алиментационим предметима поучи странке о могућности да ово питање споразумно уреде пред јавним бележницима.

Штура одредба Породичног закона о поуци коју јавни бележник даје странама брачног уговора захтева допуну додатним упозорењима, која нотар саопштава у циљу избегавања несмотреног закључивања споразума чије последице стране не разумеју.

Правну празнину Породичног закона у погледу форме за давање сагласности супружнику када предузима послове ванредног управљања, или располаже заједничком имовином супружника, требало би отклонити изричитим прописивањем писане форме такве сагласности уз оверавање потписа супружника пред јавним бележником, чиме би ново решење било усаглашено са важећим решењем садржаним у Закону о облигационим односима.

Премда прописана форма јавнобележнички потврђене солемнизоване исправе за уговор о деоби заједничке имовине супружника одговара природи овог уговора, ваљало би размотрити могућност њеног поштравања, стипулисањем форме јавнобележничког записа или условљавања солемнизације таквог уговора његовим састављањем од стране стручног правника, било да се ради о адвокату или нотару, имајући у виду сложеност предмета оваквог уговора и потребе да се закљученим споразумом обезбеди потпунија заштита обеју уговорних страна. Ипак, досадашња пракса јавних бележника о овом питању показала је да се супружници релативно често опредељују да уређење имовинских односа након престанка заједнице живота препусте јавним бележницима, што може бити показатељ адекватности сада постојећег решења.

Одговарајуће законске допуне захтевају и одредбе о поступку признања очинства, стипулисањем форме јавнобележничког записа за давање изјаве о признању очинства и предвиђањем могућности да лица која се морају сагласити са признањем то могу учинити у истој форми пред јавним бележником, што одговара једнаком значају ових изјава у поступку за заснивање родитељског односа између родитеља и детета. На адекватност предложене форме признања очинства указује и

јавнобележничка пракса, будући да је у више од две трећина случајева изјава о признању очинства дата у форми јавнобележничког записа.

Ради потпуније заштите интереса детета, када је у питању управљање и располагање њиховом имовином, неопходно је ближе законски уредити шта се сматра покретним стварима веће вредности и изменити постојећу одредбу члана 82, става 1, тачке 1 Закона о јавном бележништву, проширивањем предмета располагања у форми јавнобележничког записа и на вредније покретне ствари, уз одређивање органа који одлучује да ли се у конкретном случају ради о таквим стварима. Околност да се уговори којима родитељи располажу имовином свог детета без изузетка закључују уз претходну сагласност органа старатељства указују на уједначено поступање јавних бележника и адекватну заштиту интереса детета, имајући у виду да у раду јавних бележника није било ниједног случаја њиховог закључења уз накнаду сагласност Центра за социјални рад.

На крају, увођење могућности споразумног развода брака пред јавним бележником заслужује нарочиту пажњу домаћег законодавца, која би поред законског уређења овог питања, претходно морала бити усмерена на сагледавање друштвене прихватљивости оваквог решења. На закључак аутора да има места проширивању надлежности јавних бележника и на ово питање, указује афирмативан став самих јавних бележника, који су усаглашени по питању предности које би споразумни развод брака пред јавнобележничком службом донео, попут економичности поступка и растерећења судова. Омогућавање супружницима да се споразумно разведу пред јавним бележником захтевало би решавање низа питања, почев од начина покретања самог поступка споразумног развода брака, преко одређивања предмета о којима се супружници морају договорити да би се споразумно развели, до опредељивања форме јавнобележничког акта у коме то могу учинити, укључујући и разматрање могућности развода брака конститутивном одлуком јавног бележника, аналогно споразумном разводу брака пред судом.

Литература/References

Bikić, E. Povlakić, M. Suljević, S. Plavšić, M. (2013). *Notarsko pravo*. Sarajevo: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Dika, M. (2009). „Izvanparnična” i concilijacijska funkcija javnih beležnika – *de lege lata* i *de lege ferenda*. *Zbornik radova pravnog fakulteta u Zagrebu*. 59. 1153–1177.

Драшкић, М. (2009). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Бурђевић, Д. (2014). *Јавнобележничка делатност*. Београд: Досије студио.

Живковић, М. Живковић, В. (2012). *О увођењу јавног бележништва у Србији*. Преузето 25. 4. 2024. године. <https://hrcak.srce.hr/109712>.

Ковачек Станић, Г. (2010). *Породично право: партнерско, деचे и старатељско право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије. (2017). Отворена питања у вези са породичним законом. *Правни живот*. 11/2017. 95-139.

Novak, V. (2017). *Družinsko pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

Панов, С. (2014). *Породично право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Поњавић, З. (2014). *Породично право*. Београд: ЈП Службени гласник.

Поњавић, З. Влашковић, В. (2022). *Породично право*. Београд: ЈП Службени гласник.

Сокић, О. Брачни уговор. У Поњавић, З. (Прир.). *Зборник радова „Ново породично законодавство“*. Крагујевац: Правни факултет и Центар за породично право. 415-428.

Stojanović, N. Evtimov, I. (2017). Uloga javnih beležnika u porodično-pravnim stvarima u Republici Srbiji sa posebnim osvrtom na javnobeležničku praksu. *Pravni život*. 2/2017. 145-162.

Стојановић, Н. (2017). Овлашћења јавних бележника у уређењу породичноправних односа у државама на простору бивше СФРЈ. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 76 (LVI). 511-536.

Цвејић Јанчић, О. Реформа Породичног права Србије. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 1-2 (LXXVIII). 3-31.

Цвејић Јанчић, О. (2009). *Породично право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Закон о браку и породичним односима. *Службени гласник СРС*. Бр. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01.

Закон о ванпарничном поступку Републике Србије. *Службени гласник СРС*. Бр. 25/82 и 48/88. *Службени гласник РС*. Бр. 46/95 – други закон, 18/2005 – други закон, 85/2012, 45/2013 – други закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – други закон.

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

Закон о нотаријату Републике Македоније (Законот за нотаријатот). *Службен весник на РМ*. Бр. 55/2007, 86/2008, 139/2009 и 135/2011.

Закон о облигационим односима Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89. *Службени лист СРЈ*. Бр. 31/93. *Службени лист СЦГ*. Бр. 1/2003 – Уставна повеља. *Службени гласник РС*. Бр. 18/2020.

Породични закон Републике Македоније (Закон за семејството). *Службен весник на РМ*. Бр. 153/2014.

Породични закон Републике Словеније (*Družinski zakonik*). *Uradni list*. Št. 15/2017, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZmatR-C, 200/20 -ZOOMTVI, 94/22 – odl. US, 94/22 – odl. US, 5/23 in 34/24 – odl. US.

Породични закон Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 18/2005, 72/2011 – други закон и 6/2015.

Породични закон Републике Хрватске (*Obiteljski zakon*). *Narodne novine*. Вг. 103/2015.

Нацрт Грађанског законика Републике Србије. Преузето 28. 4. 2024. Доступно на <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>

Стручно мишљење Јавнобележничке коморе Србије од 20. 10. 2015. године. Преузето 30. 4. 2024. године. Доступно на <https://www.beleznik.org/vesti/strucni-savet-javnobelesnicke-komore-srbije>.

Стручно мишљење Јавнобележничке коморе Србије од 18. 5. 2016. године. Преузето 30. 4. 2024. године. Доступно на https://www.beleznik.org/public/documents/upload/misljenje_strucnog_saveta_18_05_2016.pdf.

Jovana Kocić, LL.M.,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Niš
Republic of Serbia

**THE ROLE OF NOTARY PUBLIC IN FAMILY MATTERS
IN SERBIAN LAW, WITH REFERENCE TO THE NOTARY
PUBLIC PRACTICE IN THE CITY OF NIŠ**

Summary

The notary public service in the judicial system of the Republic of Serbia was introduced by adopting the Public Notaries Act, which envisaged wide powers of public notaries in family law matters. In this regard, the paper explores the insufficiently precise substantive law provisions of the Family Act and the Public Notaries Act, points to the legal gaps in the regulation of certain procedural issues, and makes proposals for future amendments of the domestic legislation in this area. In particular, the paper proposes the amendments to the Family Act provisions on the legal maintenance agreement, prescribing additional instructions that the notary public must communicate to the parties when concluding a marriage contract, regulating the form of the declaration of recognition of illegitimate paternity before the notary public, as well as the declaration by which a spouse expressed consent that the other spouse/partner shall manage their legal affairs and dispose of their joint property. The paper also promotes the expansion of the form of notarial record to the legal affairs of disposing of higher-value movable property of contractually incompetent persons, as well as the possibility of introducing a consensual divorce before a notary public. To obtain a better insight into the practical consequences of the envisaged legislative solutions, the paper presents the results of research on the actions of public notaries in the aforementioned family law matters in the territory of the City of Niš in the period from 1 September 2014 to 15 June 2024.

Keywords: notaries public, family law relations, notaries public practice.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде A4 .
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
Аутор(и)	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Напомена о анонимности	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично). Неопходно је избрисати из самог документа било коју персоналну информацију/име које упућује на аутора. Могу се приложити документи у чијем опису као и тексту нема персоналних информација.
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (References)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графиконе или слике доставити у формату .jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде .
Достављања радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС.

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Међународно право људских права</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina fonta 12 pt , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude A4 .
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od 40.000 karaktera , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, ukljućujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priloćiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izloćen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrći 100-250 reći.
Kljućne reći	Ne više od 10 kljućnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slićno). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priloćiti dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zakljućak <p>Naslovi i podnaslovi piću se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piće se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piće se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (ukljućujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRĆAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Medunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fusnota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fusnota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fusnota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system АСИСТЕИТ, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp