



UDK: 34 (05)

ISSN: 1450 - 8176

УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ГЛАСНИК ПРАВА

ГОДИНА IX | БРОЈ 2 | 2018.

HERALD OF LAW

Year IX | No. 2 | 2018.

Крагујевац, 2018.

ГЛАСНИК ПРАВА/HERALD OF LAW
часопис из области права и сродних друштвених наука

Издавач: Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац, Република Србија
e-mail: faculty@jura.kg.ac.rs

Главни и одговорни уредник: Проф. др Нина Планојевић
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
e-mail: nplanojevic@jura.kg.ac.rs; тел. +381 34 306 514

Уређивачки одбор:

Проф. др Снежана Соковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Драган Вујисић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Срђан Владетић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Славко Ђорђевић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Доц. др Вељко Влашкивић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Секретар уређивачког одбора: асист. др Александра Павићевић, асист. др
Борко Михајловић

Контакт адреса уредништва:

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац, Република Србија
e-mail: glasnik@jura.kg.ac.rs; тел. +381 34 306 514; факс +381 34 306 540

Издавачки савет:

dr Günter Pütner, професор emeritus, СР Немачка
dr Hans Ankum, професор emeritus, Холандија
Проф. др Хрвоје Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Република
Хрватска
dr Christa Jessel-Holst, Макс Планк институт за упоредно и међународно
приватно право у Хамбургу, СР Немачка
Проф. др Станко Бејатовић, професор у пензији Правног факултета Универзитета у
Крагујевцу

Звонко Марковић, председник Адвокатске коморе Крагујевца

Интернет адреса: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp>

УДК чланака: Драгана Лекић, Весна Максимовић

Штампа: Графичка радња „Кварк“, Краљево

Тираж: 50 примерака

За претплату и наручивање појединачних примерака контактирати издавача.

Часопис излази у штампаном облику од 1992. (са прекидом у излажењу 1998.-2015.), а у електронском облику од 2010. Следбеник је часописа «Гласник Правног факултета у Крагујевцу», основаног 1979. Досадашњи главни и одговорни уредници су били: др Миленко Јовановић, др Живомир Ђорђевић, др Тодор Подгорац, др Ненад Ђурђевић, др Емилија Станковић, др Славко Ђорђевић.

© 1992 Гласник права (Glasnik prava/Herald of Law) / Правни факултет у Крагујевцу

ГЛАСНИК ПРАВА

Година IX, бр. 2, 2018.

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

1. Славко Ђорђевић, КОЛИЗИОНОПРАВНО ЦЕПАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ
УСЛЕД ПРИМЕНЕ УСТАНОВЕ *REVOI* И УКЛАЊАЊЕ
НАСТАЛИХ ПРОТИВРЕЧНОСТИ ПРАВНИХ НОРМИ 3
2. Зоран Чворовић, БОРБА ПРОТИВ ХАЈДУЧИЈЕ
У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ: ИЗМЕЂУ ЗАКОНИТОСТИ
И БЕЗБЕДНОСТИ (до 1861. године) 19
3. Соња Лучић, ЗАШТИТА ГЕОГРАФСКИХ ОЗНАКА
ЈАКИХ АЛКОХОЛНИХ ПИЋА 43
4. Борко Михајловић, ПРОМЕНЕ У ПРАВНОМ РЕГУЛИСАЊУ
ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ
У КОЈИМА ПОСТОЈИ ЛИЧНИ ИНТЕРЕС 53
5. Вељко Влашковић, ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДУ
ВЕРОИСПОВЕСТИ У КОНТЕКСТУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА
НА ВАСПИТАВАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА 67

СТРУЧНИ РАДОВИ

1. Јован Вујичић, *HARDSHIP* КЛАУЗУЛА 87
2. Емилија Станковић, ПОРОДИЧНИ ФИДЕИКОМИС
У РИМСКОМ ПРАВУ И НЕКИМ ЕВРОПСКИМ КОДИФИКАЦИЈАМА 109
3. Весна Пајевић, ХРАНИТЕЉСТВО КАО ОБЛИК ПРИВРЕМЕНЕ
ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ДЕТЕТА 119
4. Милица Соврлић, АКТУЕЛНОСТ ЕДИКТА *NE QUIS IN SUGGRUNDA*
У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ 133
5. Анте Јелавић, ИЗМЈЕНЕ УКРАЈИНСКОГ УСТАВА
ИЗ 2014. ГОДИНЕ 149

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 173

HERALD OF LAW

Year IX, No. 2, 2018.

CONTENS

SCIENTIFIC PAPERS

1. Slavko Đorđević, SCISSION OF SUCCESSION ESTATE IN THE CONFLCIT OF LAWS CAUSED BY RENVOI AND AVOIDANCE OF CONTRADICTION OF LEGAL NORMS 3
2. Zoran Čvorović, FIGHTING BRIGANDRY IN THE PRINCIPALITY OF SERBIA: BETWEEN LEGALITY AND SECURITY (Until 1861) 19
3. Sonja Lučić, PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS OF SPIRIT DRINKS 43
4. Borko Mihajlović, CHANGES IN LEGAL REGULATION OF THE DUTY TO REPORT BUSINESSES AND ACTS IN WHICH EXISTS PERSONAL INTEREST 53
5. Veljko Vlašković, THE CHILD'S RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION IN THE CONTEXT OF PARENTAL RESPONSIBILITY REGARDING CHILD'S RAISING AND EDUCATION 67

PROFESSIONAL PAPERS

1. Jovan Vujičić, HARDSHIP CLAUSE 87
2. Emilija Stanković, FAMILY *FIDEICOMMISSUM* IN ROMAN LAW AND SOME EUROPEAN CODIFICATIONS 109
3. Vesna Pajević, FOSTER CARE AS A FORM OF TEMPORARY FAMILY PROTECTION OF THE CHILD 119
4. Milica Sovrlić, PRESSENCE OF THE EDICT *NE QUIS IN SUGGRUNDA* IN MODERN SERBIAN LAW 133
5. Ante Jelavić, CHANGES IN THE CONSTITUTION OF UKRAINE FROM 2014. 149

MANUSCRIPT SUBMISSION 173

НАУЧНИ РАДОВИ

Др Славко Ђорђевић*

Прегледни научни чланак
УДК: 341.9

КОЛИЗИОНОПРАВНО ЦЕПАЊЕ ЗАОСТАВИШТИНЕ УСЛЕД ПРИМЕНЕ УСТАНОВЕ *RENVOI* И УКЛАЊАЊЕ НАСТАЛИХ ПРОТИВРЕЧНОСТИ ПРАВНИХ НОРМИ**

Рад примљен: 11. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

У домаћем међународном приватном праву до тзв. колизионоправног цепања заоставштине и примене више меродавних права на различите делове заоставштине једног оставиоца може доћи услед примене установе узвраћања и преупућивања (*renvoi*; чл. 6 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ). То се, по правилу (а у зависности од констелације чињеница), догађа када домаћа колизиона норма за наслеђивање из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ упути на примену страног права чије колизионе норме следе тзв. принцип подељене заоставштине, који у погледу наслеђивања непокретности налаже примену права државе у којој се непокретности налазе, а у погледу наслеђивање покретних ствари примену персоналног права оставиоца. У овом раду аутор, најпре, анализира „феномен“ колизионоправног цепања заоставштине у међународном приватном праву и установу *renvoi* као узрок његовог настанка, затим обрађује проблем противречности правних норми које могу настати због комбиноване примене више меродавних наследних статута на заоставштину једног лица и, на крају, објашњава како се ове противречности уклањају методом прилагођавања.

Кључне речи: принцип подељене заоставштине; установа *renvoi*; колизионоправно цепање заоставштине; противречност правних норми; прилагођавање.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, slavko@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*.

I ПРИНЦИП ПОДЕЉЕНЕ ЗАОСТАВШТИНЕ И ТЗВ. КОЛИЗИОНОПРАВНО ЦЕПАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ

У нашем међународном приватном праву колизиона норма за наслеђивање следи тзв. принцип јединствене заоставштине, који је прихваћен у већини европских држава¹ и има за циљ да се једно национално право примени на расправљање целокупне заоставштине оставиоца, без обзира на врсту ствари које улазе у њен састав (покретне и непокретне ствари) и без обзира где се њени поједини делови налазе (у једној или више држава). Према чл. 30 ст. 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља² (ЗРСЗ), за наслеђивање је меродавно право државе чији је држављанин био оставилац у моменту своје смрти и ово право се примењује на целокупну непокретну и покретну заоставштину оставиоца без обзира где се она налази³.

Поред принципа јединствене заоставштине, упоредно међународно приватно право познаје и тзв. принцип подељене заоставштине, који је углавном заступљен у англосаксонским правним системима⁴, али и у појединим европским државама⁵. Овај концепт одређивања меродавног права за наслеђивање полази од критеријума поделе ствари (које чине заоставштину) на непокретне и покретне, те за наслеђивање непокретних ствари предвиђа примену права државе где се оне налазе (*lex rei sitae*), а за

¹ Након усвајања Уредбе бр. 650/2012 о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и прихватању јавних исправа у наследним стварима као и стварању европског сертификата о наслеђивању (OJ L 201, 27.7.2012, 107–134), принцип јединствене заоставштине важи у државама чланицама ЕУ (осим у Данској, Великој Британији и Ирској). Опште колизионо правило из чл. 22 ст. 1 ове уредбе предвиђа примену права државе последњег уобичајеног боравишта оставиоца на његову целокупну заоставштину, без обзира на врсту ствари које улазе у њен састав и где се оне налазе.

² Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗРСЗ), *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

³ Т. Варади *et al*, *Међународно приватно право*, Београд, 2007, 340; М. Станивуковић, П. Ђундић, *Међународно приватно право, посебни део*, Нови Сад, 2008, 196.

⁴ Вид. S. Frank, *Länderbericht USA*, in: *Erbrecht* (Hrsg. W. Burandt, D. Rojahn), 2. Aufl., 2014, 1675; за Енглеску и Белс вид. D. Solomon, *Länderbericht England und Wales*, in: *Erbrecht* (Hrsg. W. Burandt, D. Rojahn), 2. Aufl., 2014, 1468-1469; вид. и упоредноправни преглед код Е. М. Derstadt, *Die Notwendigkeit der Anpassung bei Nachlaßspaltung im internationalen Erbrecht*, Baden-Baden, 1998, 19 и даље, 49 и даље; М. Петровић, *Сукоби закона код тестаменталног наслеђивања*, магистарски рад, Крагујевац, 1985, 15 и даље.

⁵ Вид. чл. 20 ст. 1 Закона о међународном приватном праву и међународном грађанском поступку Турске из 2007. године (турски ЗМПП на енглеском језику доступан је на <http://jafbase.fr/docAsie/Turquie/Private%20international%20law%20Turkey.pdf>, датум посете: 05.12.2018.).

наслеђивање покретних ствари право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште⁶ или пребивалиште⁷ у време смрти или право државе чији је био држављанин у време смрти⁸. Очигледно је да примена оваквих колизioних правила може водити настанку ситуације у којој се на различите делове заоставштине једног лица примењују различита меродавна национална права. У страној литератури и судској пракси се таква правна ситуација редовно означава као колизioноправно цепање заоставштине⁹. Такође, важно је истаћи да је страна судска пракса усвојила правило да се, приликом примене режима подељене заоставштине, сваки део заоставштине у колизioноправном смислу третира самостално, што значи да се расправља (према праву које је за њега меродавно) као да је реч о целокупној заоставштини, без обзира на правну судбину осталих делова заоставштине¹⁰. Може се, дакле, рећи да се, сходно овом концепту, делови заоставштине једног лица расправљају као заоставштине различитих оставиоца. Отуда, термин „цепање заоставштине“, премда помало „сиров“ и „неуглађен“ за „домаће правничко ухо“, веома ефектно означава ситуацију у којој се заоставштина једног лица „дели“ односно „цепа“ на две или више заоставштине на које се примењују различита меродавна права.

Иако је наш законодавац у чл. 30. ст. 1 ЗПЗ усвојио принцип јединствене заоставштине, до проблема колизioноправног цепања

⁶ Тако је било у Белгији према чл. 78 ст. 1 Закона о међународном приватном праву Белгије из 2004. године (белгијски ЗМПП на енглеском језику доступан је на <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>, датум посете: 05.12.2018.).

⁷ У САД и Енглеској непокретности се наслеђују према *lex rei sitae*, а покретне ствари према праву последњег домицила оставиоца (за САД вид. S. Frank, *op. cit.*, 1675; за Енглеску и Велс вид. D. Solomon, *op. cit.*, 468-1469, као и на https://e-justice.europa.eu/content_which_law_will_apply-340-ew-maximizeMS_EJN-en.do?member=1#toc_3_7, датум посете: 05.12.2018.).

⁸ Тако је у Турској. Чл. 20 ст. 1 ЗМПП Турске из 2007. године предвиђа да је за наслеђивање меродавно право последњег држављанства оставиоца, али да се на наслеђивање непокретности које се налазе у Турској примењује турско право.

⁹ Вид. J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2001, 416-417; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, München, 2007, 419; E.M. Derstadt, *op. cit.*, 19; V. Henle, *Kollisionsrechtliche Nachlaßspaltung im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, München, 1975, 4; H. Batiffol, P. Lagarde, *Droit international Prive*, Bd II, 1983, Rn 634; С. Ђорђевић, *Прилагођавање у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 283. Вид. и немачку и француску судску праксу: KG, 13.5.1912, KGJ 42, 141; BGH, 5.6.1957, BGHZ 24, 352; BGH, 5.4.1968, BGHZ 50, 63; BayObLG, 9.11.1993, FamRZ 1994, 723; OGH, 9.10.1986, IPRax 1988, 37; Trib. civ. de la Seine, 27.12.1906, Rev. Crit. 1907, 398.

¹⁰ Вид. BGH, 5.6.1957, BGHZ 24, 352, 355; BayObLG, 9.11.1993, FamRZ 1994, 723, 724-725; LG Berlin, 21.11.1994, FamRZ 1995, 757; Trib. civ. de la Seine, 27.12.1906, Rev. Crit. 1907, 398; Trib. civ. Papeete 7.3.1975, Rev. crit. dr. int. pr. 1976, 674.

заоставштине и примене више меродавних права на њене поједине делове од стране наших судова може доћи барем у два случаја¹¹. Најпре, у неколико билатералних конвенција, којима је везана наша земља и које имају предност у примени у односу на ЗРСЗ¹², предвиђена је примена принципа подељене заоставштине. Тако, на пример, у билатералним уговорима са Монголијом¹³ и Русијом¹⁴ предвиђено је да је за наслеђивање непокретне заоставштине меродавно право државе уговорнице у којој се оне налазе, а покретне заоставштине право држављанства оставиоца у време смрти. Друга ситуација у којој се домаћи суд има суочити са тзв. цепањем заоставштине може настати услед примене установе *renvoi* (узвраћања и преупућивања) која је уређена у чл. 6 ЗРСЗ. У начелу, до „цепања заоставштине“ може доћи када наша колзиона норма за наслеђивање (чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ) упуту на страни правни поредак чије колзионе норме за наслеђивање прихватају принцип подељене заоставштине¹⁵.

У излагањима која следе ближе ћемо размотрити установу *renvoi* као узрок цепања заоставштине, као и проблем противречности правних норми које могу настати због комбиноване примене различитих правних поредака на наслеђивање заоставштине једног лица и које се, по правилу, уклањају методом прилагођавања.

II *RENVOI* КАО УЗРОК КОЛИЗИОНОПРАВНОГ ЦЕПАЊА ЗАОСТАВШТИНЕ

Установа узвраћања и преупућивања (*renvoi*) је у нашем међународном приватном праву уређена одредбама члана 6. ЗРСЗ¹⁶. Када колзиона норма за наслеђивање из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ упуту на страно право, домаћи суд је, сходно чл. 6 ст. 1 ЗРСЗ, дужан да узме у обзир његова колзиона правила о наслеђивању, при чему, према преовлађујућем мишљењу у домаћој литератури, „узимање у обзир“ страних колзионих правила треба схватити

¹¹ Вид. С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 285.

¹² Вид. чл. 3 ЗРСЗ који предвиђа да међународни уговори имају предност у односу на одредбе ЗРСЗ-а.

¹³ Чл. 43 Уговора о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима са Монголијом из 1981, *Службени лист СФРЈ*, МУ бр. 7/82.

¹⁴ Чл. 37 Уговора између ФНР Југославије и Савеза Совјетских Социјалистичких Република о правном помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима из 1962. године, *Службени лист ФНРЈ*, Додатак бр. 5/63.

¹⁵ С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 260-265, 285.

¹⁶ Чл. 6 ЗРСЗ гласи: „Ако би према одредбама овог закона требало применити право стране државе, узимају се у обзир његова правила о одређивању меродавног права. Ако правила стране државе о одређивању меродавног права узвраћају на право Србије, примениће се право Србије, не узимајући у обзир правила о одређивању меродавног права“

као обавезу домаћих органа да ова правила и примене у сваком конкретном случају¹⁷. Ако колизииона норма првоупућеног страног права узвраћа на наше право, примењују се, сходно чл. 6 ст. 2 ЗРСЗ, материјалноправне норме домаћег права. Међутим, чл. 6 ЗРСЗ не пружа решење за ситуације у којима долази до преупућивања на право треће, четврте итд. државе, нити у домаћој литератури о томе постоји јединствено становиште¹⁸. Према нашем мишљењу, низ овог преупућивања се прекида, када колизиионе норме неке од држава у том низу прихвате упућивање и тиме потврде примену сопственог материјалног права или узврате на право Србије чије се материјалноправне норме, сходно чл. 6 ст. 2 ЗРСЗ, имају применити. Уколико то није случај, примењује се право оне државе које се два пута појави у низу преупућивања, тј. право државе на које је узвратила колизииона норма права државе која се последња појавила у низу препућивања¹⁹.

У сваком случају, установа *renvoi* отвара могућност да домаћи суд, приликом расправљања заоставштине оставиоца који је страни држављанин, примени (на основу чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ у вези са чл. 6 ЗРСЗ)

¹⁷ Вид. и уп. М. Дика *et al.*, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, 27; С. Ђорђевић, З. Мешкић, *Међународно приватно право, општи део*, Крагујевац, 2016, 48; Т. Варади *et al.*, *op. cit.*, 146; А. Јакшић, *Међународно приватно право*, Београд, 2008, 302; М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право, општи део*, Београд, 2008, 279-280.

¹⁸ Према једном становишту, у овој ситуацији треба прихватити тзв. *renvoi* у једном кораку (*single renvoi*), што значи да треба применити материјално право државе на коју упуте колизиионе норме првоупућеног права (Т. Варади, *Међународно приватно право*, Нови Сад, 1990, 77 и даље; М. Петровић, *Renovi у упоредном праву и ЗРСЗ*, у: Двадесет година Закона о међународном приватном праву (ур. М. Живковић), Ниш, 2004, 51). Овом решењу се (с правом) приговара да нарушава међународну хармонију одлучивања која представља једно од основних начела међународног приватног права чијем остварењу управо установа *renovi* и служи, те га зато треба одбацити (вид. више С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 51). Према другом становишту, прекида ланца упућивања треба решити системским тумачењем норми ЗРСЗ, тј. чл. 6 ст. 1 ЗРСЗ треба тумачити у вези са чл. 9. ЗРСЗ, према коме право стране државе треба применити према смислу и појмовима које оно садржи, па када наша колизииона норма упуту на право стране државе, тада њено колизиионо право, укључујући и њено правило о *renvoi*, треба применити исто онако како би га применио суд те стране државе, осим у случају узвраћања на домаће право када се примењује чл. 6 ст. 2 ЗРСЗ (тако М. Дика *et al.*, *op. cit.*, 23 и даље, 29). Ово решење, које се у великој мери поклапа са теоријом страног суда, треба одбацити из разлога што целокупан домаћи колизиионоправни механизам чини зависним од тога какав став о *renvoi* има право првоупућене државе. За тако нешто нема упоришта у ЗРСЗ, па стога сматрамо да одредбе чл. 6 ЗРСЗ „заслужују“ аутономно тумачење које би се односило на сва питања у вези са установом *renvoi*, без узимања у обзир правила страног права о *renvoi* (вид. С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 51-52).

¹⁹ С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 48-50.

стране колизионе норме за наслеђивање које усвајају принцип подељене заоставштине и које могу довести до цепања заоставштине, тј. ситуације у којој се на поједине делове заоставштине једног оставиоца примењују различита меродавна права. Притом, треба истаћи да до цепања заоставштине не долази увек када домаћи суд примењује страна колизиона правила која следе принцип подељене заоставштине, већ то зависи од констелације чињеница (нпр. у којим државама се налази непокретна и покретна заоставштина, које држављанство има оставилац односно где се налази домицил оставиоца итд.) на које се примењују ова страна колизионих правила, али и норме о међународној надлежности домаћих судова у наследним стварима²⁰. Нарочито је важно имати у виду да сама чињеница, да се један део непокретне или покретне заоставштине налази у страној држави, није пресудна за настанак цепања заоставштине, с обзиром да је потребно претходно утврдити да ли је домаћи суд међународно надлежан да расправља целокупну заоставштину или њен део. Наиме, надлежност домаћих судова је потпуно искључена за расправљање непокретне заоставштине страног држављанина која се налази у иностранству (*argumentum a contrario* из чл. 72. ст. 1 ЗРСЗ)²¹, што значи да домаћи судови ниуком случају не могу бити у прилици да примењују страни *lex rei sitae* на ову непокретну имовину (чију примену би наложила страна колизиона норма), тако да до евентуалног цепања заоставштине не може ни доћи. Исто важи и за покретну заоставштину која се налази у иностранству (чл. 72 ст. 2 ЗРСЗ)²².

Имајући ово у виду, можемо закључити да се колизионоправно цепање заоставштине пред домаћим нашим судовима најчешће јавља када је оставилац страни држављанин са пребивалиштем у иностранству који је оставио непокретну и покретну заоставштину која се налази у Србији, а притом међународно приватно право државе чији је он држављанин прихвата принцип подељене заоставштине. На пример²³, оставилац А, држављанин САД са пребивалиштем у Калифорнији, сачинио је завештање којим стан у Београду, вредан 80 000 евра, оставља своме сину Б, а своту новца, у износу од 80 000 евра, која се налази на рачуну *Erstebank ad Novi Sad*, оставља својој ћерки Ц. Домаћи суд, који је у оваквој констелацији (у складу са чл. 72 ЗРСЗ) међународно надлежан да расправља наведену

²⁰ Вид. чл. 71-73 ЗРСЗ.

²¹ М. Дика *et al.*, *op cit.*, 239; С. Ђорђевић, *О проблемима некоординираног расправљања заоставштине једног лица у различитим правним порецима*, у: Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе (ур. С. Бејатовић), Крагујевац, 2010, 379.

²² *Ibid.*

²³ Сличан пример (са нешто другачијим чињеницама), али у контексту цепања заоставштине услед примене домаћих норми о међународној судској надлежности у наследним стварима, вид. код С. Ђорђевић, *О проблемима некоординираног расправљања заоставштине*, 382-383.

непокретну и покретну заоставштину оставиоца, одређује меродавно право за наслеђивање применом колизионе норме из чл. 30 ст. 1 ЗРСЗ која упућује на право САД односно (у складу са чл. 10 ст. 2 ЗРСЗ²⁴) на право Калифорније и то, сходно чл. 6. ст. 1 ЗРСЗ, на његове колизионе норме. Колизионо право Калифорније полази од принципа подељене заоставштине, тако да за наслеђивање непокретности предвиђа примену *lex rei sitae*, а за наслеђивање покретних ствари примену права домицила оставиоца у време његове смрти²⁵. Према томе, у погледу наслеђивања непокретних ствари, калифорнијско колизионо право узвраћа, сходно чл. 6 ст. 2 ЗРСЗ, на наше материјално наследно право које се на ту заоставштину примењује, а у погледу наслеђивања покретне заоставштине прихвата упућивање (примењује се право последњег домицила оставоца, а то је право Калифорније), те је за њено расправљање меродавно калифорнијско материјално право.

Као што се може видети, у овом примеру је тзв. парцијални (делимични) *renvoi* узроковао колизионоправно цепање заоставштине, које је довело до тога да се на наслеђивање покретне заоставштине примењује калифорнијско право, а на наслеђивање непокретне заоставштине домаће (српско) право.

III ПРОБЛЕМ НАСТАНКА ПРОТИВРЕЧНОСТИ ПРАВНИХ НОРМИ КОД КОЛИЗИОНОПРАВНОГ ЦЕПАЊА ЗАОСТАВШТИНЕ

Настанак противречности правних норми везује се за ситуацију када се више меродавних правних поредака, чије материјалноправне норме нису међусобом усклађене, примењује на различита повезана правна питања која проистичу из једног чињеничног стања са елементом иностраности²⁶. У таквој ситуацији комбинована примена норми ових

²⁴ О примени чл. 10 ЗРСЗ у вези са чл. 6 ЗРСЗ код упућивања на сложени правни поредак који нема јединствена правила међународног приватног права нити јединствена правила за решавање унутрашњег сукоба закона (као што је случај са САД) вид. С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 56-57; М. Дика *et al.*, *op. cit.*, 44-45. Чл. 10 ЗРСЗ гласи: „Ако је меродавно право државе чији правни поредак није јединствен, а правила овог закона не упућују на одређено правно подручје у тој држави, меродавно право одређује се према правилима тог правног поретка.

Ако се меродавно право државе чији правни поредак није јединствен не може утврдити на начин предвиђен у ставу 1 овог члана, меродавно је право подручја у тој држави с којим постоји најближа веза.“

²⁵ О меродавном праву за наслеђивање и принципу подељене заоставштине у САД вид. М. Rosenberg, Р. Hay, R. J. Weintraub, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, tenth edition, Westbury N.Y., 757 и даље.

²⁶ Вид. и уп. С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 10 и даље, 52 и даље; С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 155-156; G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der*

правних поредака може водити материјалноправном резултату који одступа од резултата који би се добили, када би се било који од њих у целини применио на целокупно чињенично стање, тј. на сва правна питања која из тог чињеничног стања проистичу. Овакви материјалноправни резултати се у теорији и пракси међународног приватног права називају противречностима правних норми које се, по правилу, уклањају методом прилагођавања²⁷.

У горе приказаном примеру колизионоправног цепања заоставштине долази до настанка противречности правних норми, уколико се доследно примени калифорнијски принцип подељене заоставштине. Наиме, ако се придржавамо правила да се, приликом спровођења принципа подељене заоставштине које предвиђа страно (калифорнијско) колизионо право, наслеђивање сваког дела заоставштине (у складу са правом које је за тај део меродавно) расправља самостално, тј. одвојено од осталих делова заоставштине (на која се примењују друга меродавна права), непокретна и покретна заоставштина једног лица се мора расправити потпуно одвојено према нормама правних поредака који су за њих меродавни. То, у нашем примеру, значи да непокретну заоставштину, тј. стан у Београду у вредности од 80 000 евра, наслеђује син оставиоца према меродавном српском наследном праву, и то на основу завештања, с тим што би ћерка могла, у складу са нашим правом²⁸, а у погледу непокретне заоставштине у Београду (која се разматра самостално, као да је једина!), да захтева нужни део у износу од једне половине њеног законског дела ($40\,000/2=20\,000$ евра). У крајњем резултату расправљања непокретне заоставштине према српском праву, син би добио наследни део у вредности од 60 000 евра, а ћерка износ од 20 000 евра. С друге стране, и покретна заоставштина, тј. свота новца од 80 000 евра, расправља се самостално у складу са меродавним правом Калифорније. Калифорнијско право, међутим, не даје право на нужни део одраслој деци оставиоца²⁹, тако да ћерка наслеђује, на

internationalen Rechtsanwendung, Tübingen, 2004, 220 и даље, 419 и даље; D. Looschelders, *Die Anpassung im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1995, 134 и даље; А. Јакшић, *op. cit.*, 277 и даље; М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 367 и даље.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Вид. чл. 40 ст. 3 Закона о наслеђивању (ЗОН), *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

²⁹ Према sec. 6570 Probate Code Калифорније, деца оставиоца имају законска наследна права само уколико су она несвесно искључена из наслеђа путем тестаментa. То се нарочито односи на ситуације када су деца рођена након састављања тестаментa. Осталим одредбама овог акта (Sec. 6510, 6520, 6540) се, упркос постојању тестаментa, штите надживели супружник, малолетна деца и делимично особе које су финансијски биле зависне од оставиоца. Одрасла и финансијски самостална деца, које је оставилац путем тестаментa искључио из наслеђивања, немају права на нужни део. О овом

основу завештања, целокупну своту у износу од 80 000 евра, док син од ове суме не добија ништа (јер према праву Калифорније нема право на нужни део). У коначном резултату комбиноване примене српског и калифорнијског права, наследни део ћерке износи 100 000 евра (20 000 + 80 000), а синов 60 000 евра, што драстично одступа од воље оставиоца изражене у његовом завештању (који је поделио своју заоставштину сину и ћерки на једнаке делове – свакоме по део у износу од 80 000 евра). Међутим, ако би се на целокупну непокретну и покретну заоставштину оставиоца применило само (искључиво) право Србије, испоштовала би се његова последња воља и син и ћерка би наследили на једнаке делове на основу завештања оставиоца. До истог резултата би се дошло и применом права Калифорније на целокупну заоставштину оставиоца.

Према томе, услед комбиноване примене нашег и калифорнијског права, ћерка је добила више односно син је добио мање, него што би добили када би се било које од ових права применило на случај у целини, што значи да је настала противречност правних норми. Парцијални *renvoi* није, дакле, само директан узрочник колизиионоправног цепања заоставштине, већ је посредно и узрочник настанка противречности правних норми. Такође, важно је истаћи да се противречности правних норми код колизиионоправног цепања заоставштине најчешће јављају (као што је случај у нашем примеру) приликом утврђивања права на нужни део и обрачунавања његовог износа, као и приликом урачунавања поклона (које је оставилац учинио неком од наследника за живота) у наследни део³⁰ (којем нажалост у овом раду не посвећујемо пажњу).

IV УКЛАЊАЊЕ ПРОТИВРЕЧНОСТИ ПРАВНИХ НОРМИ ПРИМЕНОМ ПРИЛАГОЂАВАЊА

A. Уопште о примени методе прилагођавања

Већ смо истакли да се противречности правних норми које су настале комбинованом применом два или више меродавних правних поредака на случај са елементом иностраности уклањају, по правилу, применом прилагођавања које представља особено методолошко средство међународног приватног права. Прилагођавање се врши тако што се модификују постојеће или стварају нове колизиионе или меродавне

калифорнијском правном акту вид. више код Е. М. Derstadt, *op. cit.*, 140; вид. и С. Ђорђевић, *О проблемима некоординираног расправљања заоставштине*, 384, фн. 31.

³⁰ Вид. више код Е. М. Derstadt, *op. cit.*, 138 и даље. О проблемима обрачунавања нужног дела и урачунавања поклона у ситуацијама када о различитим деловима заоставштине одлучују судови различитих држава вид. С. Ђорђевић, *О проблемима некоординираног расправљања заоставштине*, 382 и даље.

материјалноправне норме са циљем да се, уместо настале противречности правних норми, добије правични материјалноправни резултат који је прихватљив за све инволвиране меродавне правне поретке³¹. У бити, сврха ове корекције се огледа у остварењу оних циљева који су заједнички свим меродавним правним порецима, а који се нису могли остварити због њихове комбиноване примене на дати случај³².

Иако у домаћој литератури³³ постоје опречна становишта, сматрамо да је метод прилагођавања допуштен у нашем међународном приватном праву, те да је основ за модификацију колизионих и материјалноправних норми односно корекцију резултата њихове примене садржан у уставноправним принципима једнакости³⁴ (тј. забране дискриминације) и владавине права³⁵, који чине темељ људских и мањинских права гарантованих уставом и имају за циљ остварење правде и правичности у сваком конкретном случају³⁶. То, заправо, значи да би орган примене права (суд) могао, позивајући се на уставноправне принципе једнакости и владавине права, да прилагоди односно коригује правну норму (односно правне норме) чија би дословна примена водила резултату који је очигледно неправедан (неправичан) и који обезвређује оправдана очекивања странака³⁷. Очигледно неправедан резултат вређа уставноправни принцип једнакости и могао би се одредити као резултат примене правних норми који води неједнаком третману истих или сличних чињеничних стања односно једнаком третману различитих чињеничних стања. Резултат добијен у нашем примеру, према којем је син као наследник добио мањи наследни део због комбиноване примене

³¹ С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 165; D. Looschelders, *op. cit.*, 164 и даље, 195 и даље; G. Dannemann, *op. cit.*, 429 и даље; J. Kropholler, *op. cit.*, 237-238; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., München, 2000, 361.

³² Вид. С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 165; G. Dannemann, *op. cit.*, 446.

³³ У прилог примене прилагођавања вид. А. Јакшић, *Правна сигурност у међународном приватном праву и проблем прилагођавања*, Правни живот бр. 11-12, 1994, 2039 и даље; С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 162-164; С. Ђорђевић, *О допуштености прилагођавања у међународном приватном праву Србије*, у: Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ (ур. Б. Влашковић), Крагујевац, 2013, 545 и даље, 549 и даље; С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 139 и даље. Против начелне примене прилагођавања види М. Станивуковић, М. Живковић, *op. cit.*, 372.

³⁴ Чл. 21 Устава Републике Србије, *Службени гласник*, бр. 98/2006.

³⁵ Чл. 3 Устава Републике Србије.

³⁶ Вид. и уп. G. Dannemann, *op. cit.*, 346 и даље (који је развио становиште о прилагођавању као уставноправној обавези судова у немачком правном поректу, а које смо ми прихватили и редефинисали у складу са нашим правним пореклом, вид. С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 162-164; С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 137 и даље).

³⁷ С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 162-163; М. Костић, *Генерална клаузула одступања од мјеродавног права*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2001, 27 и даље.

меродавних наследних статута, управо представља повреду принципа једнакости, јер се син као наследник налази у неједнаком положају у односу на „сина-наследника“ који би добио већи део заоставштине када би се на цео случај (тј. целокупну заоставштину) применио било један било други наследни статут (било српско било калифорнијско право)³⁸. С друге стране, уставноправни принцип владавине права има за циљ да успостави такав правни поредак који странкама пружа могућност да предвиде последице свог понашања и обезбеђује правну сигурност која се се огледа у заштити њихових оправданих (легитимних) очекивања³⁹. Имајући ово у виду, син као наследник (из нашег примера) легитимно очекује да добије већи део заоставштине односно наследни део који му је отац завештањем наменио, што му свакако обезбеђују оба наследна статута (и српско и калифорнијско право), ако би се било који од њих применио на целокупну заоставштину. Међутим, комбинована примена српског и калифорнијског права на различите делове заоставштине води резултату према којем он добија мањи део од очекиваног. На овај начин су изневерена његова оправдана очекивања као наследника, али и оставиочева очекивања да његова заоставштина буде подељена наследницима у складу са његовим завештањем, што значи да је принцип владавине права заказао у вршењу своје функције⁴⁰. Отуда, прилагођавање колизионих и/или материјалноправних норми, које би се спровело у нашем примеру, треба да доведе до резултата који је у складу са овим уставноправним принципима, а који би гласио да син добија део заоставштине који му је оставилац завештањем доделио, што уосталом „желе“ оба меродавна наследна статута.

Имајући у виду да се коригују колизионе односно меродавне материјалноправне норме, прилагођавање може бити колизионоправно (модификација односно мењање колизионих норми или стварање нових колизионих норми са циљем да се поново одреди меродавно право) и материјалноправно (модификација односно ограничавање или допуњавање поља примене меродавних материјалноправних норми, њихова свесна не примена или стварање нових материјалноправних норми)⁴¹. Које од ова два начина прилагођавања треба применити,

³⁸ Вид. С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 162; уп. G. Dannemann, *op. cit.*, 365-369.

³⁹ Вид. и уп. С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 162-163; С. Ђорђевић, *О допуштености*, 551-552; Р. Лукић, Б. Кошуткић, *Увод у право*, Београд, 2003, 64; G. Dannemann, *op. cit.*, 376-378; В. Czempiel, *Das bestimmbare Deliktsstatut – Zur Zurechnung im internationalen Deliktsrecht*, Berlin, 1997, 27.

⁴⁰ С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 163; С. Ђорђевић, *О допуштености*, 552.

⁴¹ Вид. више код С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 24-26, 162 и даље, 176 и даље.

утврђује се на основу тзв. принципа закона најмањег отпора⁴², који је прихваћен и у домаћој литератури⁴³ и који, у основи, пружа одређене смернице којима се судови руководе приликом примене прилагођавања у сваком конкретном случају. Овај принцип налаже да орган примене права, чим утврди постојање противречности правних норми у случају са елементом иностраности, мора вредновати све међународноприватноправне и материјалноправне интересе у датом случају и, притом, жртвовати слабије интересе у корист јачих како би приступио прилагођавању оних (колизионих или материјалноправних) норми које су за то најпогодније⁴⁴. Такође, потребно је узети у обзир узроке настанка противречности правних норми, јер они неретко могу указати који начин прилагођавања је најподеснији, као и водити рачуна да прилагођавање не проузрокује нове противречности правних норми у конкретном случају и да његово предузимање буде у складу са основним и највишим принципима домаћег правног поретка⁴⁵. Међутим, важно је поново истаћи да принцип закона најмањег отпора даје само опште смернице за предузимање прилагођавања које се, у теорији и пракси, неретко на различите начине тумаче, што има за последицу предлагање различитих решења за исте случајеве⁴⁶. Упркос томе, најважније је да сва предложена решења доведу до истог резултата, а то је уклањање противречности правних норми и добијање правичног материјалноправног резултата којим се постиже циљ чије остварење желе сви инволвирани меродавни правни пореци у конкретном случају.

Б. Примена прилагођавања код цепања заоставштине насталог услед примене *renvoi* – колизионоправно или материјалноправно прилагођавање?

Када је реч о уклањању противречности правних норми код колизионог цепања заоставштине које је настало услед примене установе *renvoi*, избор одговарајућег начина прилагођавања такође зависи од конкретизације општих смерница које налаже принцип закона најмањег отпора. Притом, треба имати у виду да је установа *renvoi* довела до колизионог цепања заоставштине који се (сам по себи), такође, сматра узроком противречности

⁴² Овај принцип је развио немачки професор Герхард Кегел (Gerhard Kegel). Вид. G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., München, 1977, 148; G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.*, 362. Даљу „разраду“ овог принципа дао је G. Dannemann, *op. cit.*, 435, 437.

⁴³ Вид. А. Јакшић, *op. cit.*, 280; С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 164-165; С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 162.

⁴⁴ G. Kegel, K. Schurig, *op. cit.*, 362.

⁴⁵ Вид. G. Dannemann, *op. cit.*, 436; С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 165.

⁴⁶ Тако С. Ђорђевић, З. Мешкић, *op. cit.*, 165. О различитим схватањима и тумачењима принципа закона најмањег отпора вид. С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 158-162, 165 и даље.

правних норми⁴⁷. Ово је нарочито важно истаћи зато што је у литератури заступљено мишљење да се противречност правних норми, која је узрокована установом *renvoi*, по правилу уклања колизионоправним прилагођавањем⁴⁸, док се противречност правних норми, која је узрокована цепањем заоставштине, решава материјалноправним прилагођавањем⁴⁹. Према томе, у нашем случају имамо два узрока настанка противречности правних норми који су међусобно повезани и условљени, тако да може бити спорно којег од њих треба сматрати одлучујућим, што свакако утиче на избор одговарајућег начина прилагођавања. Из тог разлога је могуће предложити више решења⁵⁰.

Материјалноправно прилагођавање је могуће, у нашем примеру, спровести барем на два начина. Најпре, могуће је избећи примену норми о нужном делу нашег права (тј. свесно не применити ове норме) и расподелити оставиочеву заоставштину, према српском и калифорнијском праву, потпуно у складу са његовим завештањем. Други начин би био да се *a priori* сматра да завештање не постоји и да се сваки део заоставштине расподели према нормама о законском наслеђивању оног наследног статута који је за њега меродаван, што у крајњем резултату, такође, води до поделе заоставштине на једнаке делове међу наследницима⁵¹. Мишљења само да овај други начин треба одбацити, јер задире у слободу располагања оставиоца, тј. има за последицу да се завештање (које је иначе пуноважно према нормама и српског и калифорнијског права) сматра непостојећим, чиме се грубо вређају материјалноправни интереси оставиоца.

Када је реч о колизионоправном прилагођавању, оно се у нашем примеру може вршити модификовањем постојећег колизионоправног механизма. Под модификацијом треба размети корекцију колизионе норме из чл. 30 ЗРСЗ (која у нашем примеру није препоручљива), корекцију примене установе *renvoi* из чл. 6 ЗРСЗ и колизионих норми страног права које се на основу *renvoi* примењују, као и стварање нове (самосталне) колизионе норме за дати случај. Циљ модификације постојећег колизионоправног механизма јесте да се изнова одреди једно меродавно право које би се применило на целокупну покретну и непокретну заоставштину, што у нашем примеру значи да предузето колизионоправно прилагођавање треба да има за резултат примену једног од инволвираних наследних статута (српско или калифорнијско право) на наслеђивање целокупне заоставштине.

⁴⁷ С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 262; G. Dannemann, *op. cit.*, 286, 474.

⁴⁸ G. Dannemann, *op. cit.*, 474-475.

⁴⁹ E. M. Derstadt, *op. cit.*, 186; D. Looschelders, *op. cit.*, 366; G. Dannemann, *op. cit.*, 326.

⁵⁰ Вид. и уп. С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 262-265.

⁵¹ Уп. E. M. Derstadt, *op. cit.*, 186-187; D. Looschelders, *op. cit.*, 366; OLG Köln, 8.8. 1960, IPRspr. 1964/765, Nr. 72, 225.

До примене калифорнијског права на целокупну заоставштину може доћи, ако се занемари чл. 6 ЗРСЗ, тј. ако се уопште не примени установа *renvoi*⁵². На овај начин се колизионоправним прилагођавањем елиминише узрок због којег је дошло до цепања заоставштине и настанка противречности правних норми, тако да се калифорнијско право примењује на наслеђивање целокупне покретне и непокретне заоставштине, што би водило резултату да наследници (син и ћерка оставиоца) наслеђују заоставштину потпуно у складу са завештањем.

До примене српског права на целокупну заоставштину (путем колизионоправног прилагођавања) могуће је доћи стварањем нове *ad hoc* колизионе норме. Једна таква колизиона норма би могла гласити: пошто се целокупна (непокретна и покретна) заоставштина налази у Републици Србији за чије је расправљање међународно надлежан српски суд, на њено наслеђивање, а ради уклањања противречности правних норми, примењује се право Србије. Примена нашег наследног права би, такође, водила резултату да наследници наслеђују заоставштину оставиоца у складу са његовим завештањем.

Најзад, колизионоправно прилагођавање је могуће вршити и кориговањем калифорнијских колизионих норми за наслеђивање (које се примењују на основу чл. 6 ст. 1 ЗРСЗ), које би се огледало у одступању од доследног спровођења принципа подељене заоставштине калифорнијског права које налаже да се сваки део заоставштине расправља самостално према праву које је за њега меродавно. Ово одступање би се спровело тако што би домаћи суд, приликом расправљања непокретне заоставштине према српском праву, требало да узме у обзир резултат расправљања покретне заоставштине према калифорнијском праву, тј. да узме у обзир да ћерка, у складу са калифорнијским правом, наслеђује новац од 80 000 евра у целисти. Узимање у обзир овог резултата (добијеног расправљањем покретне заоставштине према калифорнијском праву) значи да долази до његовог супсумирања под диспозицију материјалноправне норме српског права која уређује право на нужни део (чл. 40 ЗОН) и која се (заједно са осталим нормама ЗОН-а) примењује на наслеђивање непокретне заоставштине⁵³. То, даље, значи да ћерка добија део заоставштине (према калифорнијском праву) чији износ далеко превазилази износ нужног дела, тако да њен захтев за нужним делом на непокретној заоставштини (на коју се примењује српско право) треба одбити у целини. Спровођењем прилагођавања на овај начин суд би, у крајњем резултату, raspodelио

⁵² О примени прилагођавања код уклањања противречности које су узроковане установом *renvoi* вид. G. Dannemann, *op. cit.*, 474-475; С. Ђорђевић, *Прилагођавање*, 262, 263-264.

⁵³ Вид. и уп. С. Ђорђевић, *О проблемима некоординираног расправљања заоставштине*, 385.

заоставштину потпуно у складу са завештањем оставиоца, без икаквог кориговања материјалноправних норми српског и калифорнијског права, као и правила о *renvoi* из чл. 6 ЗРСЗ, а уз минималну корекцију принципа подељене заоставштине калифорнијског права (тј. минималну корекцију колизионих норми за наслеђивање калифорнијског права). Тиме би се добио материјалноправни резултат који оба инволвирана меродавна права (српско и калифорнијско право) желе, чиме се уклања противречност правних норми.

Имајући у виду принцип закона најмањег отпора, сматрамо да је последњи приказани начин колизионоправног прилагођавања најпогоднији за уклањање противречности правних норми у нашем примеру, с обзиром да захтева мање корекције правних норми у циљу постизања жељеног резултата од свих осталих предложених решења и нарочито води рачуна о интересима оставиоца који се огледају у поштовању његове последње воље изражене у његовом завештању.

V ЗАКЉУЧАК

Колизионоправно цепање заоставштине, које има за последицу примену више националних права на различите делове заоставштине једног лица, може настати услед примене установе *renvoi* (узвраћање и преупућивање из чл. 6 ЗРСЗ) и то када наша колизиона норма за наслеђивање (чл. 30. ст. 1 ЗРСЗ) упуту на страни правни поредак чије колизионе норме за наслеђивање прихватају принцип подељене заоставштине. Притом, до цепања заоставштине на овај начин обично долази када је оставилац страни држављанин са пребивалиштем у иностранству који је оставио непокретну и покретну заоставштину која се налази у Србији, с обзиром да је у оваквој констелацији чињеница могуће да домаћи суд буде међународно надлежан (у складу са чл. 72 ЗРСЗ) за расправљање и покретне и непокретне заоставштине оставиоца на коју се (због примене страних колизионих норми које следе принцип подељене заоставштине) примењују два различита национална права (по правилу, домаће право на непокретну заоставштину и страно право на покретну заоставштину). Ова комбинована примена два правна поретка на различите делове заоставштине једног оставиоца неретко узрокује настанак тзв. противречности правних норми које су, најчешће, повезане са утврђивањем права на нужни део и обрачунавањем његовог износа. Противречности правних норми се уклањају методом прилагођавања која подразумева модификацију односно корекцију постојећих или стварање нових колизионих или меродавних материјалноправних норми са циљем да се, уместо настале противречности правних норми, добије правични материјалноправни резултат који је прихватљив за све инволвиране меродавне правне поретке. Из горе приказаног хипотетичког примера јасно се може видети како настају противречности правних норми код

колизионоправног цепања заоставштине услед примене установе *renvoi*, те на које начине је могуће предузимањем прилагођавања уклонити ове нежељене резултате. Начелно, може се заузети став да модификација примењеног колизионоправног механизма (колизионоправно прилагођавање), која подразумева минималну корекцију примене колизионих норми страног права које прихватају принцип подељене заоставштине, представља најпогоднији начин за уклањање противречности правних норми у приказаном примеру и добијање материјалноправног резултата који „желе“ оба меродавна наследна статута.

Slavko Đorđević, LL.D*

SCISSION OF SUCCESSION ESTATE IN THE CONFLICT OF LAWS CAUSED BY RENVOI AND AVOIDANCE OF CONTRADICTION OF LEGAL NORMS

Summary

In Serbian private international law the so called scission of succession estate and application of several national laws to the different parts of deceased's estate may be caused by renvoi (Art. 6 Serbian PIL Act). It may particularly happen when the conflict rule on succession of Art. 30 Serbian PIL Act refers to the foreign law whose conflict of law rules accept the concept of plurality of succession (scission of estate) which implies application of lex rei sitae to immovable property and application of personal law of deceased to movable property. In this paper author analyses the phenomena of scission of estate and institute of renvoi by which scission could be caused, deals with the problem of contradictions of legal norms which arises as a consequence of application of two or more succession statutes and explains how these contradictions may be avoided by using the adaptation method of private international law.

Key words: *principle of plurality of succession (scission of estate); renvoi; contradiction of legal norms; adaptation.*

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Др Зоран Чворовић*

Прегледни научни чланак
УДК: 343.712(497.11)

БОРБА ПРОТИВ ХАЈДУЧИЈЕ У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ: ИЗМЕЋУ ЗАКОНИТОСТИ И БЕЗБЕДНОСТИ (до 1861. године)**

Рад примљен: 10. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Предмет овог рада је социјални и правни феномен хајдучије, која се преобразила из форме национал-ослободилачке борбе под турском влашћу у озбиљну криминалну појаву у обновљеној српској Кнежевини. Сходно томе, у првом делу рада се утврђују узроци који су довели до масовне појаве хајдучије код Срба у периоду турске окупације. У централном делу рада представљене су кривично-правне и процесне мере које су предузимане у Кнежевини Србији ради сузбијања хајдучије. Борба против хајдучије се анализира из угла бројних правних аката посвећених овом кривичном делу, који су доношени у периоду од почетка владавине кнеза Милоша Обреновића па све до доношења првог Србијиног кривичног законика – Казнителног законика за Књажесство Србију. При томе, у раду се посебно истражује ванредни карактер појединих мера које је држава предузимала против хајдука, односно њихов однос према начелу законитости и појединим основним личним правима која су била загарантована тзв. Турским уставом од 1838. године.

Кључне речи: хајдучија, кривично право, Кнежевина Србија, Ужички закон.

I УЗРОЦИ ХАЈДУЧИЈЕ ПОД ТУРСКОМ ВЛАШЋУ

Један од фактора који је негативно утицао на правни развитак нововековне Србије и правну свест целокупног српског народа било је наслеђе османске владавине. Међу појавама које су се развиле у доба турске владавине, а које су се тако дубоко укорениле у народни живот да

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, zcvorovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.“

су наставиле да живе и када је формирана српска национална држава, по својој погубности се посебно издвајала хајдучија.¹

Разлоге за настанак и масовност хајдучије у српском народу треба тражити, пре свега, у односу турских власти према покореним православним хришћанима. Још је Вук Караџић скренуо пажњу на то како „наш народ мисли и пјева да су у нас хајдуци постали од Турске силе и неправде” и још додаје да „што је год влада Турска боља и човечнија, то је и хајдука у земљи мање, а што је гора и неправеднија, то их је више, и зато је међу хајдуцима бивало кашто најпоштенијех људи.”² Како примећује В. Дворниковић „у стварности турског ропства, није било баш никаквог ослонаца за државноправна погађања. С Турцима се могло разговарати само пушком и ханџаром... Језик пергамента Турци нису разумели”.³ Одметање у хајдуке било је, заправо, само последњи чин стратегије игнорисања турске управе коју је хришћанска раја из нужде примењивала, пошто је сваки контакт са турским властима за њу значио „или понижење или штету“. Тако се, примећује И. Андрић, „код раје било дубоко укоренило неповерење према држави, равнодушност према општем добру и сумња у могућност земаљске правде,“ о чему сведочи и народна изрека „криво не смијем од Бога, а право од бега.“ У таквим условима „раја је морала да се служи противсредствима која су одговарала мерама којима су се служили њени тлачитељи.”⁴ Крајње средство у борби за опстанак, којим се у потпуности одбацивала турска власт, била је хајдучија, пошто „хајдук по правилу није ни у чијој служби; он је слободан као вук у гори гдено суде *тице косовице*.”⁵

Имајући у виду управо овакве друштвено-историјске услове у којима се нашао највећи део српског народа, Милан Ћ. Милићевић је опомињао како „сами хајдуци нису доказ ни глупости ни моралне искварености. То је само последица једностраног развитка и васпитања народног.“ Исти писац даље примећује како „нама, људима из друге поле XIX века, подаљима потомцима Ђорђа и Милоша, тешко је претрпети да се протест против поретка, који се данас грађанину не би милио, подиже иза силаја; али нам се ваља сетити доба, када је то било не само путно, него кад су јуначки синови који су то смели да учине, били предмет народнога обожавања”.⁶

¹ О утицају турског наслеђа на правну свест Срба, више у: М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, Крагујевац, 2008, 2-5.

² В. Стеф. Караџић, *Живот и обичаји народа српскога*, Беч, 1867, 266-267.

³ В. Дворниковић, *Карактерологија Југословена*, Београд, Београд, 200, 874.

⁴ И. Андрић, *Развој духовног живота у Босни под утицајем турске владавине*, Београд, 1995, 49-50.

⁵ В. Дворниковић, *op. cit.*, 551.

⁶ М. Ћ. Милићевић, *Кнежевина Србија*, Нови Београд, 2005, 592-594.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

Међутим, у хајдуке се није одлазило само због освете и турских зулума, јер како бележи Вук Караџић „где који отиде у хајдуке и без невоље, да се наноси хаљина и оружја по својој вољи”. Имајући у виду пљачкашку димензију хајдучије, Вук Караџић је „ајдучију“ превео као *latrocinium* – разбојништво.⁷ Иако према његовом признању пљачка није била током османске владавине главни разлог за одметање хришћана у хајдуке, ипак „кад се човјек (особито прост) један пут отпади од људскога друштва и опрости се од сваке власти, он почне особито један уз другога зло чинити.“⁸ Разбојничко понашање хајдука је и за В. Дворниковића најчешће било тек само последица положаја у коме су се налазили, јер „онај који би се усред турске земље *одбио гори у хајдуке* испадао би тиме из сваког законског и друштвеног поретка, претварао се у шумску звер да по друмовима пресреће силнике и господаре, да свети рајине муке, пљачка и застрашује Турке.“⁹ При том ваља приметити да ратовање зарад стицања плена није у оно време било само специјалност хајдука, већ би се пре могло рећи да су га ови преузели од Турака, пошто су неретко њихове војне акције, нарочито акинџија, искључиво биле мотивисане пљачком.¹⁰

С обзиром на морално држање хајдука „народ је одувек разликовао *добре* и *зле* хајдуке,“ али је у пракси „та граница била релативна и помична.“ Иако према суду В. Дворниковића „племенитих душевних хајдука било је стварно у нашој прошлости, нарочито уочи устанака или после неуспелих побуна“, ипак су и многи од њих „у току своје хајдучке каријере испољили и разне авантуристичке и етички врло сумњиве црте.“ Пошто је било тешко разврстати хајдуке према етичком критеријуму, јер су услови хајдучког живота и устанике високих моралних ставова често

⁷ В. Стеф. Караџић, *Српски рјечник: истолкован њемачким и латинским ријечима*, Беч, 1818, 4; М. Divković, *Latinsko-hrvatski rječnik za škole*, Zagreb, 1900, 587. Реч хајдук са значењем лопов, односно разбојник, по свој прилици је арапско-турског порекла, јер се у језицима свих балканских народа појавила тек са доласком Турака. О етимологији речи хајдук, више у: О. Милосављевић, *Горски цареви: хајдучија у Чачанском и Рудничком округу у другој половини 19. века*, Чачак, 2016, 8.

⁸ В. Стеф. Караџић, *Живот и обичаји народа српскога*, 266-267.

Да није само у Вуково време код нашег динарског становништва жеља за лепшом одећом и оружјем и бољом храном била један од разлога за „одметање у гору“, потврђује и сведочење које је у Старом Влаху забележио С. Вукосављевић. Оно говори о неком хајдуку кога су звали Куле, који се одметнуо у време турске владавине, по свему судећи у другој половини 19. века: „Отишао сам у хајдуке овако. Гледам кад нам дођу кући: све у чоси, са срмом, са токама, окићени оружјем“. „Воли Куле и на коцу чучати, него граха и сува хљеба ручати – говорио је хајдук Куле са коца.“ С. В. Вукосављевић, *Сеоске заједнице и облици понашања у њима*, Историја сељачког друштва, књ. V, Београд, 2012, 173.

⁹ В. Дворниковић, *op. cit.*, 551.

¹⁰ Ј. Милићевић, *Друштвене појаве у Србији XIX века*, Београд, 2002, 7-8.

претварали у разбојнике, В. Дворниковић је хајдуке поделио у две групе према мотиву због ког су се одметнули: органски (хабитуелни) и „случајни“ хајдуци. Категорију органских хајдука чинио је тип људи који су имали у себи „хајдучке склоности“, јер их њихова „психа поведе у планину“. При том је такве „карактерне црте сама средина хранила и изазивала.“ Насупрот томе, „случајни хајдуци“ се одмећу због невоље и „ти су се у првој повољној прилици враћали уредном друштвеном животу.“¹¹ Психолошке особине које су погодиле појави хајдучије Ј. Цвијић је пре свих налазио код динарског антрополошког типа, пошто су људи динарског типа „често необуздане природе и не могу лако да поднесу чак ни ситне неправде.“ Уз то, динарски тип манифестује снажно „осећање части и поноса, личног и националног,“ због чега „слушајући гусларево певање многи су динарски људи, у току векова, *одмах узимали пушку и одлазили у гору*“.¹²

Социолог С. Вукосављевић је хајдучију доводио у везу са организацијом живота у племенском друштву, у чијим оквирима је живео српски народ после пропасти средњовековне националне државности. Према његовој оцени није било разлике између хајдучије и „плена“, а овај је „био једна врста привреде брђанских племена наших и арнаутских“ и то такве привреде „којој су алатке биле пушке и нож.“¹³ Исти писац примећује да „кад настану вел(ики) нар(одни) покрети, хајдучија престаје бити привреда. Покрет обухвати хајдуке међу првима и више него друге.“¹⁴

С друге стране, С. Вукосављевић је посебно инсистирао на томе да „није плен проста лупештина, него има своју дисциплину и организацију и своја правила, као што то имају и остали народски послови, и добри и зли.... У плен су ишли најбољи људи и тиме се хвалили.“¹⁵ Исто је

¹¹ В. Дворниковић, *op. cit.*, 553. На подели хајдука коју је дао В. Дворниковић видљив је очигледан утицај социолошке кривичноправне школе, која је доминирала у кривичноправној теорији и кривичном законодавству међуратне Југославије. Њен оснивач, Франц фон Лист, поделио је кривце у две категорије: случајни кривци и кривци по стању. М. Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац, 2005, 738-739.

¹² Ј. Цвијић, И. Андрић, *О балканским психичким типовима*, Београд, 1988, 26. О утицају појединих карактерних особина динарског антрополошког типа на масовну појаву хајдучије у западној Србији у другој половини 19. века, више у: О. Милосављевић, *op. cit.*, 13-18.

¹³ С. В. Вукосављевић, *op. cit.*, 323.

¹⁴ Ово своје запажање С. Вукосављевић је пропратио следећом белешком: „Шверцери и хајдуци око Јавора 1912. године“. *Ibid.*, 173.

¹⁵ Описујући последњи „плен“ који је извршен на Пештеру пре ослобађања овог краја од турске власти 1912. године, када је једна српска дружина отела од муслимана осам волова, С. Вукосављевић додаје и следеће: „Чету је водио човек, сада на доста високом социјалном положају. Мислим да се он ни сада не стиди свога суделовања у оном

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

својевремено тврдио и Вук Караџић, истичући како се хајдуку „чини највећа срамота и поруга кад му се рече да је лопов и пржибаба”.¹⁶ За разлику од обичне крађе и разбојништва, „плен је работа колективна“, јер „у њему суделује цело братство, село или племе“. Чак и када је у обичној пљачки и крађи „учествовало њих више, ипак то није био посао неког колектива.“ Друга разлика између „плена“ и обичне крађе је у томе, „што је при плену имала једна јасно обележена топографска црта, иза које се искакало у плен, а за коју се усакало с пленом.“ Уз све то, С. Вукосављевић примећује још и следеће: „Плен је неки ред, зли ред, али неки ред и морал. Крађа је потпуни неред и свуда се схватала као неморал. Нарочито је била срамотна када је у своме колективу.“¹⁷

Из угла морала и обичајног права племенског друштва, „плен“ није представљао злодело и то не само у случају када је жртва припадала иноверној непријатељској заједници, већ и када је била члан друге крвнородничке заједнице (племена или братства). С тим у вези, С. Вукосављевић примећује како то „што је у *Турака* пленити било похвалито није само због тога што су непријатељи него и због тога што је плен ван свог кол(ектива).“ Исти истраживач даље примећује: „Пленило се најчешће од жупљана, у којих се имало више шта пленити и лакше било пленити. Али пленила су се и брђанска племена једна од других. Временом се, и то сасвим полако, развило схватање да не треба пленити једноверне.“¹⁸

Обичај „плена“ показује да је пљачка код хајдучије по својим кључним обележјима била врло блиска кривичном делу грабежа (*rapina*), које је било инкриминисано у средњовековном српском праву. Као прво, починиоци грабежа су као и хајдуци јавно отимали туђе покретне ствари. Као што код грабежа напад на туђу имовину није предузиман ради остварења противправне имовинске користи, тако је и код хајдучије присвајање туђих ствари било углавном само последица напада који није био мотивисан лукративним разлозима. И најзад, као што је грабеж често имао обележје самовласног намиривање дуга или самовласне накнаде штете због повреде неког права или нанете нематеријалне штете, тако је и

послу. Крађа и лопов били су презрени; плен су певали уз гусле: *Бијеле им плијенили овце*.“ *Ibid.*, 327.

¹⁶ В. Стеф. Караџић, *Живот и обичаји народа српскога*, 267.

¹⁷ С. В. Вукосављевић, *op. cit.*, стр. 326-327.

¹⁸ Само се још увек живим племенским моралом може објаснити благонаклон однос према крађи извршеној у другом селу који је постојао у појединим српским крајевима. Тако С. Вукосављевић бележи пример рудничког села Трешњевице у коме „и сада се прича да се крало мн(ого) у суседним селима. Само претерају у свој атар по неколико свиња, па као да у земљу пропадну. У селу има поштених људи колико и у другом коме. Они не суделују у крађи, нити имају какве било непосредне било посредне користи од крађе, али да покажу што, неће никада.“ *Ibid.*, 323, 325.

хајдучија најчешће била само један вид самопомоћи.¹⁹ И док је грабеж најчешће био израз властеоске самовоље и обести, којим се угрожавао ауторитет националне државне власти, дотле је хајдучија била крајње средство за заштиту личног и националног достојанства од репресалија туђинске власти. Посматрана из угла сличности са средњовековним кривичним делом грабежа, хајдучија под турском влашћу заиста изгледа као наставак општевропске појаве средњовековних професионалних разбојничких дружина, а можда је била, како је веровао В. Дворниковић и „старог прабалканског порекла“, јер на Балкану, и то не само под турском влашћу, „земљиште, економске, социјалне и често врло лабилне политичке прилике биле су повољне за хајдучију, не само као повремену појаву реакције него и као сталну врсту егзистенције у извесним крајевима.“²⁰

II ХАЈДУЦИ ПОД СРПСКОМ ВЛАШЋУ

А. Милошево истребљивање хајдука

Склоност као пустахијском хајдучком животу и потреба „да се заклоне пре за грм но за државу“, племенско-братственичко „близикаштво“, изједначавање слободе са анархијом, опште неповерење у власт и одсуство свести о добровољном покоравану ауторитету закона и државе, нису могли да нестану из нарави Срба аутоматски са ослобађањем од туђинске власти. Ове недржавотворне црте српског националног карактера испољаваће се „деценијама после ослобођења од турске власти, кроз буне и преврате и хајдучију као трајну појаву одметања од власти“.²¹

¹⁹ О кривичном делу грабежа у Душановом законнику, више у: З. Чворовић, *Душанов законик у руском огледалу: прилог упоредној српско-руској правној историји*, Београд, 2018, 128-144.

²⁰ В. Дворниковић, *op. cit.*, 552. О средњовековним разбојничким дружинама у Московској Русији у: З. Чворовић, *Кривично право у Уложенију цара Алексеја Михаиловича (докторска дисертација)*, Крагујевац, 2013, 335-336.

²¹ М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 4. О томе како се виолентни српски карактер после четири века најтежег робовања под Турцима тешко навикавао да поштује заповести националне власти, којима су се правно забрањивале до јуче морално дозвољене радње, најупечатљивије сведочи случај неког Радована Јелисавчића из Раче код Бајине Баште из доба прве владавине кнеза Милоша Обреновића. Он је једном неке „Турке“ из Босне, које је сусрео на путу између Дрине и Поникава, побио, а узгред је узео и новац који код њих нашао. После жалбе из Сарајева, кнез Милош је наредио ужичком сердару Мићићу да Јелисавчића спроведе у Крагујевац. На Милошево питање да ли је он побио „Турке“, Радован је из прве одговорио потврдно. „За што, да од Бога нађеш?“ - питао га је кнез. „Да их је мање, господару!“ – одговорио је Радован. После овог случаја Радован је био постављен за буљубашу рачанске карауле, а са тог места ће

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

Зато ни мало не чуди што је Милошу Обреновићу после споразума са Марашли Али-пашом „први задатак био да се поврати безбедност у земљи, која је била огрезла у хајдучији”. Хајдучија која је била лишена национално-ослободилачког елемента, што се најбоље види из чињенице да су се под првим Обреновићем „Турци удруживали са Србима у циљу ајдуковања”, деградирала је у право професионално разбојништво, Додуше, било је у првим годинама Милошеве владавине и „случајних“ хајдука, какав је био чувени јунак из Другог српског устанка Никола Станојевић Мандрда, који се одметнуо од власти због омразе једног од Милошевих старешина, кнеза Милете Радојковића. За бројне злочине које је касније починио овај некада виђени човек и јунак на гласу важи већ поменуто објашњење Вука Караџића о преображају оних људи који „не оду у хајдуке да чине зло”.²²

Да је хајдучија као злочин којом се угрожавала лична и имовинска безбедност народа представљала најозбиљније искушење за ауторитет тек установљене српске власти, показује садржај једног од првих Милошевих аката. Он је 19. децембра 1815. године свим нахијским старешинама издао упутство („Настављеније”) у коме им налаже: „сваким возможным начином старати се, истребити ајдуке горске и сваке друге злочинце”. Иста наредба се доцније понављала у актима о именовању старешина за поједине нахије. Тако се у „Настављенију” којим се Јеврем Обреновић 22. септембра 1819. године постављао за „Обркнеза у нахији Ваљевској”, у

се касније, у време уставобранитеља, одметнути у хајдуке. Према писању Милана Ђ. Милићевића, једног дана упитају момци Радована, који им је био надређен као буљубаша, да ли могу да пређу Дрину, како би од босанских „Турака“ украли дебеле ћуране, које су пре тога спазили надгледајући границу. „Вала ите, рекне Радован, као од шале. Момци пређу, ухвате два ћурана, пренесу срећно, испеку и поједу у сласт... Прочује се у Ужицу да су покрадени ти ћурани, да се прелазило преко границе, итд. И суд ужички пише капетну рачанском да пошље тог буљубашу Радована у Ужице.” Пошто се није одазаво на позив добровољно, суд нареди да се Радован „везан дотера суду”. „Капетан га зовне, обезружа, веже, и с два пандура пошље у Ужице. То се покаже поруга за сву вамилију Јелисавчића. Његов син Павле, брат млађи, и синовац од старијег брата, изађу на пут, отму Радована од пандура, одреше и – сви скупа оду у хајдуке. Сви су они изгинули у хајдуковању, само је Павле надживео све. С њих су читава села рaelавана, и толики људи изгубили живот. Павле Јелисавчић говорио је увек: *за два ћурана отера нас Миљцо* (Миљцо Трифуновић ужички окружни начелник у време уставобранитеља) *у хајдуке и затр и упропасти толики народ, Бог нека му суди!*” М. Ђ. Милићевић, *op. cit.*, 592-594.

²² М. Гавриловић, *Милош Обреновић*, књ. 2, Београд, 1909, 318-321; В. Стеф. Караџић, *Живот и обичаји народа српскога*, Беч, 1867, 267.

три од укупно девет тачака од нахијског старешине кратко захтевало - *истребити ајдуке горске*.²³

Већ су у текстовима првих указа о хајдучији, које су српске власти издавале у периоду од 1815. године до Хатишерифа од 1830. године, уочљиве две сасвим супротне тенденције. С једне стране, кнез Милош Обреновић у периоду мешовите српско-турске управе тежи да уреди судство и тиме подигне углед тек зацетој српској аутономији, па стога уводи неку врсту вишестепености и истовремено уређује стварну надалежност судова. Следствено, „наставленија” нахијским старешинама која су издата пре 1820. године, садрже наредбу да се ухваћени хајдуци предају на суђење Народној канцеларији, јер је она према споразуму између Милоша и Марашлије била надлежна да суди Србима за веће кривице. С друге стране, неодложна потреба да се обезбеди јавни ред и мир у Београдском пашалуку и тиме пред пашом потврди стварна снага Милошеве власти над Србима, утицала је да у истим актима нахијске старешине добију овлашћење да и без суђења оне „ајдуке горске” „кои пак уфатити се не даду, и смртју у бјегу казнити можете”.²⁴

Како је двадесетих година 19. века хајдучија, речју М. Гавриловића, „постала права народна болест”, Милош је вансудску репресију против хајдука проширио и на њихове породице, јер „имања хајдучка конфискована су, домови сравњивани са земљом, породице расељаване па чак и прогањане у друге пашалуке”. Додуше, последњу меру је Милош сасвим ретко предузимао, „јер је штедео становништво на чије је повећање много полагао”. Једна од мера генералне превенције која се за време прве владе кнеза Милоша релативно често примењивала у борби против хајдучије било је јавно извршење квалификованих облика смртне казне, који су често имали карактер симболичног талиона: „убица се веша над гробом убијеног, јатак онде где је јатачио”. Људи су се жалили како „смрад од побијених и непокопаних хајдука чини да се десет околних њива не може да обради”.²⁵ Уз све то, први Обреновић је у циљу сузбијања хајдучије прибегао примени древне установе колективне одговорности села за деликте неоткривених починилаца. Незадовољан због резултата у борби против хајдучије у ужичкој нахији, кнез Милош поручује тамошњем кнезу: „Или хајдуке живе или њихове главе да ми пошаљете, или ви, са свим кметовима, да станете на суд пред лице моје”.²⁶ Према

²³ Т. Живановић, *Законски извори кривичног права Србије и историјски развој његов и њеног кривичног правосуђа од 1804-1865*, Београд, 1967, 43, 47-48; М. Гавриловић, *ор. cit.*, 322.

²⁴ Т. Живановић, *ор. cit.*, 47-48; М. Павловић, *Српска правна историја*, 248, 253-254.

²⁵ М. Гавриловић, *ор. cit.*, стр. 319, 322-323; О. Милосављевић, *ор. cit.*, 100-102.

²⁶ Р. Љушић, *Хајдучија у ужичком крају у време прве владавине кнеза Милоша и кнеза Михаила*, Ужички зборник, бр. 14 (1985). Наведно према: О. Милосављевић, *ор. cit.*, 101; М. Гавриловић, *ор. cit.*, 322.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

сведочењу Јоаким Вујића из 1826. године кнез Милош је „строгом полицијом и страшним казнама” успео да искорени хајдучију. Слични су били и утисци Пруса Ота Дубислава Пирха, који је 1829. године посетио Србију, и том приликом је забележио како је видео труле лешеве разбојника набијене на два точка недалеко од ћупријског моста, додајући да „ма како да је то грозан поглед, путници су били умирени и има већ доста времена како није било потребе понављати такав пример”.²⁷

Б. Уставобранитељска законитост на испиту хајдучије

За владе уставобранитеља видело се да ће борба против хајдучије у младој српској Кнежевини ставити на тешко искушење крхко начело законитости. И поред тога што је уставобранитељски режим представљао негацију Милошевог деспотизма, јер је настојао да заштити приватна права појединца, а рад судова и чиновништва уреди на начелу законитости, хајдучија је управо у периоду после 1842. године добила размере једне друштвене епидемије. Нарочито у пограничном брдско-палнинском Ужичком округу којим су у то време крстариле десетине хајдучких дружина, које су вршиле бројна убистава, разбојништава, крађе, изнуде и паљевине. Да се omasовљење хајдучије поклапа са моментом доласка уставобранитеља на власт, показује обавештење о стању у Ужичком округу које је начелник ужичког округа, Миљцо Трифуновић, послао Попечитељству унутрашњих дела 18. фебруара 1850. године. У обавештењу се закључује како је хајдучија у Ужичком округу ухватила маха у последњих осам година.²⁸

Узрок парадоксу да је један деспотски режим успео да сузбије хајдучију, а да је режим законитости породило услове за њено бујање, Слободан Јовановић је објашњавао тиме што за разлику од времена кнеза Милоша под уставобранитељима полиција није смела, све до доношења Полицијске уредбе од 18. маја 1850. године, да сама суди „оним који је не слушају”.²⁹ Јовановић је, по свему судећи, имао у виду чл. 10 *Устројенија (Закон) судова окружни* од 26. јануара 1840. године којим је окружним и среским начелницима наложено: „злочинци да се увате и Суду предаду”.³⁰

Устројенијем судова окружни био је измењен пропис чл. 2 тач. г *Настављенија* од 8. јула 1839. године, који је давао овлашћење среским начелницима да лопове и хајдуке „у крајњој нужди, ако би му се ови

²⁷ М. Гавриловић, *op. cit.*, стр. 326-327; О. Д. Пирх, *Путовање по Србији у години 1829*, превео Д. Мијушковић, Београд, 2012, 108-109.

²⁸ Ј. Пејин, *Ужички закон и сузбијање хајдучије 1850-1851. године*, Ужички зборник, бр. 15 (1986), 78.

²⁹ С. Јовановић, *Уставобранитељи и њихова влада (1838-1858)*, С. Д. V, Београд, 1933, стр. 54.

³⁰ Т. Живановић, *op. cit.*, 143.

оружјем противили или не би дали да се похватају, слободно може да их побије”.³¹ Ова измена је свакао била омогућена и тиме што је Намесништво³² за седам месеци владавине успело колико толико да стабилизује јавни ред и мир у земљи, који је претходно био нарушен услед кризе врховне власти и жестоког сукоба обреновићеваца и уставобранитељске опозиције. Уместо да одузимање полицији права да изриче казне подигне ауторитет државе, догодило се супротно. Оно што је са становишта владавине права изгледало парадоксалним, из угла ондашње Србијине стварности протумачио је С. Јовановић: „Лишена права кажњавања, полиција више нема дејствителне снаге, - и њој постаје немогућно да одржава законити поредак у земљи. Тада се најбоље видело да се наш народ боји само онога ко може да га казни: чим је полиција остала без власти кажњавања, она му је престала изгледати власт”.³³ На исти проблем је априла 1849. и фебруара 1850. године скренуо пажњу Попечитељству унутрашњих дела и већ поменути ужички окружни начелник Миљцо Трифуновић, упозоравајући да у борби против хајдучије „по досадањем начину и ограничењу власти своје ништа успети неће моћи.” Због тога је начелник Трифуновић предложио да се прошире полицијска овлашћења окружних начелника, између осталог и тако што би им се одобрило да примењују тортуру приликом саслушавања јатака.³⁴

Б. 1. „Ужички закон“

На стање у Ужичком округу и захтеве тамошњих локалних власти, Савет и Кнез су одговорили доношењем 13. априла 1850. године „Решениа” за борбу против „све већма умножавајућим се беснилом ајдуковања у Окружју Ужичком и убиточним следствијама, који отуда за цело отачество, а нарочито за народ Окружја Ужичког произилазе”.³⁵

Приликом доношења првог парцијалног закона о хајдучији у Кнежевини Србији, који се имао примењивати само на подручју једног округа (отуда се ово Решење Савета незванично називало „Ужички

³¹ Т. Живановић, *Ibid.*, 131, 143.

³² После Милошеве абдикације од 13. јуна 1839. године, кнез је постао његов најстарији син Милан. Пошто је он умро већ 8. јула исте године, до издавања фермана од стране Порте којим се признало пунолетство шеснаестогодишњег Михаила Обреновића (3. фебруар 1840.), Кнежевином Србијом је управљало Намесништво у саставу Јеврем Обреновић, Аврам Петронијевић и Тома Вучић-Перишић. Р. Љушић, *Српска државност 19. века*, Београд, 2008, 126-127; М. Павловић, *Српска правна историја*, 281-282.

³³ С. Јовановић, *op. cit.*, 54-55; Т. Живановић, *op. cit.*, 213-226; М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 138-139.

³⁴ О. Милосављевић, *op. cit.*, 156; Ј. Пејин, *op. cit.*, 78.

³⁵ *Сборникъ закона и уредба, и уредбеныи указа, изданы у Княжеству Србији*, V, Београд, 1853, 114.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

закон”), уставобранитељски законодавац је био разапет између два захтева. Једног садржаног у члану 27 *Хатишерифа* од 1838. године, којим се гарантовало да „воља Царска противна је тому, да какво лице, буди које, без суда буде лишено своји права грађдански, или да буде изложено каковому гоненију или казненију каквом драго”. Насупрот томе, са терена се од централних власти захтевало да употребе све могуће мере „коим би се положио предел томе многостручном злу, и којима би се и народ оног краја и путници онуда пролазећи, поставили у једанпут у безбедност живота и имања њиховог.”³⁶

Попечитељство унутрашњих дела је као предлагач тзв. Ужичког закона у нацрту „Решениа” предложило да се ужичком окружном начелнику „даде власт, да може сваког уваћеног ајдука одма на месту погубити, не предавајући га Судејском изследованију”. Према овом предлогу окружни начелник је био дужан да пре извршења смртне казне оваквог „ајдука у присуству његовом и 3. Преседатеља разни примиритељни Судова протоколарно испита”. Смртном казном би се кажњавао како онај за кога се докаже да је „ајдуковао”, тако и онај који није „ајдуковао”, али „с умишљенијем на ајдуковање одметнуо се”.³⁷ Израз „с умишљенијем на ајдуковање одметнуо се” Ј. Пејин је протумачио као „намеру за одметање”.³⁸ Ипак чини се да се овде не ради о кажњавању покушаја одметања у хајдуке, јер би намеру као субјективни елемент који не прати реална радња одметања било скоро немогуће доказати. Пошто касније законодавство само „одметање у ајдуке”, без вршења других кривичних дела, инкриминише као посебан облик хајдучије, то би и у „умишљенију на ајдуковање” из тзв. Ужичког закона требало видети кажњиво одметање које није праћено извршењем других кривичних дела.³⁹

Према предлогу Попичитељства унутрашњих дела овлашћење ужичког окружног начелника да може „одма на месту погубити” требало је да се примењује и на оне „кои се као јавни јатаци докажу и обелодане”. Поред доказаних и обелодањених јатака, предлагало се и увођење категорије јатака на „кое се има основно подозрење, да су јатаковали, или ајдуке у њивим злим намерама потпомагали”. Ужичком начелнику је требало дати право да ова лица „са 25 штапа на одају може казнити, па ако се и онда одали не би, да се Суду са описанијем спроведу”. Употреба речи „одаја”, као и пропис о упућивању на суд оних који се нису „одали” као јатаци, односно којима полиција није изнудила признање, јасно указује да батинање наложено одлуком окружног начелника није имало смисла

³⁶ *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941)*, Београд, 1988, 56; Т. Живановић, *op. cit.*, 432.

³⁷ *Сборникъ закона и уредба, и уредбенихъ указа, изданы у Княжеству Србији*, V, 115.

³⁸ Ј. Пејин, *op. cit.*, 79.

³⁹ Ђ. Ценић, *Објаснење Казнителног законика за Књажество Србију*, Београд, 1866, 696.

казне, већ тортуре у истрази. Попечитељство је предложило Савету да се трошкови потера против хајдук у Ужичком округу измирују продајом „имања уваћени или неуваћени ајдука... а тако да се поступи и са осведоченим јатацима”. Такође, предлагало се законодавцу да у борби против ужичке хајдучије усвоји још једну додатну репресивну меру, која је већ примењивана у доба кнеза Милоша. Реч је о расељавању у унутрашњост Србије „фамилија ајдука и јатака“, али само оних која „недвижима (непокретна) добра у оном Окружју (ужичком) немају”. При том се закључује како таква лица због свог имовног стања „морају ајдучима ићи на руку”. И најзад, у предлогу Попечитељства се предвиђало да „све ствари и новци, који се при уваћеном па убијеном ајдуку нађу”, у виду награде дају лицу које ухвати или убије хајдука.⁴⁰ Радило се, заправо, о обичајној норми која се већ примњивала и коју је Попечитељство хтело да озакони.

Савет је неке од предложених мера за борбу против хајдучије у Ужичком округу усвојио, а друге је одбацио. Најзначајније одступање од предлога Попечитељства Савет је учинио код права окружног начелника да без суђења може да погуби ухваћеног хајдука или „доказаног и обелодањеног” јатака. У коначном тексту тзв. Ужичког закона је стајало да се ухваћени хајдук преда окружном суду, који би „без сваког одлагања” имао да започене са суђењем. Савет је одбацио предлог Попечитељства, јер га је оценио „као знатни одступак од постојећег узакоњенија земаљског”.⁴¹ Овим се хтело истаћи како уставобрантељски законодавац ни на питању борбе против хајдучије, и то само на територији једног округа Кнежевине, не жели да одступи од свог руководног начела, које је речју С. Јовановића гласило: „приватна права грађана, све оно што се тиче њиховог живота и имања... то се убудуће није могло изгубити другачије, него услед судске пресуде”.⁴² Одлука Савета да одбаци предлог Попечитељства о додељивању окружном начелнику права погубљења ухваћених хајдука и јатака била је у складу са поменутиим чланом 10 Закона о окружним судовима (*Устројеније судова окружни*), који је одузимао окружним начелницима судску власт, као и чланом 27 *Хатишерифа* од 1838. године, којим је гарантовано право на судску заштиту личних права.⁴³

Према одредбама тзв. Ужичког закона полицијска власт оличена у ужичком окружном начелнику, коме се стављала на располагање посебна

⁴⁰ *Сборникъ закона и уредба, и уредбены указъ, изданы у Княжеству Србији*, V, 115-116.

⁴¹ *Ibid.*, 117; И. Јанковић, *На белом хлебу - Смртна казна у Србији (1804-2002)*, Београд, 2012, 89.

⁴² С. Јовановић, *op. cit.*, 5-6.

⁴³ Т. Живановић, *op. cit.*, 143; *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије: (1835-1941)*, 56.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

јединица од четрдесет пандура за гоњење хајдука, ипак није у потпуности била лишена права на вансудско погубљење хајдука. На овакав закључак не упућује ни једна експлицитна норма овог правног споменика, већ се до таквог закључка може доћи тумачењем одредбе према којој „ствари и новци, кои се при уваћеном или убијеном ајдуку нађу, даду у награду ономе, кој га увати или убије”.⁴⁴ Радило се о томе да уставобранитељски законодавац, који је одбацио предлог о давању права полицијској власти на вансудско погубљење ухваћеног хајдука, није хтео да оде у другу крајност и лиши полицију могућности да у потери убије хајдука која пружа оружани отпор.⁴⁵

Да је линија законитости која је одвајала уставобранитеље од њиховог претходника кнеза Милоша Обреновића била танка и не увек тако видљива, показује одредба тзв. Ужичког закона по којој се пресуда окружног суда има сматрати за „коначну и извршителну”. Стога би се онај коме се пред окружним судом докаже „његова кривица да је ајдукова, или да се у ајдуке одметнуо”, упућивао „одма” окружном начелнику да га погуби. Тако је овим актом укинута права на жалбу Апелационом суду, ујемчено *Хатишерифом* од 1838. године (чл. 27 и 37), чиме је у суђењима за хајдучију на подручју Ужичког округа био уведен један облик преког суда.⁴⁶ Ипак, ванредни карактер ове процесне мере је био донекле ублажен. Прво тиме што је одредбом чл. 11 добио привремени карактер, јер је одређено да ће одредбе тзв. Ужичког закона важити „док се пожелана целъ исребленија ајдука и њини јатака не постигне”. Потом је допуном од 23. маја 1851. године остављена могућност да „сви они хајдуци ит.д. који су се благовремено власти предали, и тиме од смртне, и овој подобне казне ослободили, да се поред тога, што ће се справедливо осудити на блажије казне, подвргавају обичном првостепеном поступку судејском”. Изузимање од режима преког суда за хајдуке који се буду добровољно предали није било временски орочено, већ је важило до краја примене тзв. Ужичког закона.⁴⁷

Према одредби члана 4 тзв. Ужичког закона иста ванредна форма једностепеног суђења и смртна казна примењивала се и за „јатаке ајдука” који се „докажу и обелодане”. Истоветан начин кажњавања хаујдука и јатака преузет је у тзв. Ужички закон из *Казнителног закона за поаре и*

⁴⁴ *Сборникъ закона и уредба, и уредбены указъ, изданы у Княжеству Србији*, V, 117-118.

⁴⁵ Учешће у потерама је сходно наредбама окружних и среских начелника било обавезно и за остале становнике срезова и округа у којима се потеря вршила. О. Милосављевић, *ор. cit.*, 107-110.

⁴⁶ *Сборникъ закона и уредба, и уредбены указъ, изданы у Княжеству Србији*, V, 117; *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941)*, 56-57; О. Милосављевић, *ор. cit.*, 157.

⁴⁷ *Сборникъ закона и уредба, и уредбены указъ, изданы у Княжеству Србији*, V, стр. 119; Т. Живановић, *ор. cit.*, стр. 276; О. Милосављевић, *ор. cit.*, 161.

крађе од 26. мај 1847. године.⁴⁸ Радило се у ствари о правилу које се у пракси често примењивало још од времена Првог српског устанка,⁴⁹ као израз искуства у борби са хајдучијом које је кнез Милош сажео у реченици: „Познато је да ајдуци без јатака обстати не могу”. Оно што је неуком Милошу говорило животном искуством, бранио је стручним аргументима много година касније и први српски учени полицајац Таса Ј. Миленковић, истичући да „ако народ неће, ако не помогне, разбојници се не могу уништити”. При томе је Миленковић наводио речи озлоглашеног хајдука Солдатовића (осуђен 1897. године), који је на суђењу казао како „ми не би онако сербез у народу живели, да нас народ није чувао.... Када идемо кроз села, или другом, једни нас прихватају и госте, други се опет склањају, бајаги да не виде, како би се после могли правдати и заклетити, да нас нису видели”.⁵⁰ Један чувени хајдук из Ужичког округа, Никола Јевђевић, на суђењу је однос хајдука и јатака описао речима: „да ми није било јатака, не бих био ни ја хајдук. Спрам јатака био сам тако слаб да ме је сваки од њих кад год је хтео убити, а са њим сам био тако јак да сам могао све што сам наумио извршити”. Овај хајдук је и „пао” у потери тек онда када је, његовом речју, „сам народ са нашим јатацима противу нас устао”.⁵¹

Да је уставобранитељски законодавац репресивне мере у борби против ужичке хајдучије углавном усмерио на јатаке, како би одметнике оставио без помоћи и подршке, говори и то што је Савет без измена прихватио предлог Попечитељства да се ужичком „Окружном Началнику даде власт” да може наложити батињење, „до 25. штапа, оних лица на кое пада основано подозрење, а нема довољно убедитељни доказатељства да су јатаковали”. Батинање је се примењивало, како то изричито наводи законодавац, да би се окривљени „одао” за јатаковање. Следствено, и овај пропис показује да је режим борбе против ужичке хајдучије имао ванредни карактер, јер је био супротан ставу из Расписа Попечитељства правосудија од 1842. године да „признање, на које се окривљеник, обећањем, претњом, насиљем, или другим којим забрањеним начином наведе, и принуди, не може се за законом сведочанство сматрати”. Додуше од овог правила, као и од опште забране примене тортуре из *Закона о окружним судовима* од 1840. (чл. 15), већ се одступило доношењем

⁴⁸ *Сборникъ закона и уредба, и уредбены указъ, изданы у Княжеству Србији*, V, 118; Т. Живановић, *ор. cit.*, стр. 197; М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 183-184.

⁴⁹ У једној заповести Шабачког магистрата од 6. маја 1808. године стоји: „Ко (хајдучима) леба даје, главом ће платити”. И. Јанковић, *ор. cit.*, 25.

⁵⁰ О. Милосављевић, *ор. cit.*, 76; Т. Миленковић, *Тасин дневник: (1870-906): први српски учени полицајац*, књ. 1, (приредио и предговор написао Ж. Алексић), Ж. Алексић, *Одабрана дела - Злочин изазов друштву*, Београд, 1996, 172.

⁵¹ С. Ђенић, *Ужички горски цар: хајдук Никола Јевђевић*, Београд, 2012, 81, 126-127.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

Казнителног закона за поаре и крађе, којим је било предвиђено право полицијских власти да приликом испитивања самостално примењују батинање према малициозним окривљеним.⁵²

О ванредном карактеру тзв. Ужичког закона закона сведоче још нека његова решења. Тако је Савет прихватио предлог Попечитељства унутрашњих дела да се трошкови потера и накнаде оштећеним лицима „подмирују из имања уваћени и не уваћени но осведочени ајдука и јатака”. Трошкови потера који су превазилазили износ који је на лицитацији добијен од продаје хајдучких и јатачких имања, надокнађиван је разрезом од локалног становништва.⁵³ Уз то, Савет се сагласило са враћањем у живот старе Милошеве репресивне мере протеривања из Ужичког округа „у внутреност Србије” „фамилија кућних и ајдука и јатака” и то независно од тога имају ли непокретна добра или их немају.⁵⁴ Пошто су обе казнене мера, пре свега, погађале чланове породица хајдука и јатака, као и њихове даље сроднике она је била противна начелу индивидуалне кривичне одговорности, према коме „дјеца и сродници кривца неће одговарати за кривицу својих родитеља и сродника, нити ће се казнити моћи за њи” (чл. 29 *Хатишерифа* од 1838. године и чл. 20 *Закона о окружним судовима* од 1840. године). Код ових казnenих мера драстично је нарашћувано и право на судску заштиту личних права, јер су оне у пракси најшечће погађале породице „не уваћени но осведочени ајдука и јатака”, па су се, сходно томе, изрицале на основу полицијског „основаног подозрења”, а не на основу чињеница утврђених судском пресудом. Да ствар у процесном смислу буде још апсурднија, одлуку о лицитацији хајдучких и јатачких имања није доносила полиција, већ суд. У свом акту од 1. септембра 1851. године Савет констатује како је суд одбијао да доноси решења о продаји имања хајдука који се нису предали, па је Савет био приморан да још једном прецизира да се „осведоченим хајдуком и јатаком” има сматрати „онај, који се на позив није предао”.⁵⁵ Казна прогонства је била тотална у погледу лица која је погађала, јер се нису прогањали само чланови једне породичне задруге (кућа), већ и сви њихови сродници који су живели у истом селу, и брутална у погледу начина извршења, пошто су прогонаници на пут могли да понесу само одећу, простирку и најнужније оруђе за земљорадњу, односно алат за бављење занатом.⁵⁶ Имајући у виду овакве последице, радило се заправо о вансудском кумулативном

⁵² *Сборникъ закона и уредба, и уредбенны указа, изданы у Княжеству Србији*, V, 118; М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 228-230; Т. Живановић, *op. cit.*, 144, 197.

⁵³ Ј. Пејин, *op. cit.*, 82.

⁵⁴ *Сборникъ закона и уредба, и уредбенны указа, изданы у Княжеству Србији*, V, 118.

⁵⁵ Т. Живановић, *op. cit.*, 144, 277-278; *Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941)*, 56.

⁵⁶ О. Милосављевић, *op. cit.*, 146.

кажњавању прогонством и општом конфискацијом имовине, мада је казна конфискације била изричито забрањена *Хатишерифом* од 1838. године.⁵⁷

О прогонству хајдучких и јатачких породица из Ужичког округа, истраживач ужичке хајдучије С. Ђенић, закључује следеће: „Борба против хајдука била је заиста сурова, као и свирепост хајдучких злочина, али прогонство невиних породица, са децом и старцима, које понекад нису ни стизале до својих одредишта умирући од глади, болести и зиме, чини најтамнију страну ужичке историје у последња два века, тим пре што овај лек против хајдучког зла, који је народу само повећао патње и несреће, не само што није успео да искорени хајдучију, већ је није ни умањио.“⁵⁸

Из угла законитости итекако спорна, мера прогонства „фамилија ајдучких и јатачких“ оправдала је казнену сврху одмах на почетку примене тзв. Ужичког закона, када су већ у мају три фамилије прогнане у Крајински и Ћупријски округ. Ефекат примене ове репресивне мере најбоље је описан у допису из 1860. године ужичког начелства Попечитељству, у коме стоји како поједине хајдучке и јатачке фамилије „ајдуке на предају склањају и уватити помажу, па и убити су иј готове, да само остала фамилија на миру остане“.⁵⁹

Да је уставобранитељска власт имала намеру да колико толико спречи арбитреност локалних судских и полицијских власти при примени репресивних мера према јатацима најбоље показује допуна тзв. Ужичког закона („Објасненије и допунене закона о ајдуцима“) од 2. септембра 1850. године. У њој законодавац прецизира појам доказаног и обелодањеног јатака и називајући га јавним јатаком одваја га од других облика јатаковања. За јавног јатака имао се сматрати само „онај, који је хајдука, стојећи с њим у споразуму, у својој кући и на своје добро дочекивао и помагао, или крио и чувао, или му храну, џебану, оружје, набављао и давао, и тако му на руку ишао и помагао, да може у хајдуковању злочинства да чини“. Други облици јатаковања су се од јавног јатаковања разликовали, како је приметио Т. Живановић, по „одсуству споразума између ових лица и хајдука“. У ред таквих „неправих јатака“ законодавац наводи оне „којима су хајдуци у планини, нашавши их на раду, заповедали да однесу коме човеку поруку за уцену („осјек“) и они уплашивши се то учине“, они „који видевши хајдуке у планини, нису о томе власти јавили“, као и они „којима су хајдуци из горе за уцену („осјек“) писали, па то нису

⁵⁷ Конфискацију имовине изричито је забрањивао члан 28 *Хатишерифа* од 1838. године: „...но ни у каквом случају неће се моћи налагати или изрицати казн конфискације добара“. Сличан пропис садржи и чл. 25 *Закона (Устројенија) о окружним судовима. Устави и владе Кнежевине Србије, Краљевине Србије, Краљевине СХС и Краљевине Југославије (1835-1941)*, 56; Т. Живановић, *op. cit.*, 145.

⁵⁸ С. Ђенић, *op. cit.*, 20-21.

⁵⁹ О. Милосављевић, *op. cit.*, 81, 146-147.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

од својих суграђана крили, али нису нарочито и одмах власти јавили о томе”. Док су се јавни јатаци према тзв. Ужичком закону кажњавали као и хајдуци смртном казном, Објасненијем је одређено да ће се „неправи јатаци” кажњавати „према величини кривице бојем од двадесет и пет до педесет удараца”.⁶⁰

Истим Објасненијем је законодавац одговорио „на питање суда Округа ужичког” које се тицало недоумице око кажњавања малолетних лица за хајдуковање и јатаковање. Савет је ствар разјаснио тако што је прописао да малолетно лице које је навршило шеснаест годину па „хајдучко убиство учинило, или у оваквом убиству учествовало, у ком случају нека се казни мртвом шибом”. Ово је било супротно правилу из *Казнителног закона за поаре и крађе* од 1847. године према коме малолетно лице које је навршило шеснаест година није могло да се казни мртвом шибом, што је још један доказ који потврђује да је у Ужички округ Решењем од 1850. године уведен ванредни казнени и процесни режим.⁶¹

Пошто је примена тзв. Ужичког закона дала добре резултате већ у петнаестодневном року за добровољну предају, јер су се тада предала 24 хајдука са подручја Ужичког округа, Савет је на молбу Чачанског окружног начелника („и у овом Окружју више ајдучки чета од страни и месни људи наоди, кои путнике и житеље тамошње непрекидно ајдучки нападају, арају, глобе и убијају”) 13. јуна 1850. године проширио ванредни казнени и процесни режим из тзв. Ужичког закона и на Чачански округ.⁶²

В. Хајдучија у Криминалном (казнителном) законикју

Један од захтева посланика на Светоандрејској скупштини односио се на укидања уставобранитељских мера против хајдучије, чија је суровост за светоандрејске либерале била симбол мрске владавине кнеза Александра Карађорђевића и уставобранитеља. Тако су ужички посланици у поднеску Скупштини наводили да „противу устава и нечовечно је, што се због једног ајдука сва фамилија његова прогна и страда, и жеља је народа да тако више не буде”. Говорећи против партикуларног *Казнителног закона за поаре и крађе*, а у прилог доношења једног свеобухватног „Закона кривичниј као и у други европејски народа да буде”, Ужичани су у другом поднеску написали: „За оваковиј Закон срамно је и чути а камо ли га слободном Србину наметнути да под њим стење. Њим је ваљда законодавац ишао на то, да докаже Европи, да су Срби сви до једнога ајдуци, лопови и непоправними. То су може бити многи и веровали, а нису

⁶⁰ Т. Живановић, *op. cit.*, 271-272, 464; О. Милосављевић, *op. cit.*, 76-77.

⁶¹ Т. Живановић, *op. cit.*, 203-204, 272, 442-443; И. Јанковић, *op. cit.*, 89.

⁶² *Сборникъ закона и уредба, и уредбены укази, изданы у Княжеству Србији*, V, 254-256; О. Милосављевић, *op. cit.*, 159.

знали и дознати могли да је Србима тај оштриј бич набачен због политични, или себични узрока највеће власти у земљи, која нам је до јуче крв на памук пила”.⁶³

Пошто је тзв. Ужички закон против хајдучије остао на снази и после Светоандрејске скупштине, међу предлозима које су посланици упутили Малогоспојинској скупштини, која је следеће 1859. године одржана у Крагујевцу, нашао се и захтев „да се закон о прогоњењу хајдучких фамилија укине, а за прогнане умоли кнез да помилује; правитељство пак да се о предупредјењу хајдуковања у извесним крајевима побрине.“⁶⁴ Народна скупштина је прихватила предлог да се укине одредба тзв. Ужичког закона о прогонству хајдучких фамилија и о томе је упознала Савет. Пре доношења било какве одлуке, законодавац је затражио мишљење од Попечитељства унутрашњих дела о даљој примени ванредних мера против хајдука у Ужичком и Чачанском округу, као и у појединим селима Црноречког округа. Пошто је Попечитељство од ужичког и чачанског окружног начелства добило став „да се нипошто не одступа јошт за неко време“ од примене тзв. Ужичког закона, Савет није изашао у сусрет жељама Малогоспојинске скупштине.⁶⁵

Тек са доношењем *Криминалног (казнителног) законика за Књажевство Србију*, 29. марта 1860. године, престао је да важи тзв. Ужички закон, што је Попечитељство унутрашњих дела јасно ставило до знања ужичком окружном начелству у допису од 16. јуна 1860. године.⁶⁶ У првом Србијиним кривичном закоником „ајдучији“ су била посвећена три члана (чл. 243-245). У члану 243 законодавац је дефинисао „ајдука“ као оног „ко се испод власти земаљске изтргне и од ове одметне тако, да у земљи сам за себе или у друштву с другим њему равнима самовластно живити почне, у намери да казнима дела чини.“⁶⁷

Тумачећи кривично дело хајдучије из угла субјекта кривичног дела, први коментатор Законика, Ђорђе Ценић је закључио: „Ајдук, ако ћемо се правог значења речи држати, није ништа друго него то што и разбојник, али разбојник, према опредељењу закона може и онај бити, који без да има даљу намеру да разбојништва чини, уједанпут, тј. само једном приликом учини нешто, што закон као разбојништво сматра и казни, ајдук напротив, тако да кажемо, систематичан је разбојник; он се реши да разбојништва или насиља чини и то као своје обично занимање огласи

⁶³ М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 184.

⁶⁴ Ж. Живановић, *Политичка историја Србије у другој половини деветнаестог века*, књ. 1, Београд, 1923, 53.

⁶⁵ О. Милосављевић, *op. cit.*, 162-163.

⁶⁶ *Ibid.*, 164.

⁶⁷ Ђ. Ценић, *op. cit.*, 694.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

па и врши.⁶⁸ Речју М. Павловића, „хајдуковање“ се у првом српском модерном кривичном законуку заправо квалификовало „као тежи облик разбојништва.“⁶⁹ За разлику од обичног разбојништва, код хајдучије је професионално бављење криминалном делатношћу било обавезни елемент бића овог кривичног дела.

Казнителни законик је познавао неколико облика кривичног дела хајдучије. У првобитно усвојеном тексту Законика било је инкриминисано одметање у хајдуке које није праћено извршењем неког другог „злочинства“ (чл. 244 ст. 1) и одметање у хајдуке праћено извршењем другог „злочинства“ (чл. 245 ст. 1). Иначе, законодавац је само одметање инкриминисано као кривично дело, зато што већ оно, према запажању Ђ. Ценића, „има опасни последица, и то између многи и ту као поглавиту, што мештани у ајдуке отишавшега лица па и околна места, чим за одметање свога сељака дознаду у непрестаном страу од њега живе,“ Допуном Казнителног законик од 1861. године овим облицима је придодато и одметање у хајдуке праћено извршењем „преступлења“ (чл. 245 ст. 2). За одметање које није праћено извршењем неког другог „злочинства“ била је запређена казна затвора до пет година и губитак грађанске части. Хајдук који би извршио неко „преступлење“ кажњавао би се робијом од десет до двадесет година, док је оне који су током хајдуковања извршили неко „злочинство“ чекала смртна казна.⁷⁰

Законодавац је предвидео и низ олакшица „да би ишао на руку да онај, који с решимошћу да од разбојништва и насиља живи од власти се одметне, опет међу своје сажитеље без страха од казни или бар с изгледом на мању казну него што је ова за разбојника опредељена, повратити се могао.“ Тако је било прописано да се „од сваке казне ослободи“ онај који „пре него је икакво друго казнимо дело у ајдуковању учинио, сам од своје воље од ајдуковања одустао и власти се предао“ (чл. 244 ст. 2). Другачији положај је био хајдука који је „тек на позив власти од ајдуковања одустао и власти се на милост и немилост предао“, па је за такво лице било предвиђено „да се казни затвором највише до шест месеци“ (чл. 244 ст. 3). Олакшице су Казнителним законом биле предвиђене не само за хајдуке који су се добровољно предали, а нису до тада извршили ни једно кажњиво дело, већ и за оне хајдуке који су се добровољно предали, али су током хајдуковања извршили какво „злочинство“ или „преступлење.“ Ако је хајдук „сам из сопственог побуђења од ајдуковања одустао и власти се на милост и немилост предао, а пре тога је извршио „злочинство“, кажњаван је робијом до петнаест година, односно затвором до пет година и губитком грађанске части уколико је извршио „преступлење.“ Строжије

⁶⁸ *Ibid.*, 695.

⁶⁹ М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 201.

⁷⁰ Ђ. Ценић, *op. cit.*, 694-695; М. Павловић, *Правна европеизација Србије: 1804-1914*, 201.

се кажњавао хајдук који се „тек на позив власти овој преда“, па уколико је извршио током хајдуковања „злочинство“ кажњавао се робијом до двадесет година, а за „преступлење“ робијом до десет година.⁷¹

В. 1. „Свето име“ за разбојника

На парадокс да законодавац извршиоца једног кривичног дела високог степена друштвене опасности назива речју која се у колективној историјској свести везивала за националне борце и јунаке, упозорио је још „први српски учени полицајац“ Таса Ј. Миленковић: „Са тога много греше они, који тим поетским и историјским именом (хајдук, прим З. Ч.), називају и обичне лопове и разбојнике, који, с оружјем у руци, по друмовима и селима нашим, убијају и пљачкају суграђане своје.... Треба једном направити разлику између Хајдук Вељка, Станоја Главаша, Чарапића с једне стране, и Деспића, Солдатовића, Јовићевића и др. с друге стране. Истина, у народу се назив „хајдук“ задржао и за разбојника, али нека се то име избрише прво из казненога законика, из државних актова и званичног језика власти, па ће га мало по мало нестати и у народу. Разбојник ће се онда звати својим правим именом. Јер у Србији данас не може бити хајдука са тога, што нема дахија Турака”.⁷² Сличне замерке у вези са законским називом хајдук за извршиоца једног кривичног дела изнео је и Пера Тодоровић. Пратећи као новинар суђење у Окружном суду у Чачку познатој одметничкој (хајдучкој) дружини Милана Бркића, он се прво осврће на појмовну збрку, јер је „хајдук! – некада поносно и свето име, којим се Србин дичио – сада наша срамота и наш општи јад”. „Данашњим разбојницима”, пише даље Тодоровић, „неправо се даје име хајдук! Али, по незнању или по непажњи, тако су их крстили наши први законодавци, тако је записано у закону, на то се име навикао наш свет”.⁷³

Током 19. века било је и иницијатива од стране државних званичника за измену назива хајдук за извршиоца кривичног дела одметништва, па је тако 1893. године ондашњи заступник ужичког окружног начелника у допису министру унутрашњих дела истакао како „крање је време, да се на идућој скупштини поднес формалан предлог, те да се доносе закон, којим би се име 'хајдука', заменило именом 'разбојника'”.⁷⁴ Законодавац, међутим, није услишио овакве сугестије јавности, па је име хајдук било задржано за означавање извршиоца деликта одметништва и у новим законима који су

⁷¹ Ђ. Ценић, *op. cit.*, 695-698.

⁷² Т. Миленковић, *op. cit.*, 129.

⁷³ П. Тодоровић, *Листови из „Хајдучије”*, Београд, 1995, 127-128.

⁷⁴ О. Милосављевић, *op. cit.*, 9.

**Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)**

уређвали ову материју, у *Закону о хватању и утамањивању хајдука* из 1895. године, као и у *Закону о јавној безбедности* из 1905. године.⁷⁵

Целокупна термилошка збрка са несрећно изабраним називом за кривично дело одметништва била је показатељ, више од било чега другог, да су се управо на феномену хајдучије током 19. века снажно сударала два света: с једне стране, стари претполитички свет племенског друштва настао у нужди турског ропства са својом обичајно-правном свешћу и патријархалним моралом, а с друге стране политички свет националне државе у формирању са модерном правном свешћу и моралом грађанског друштва. Неодољива привлачност хајдучког имена и свенационални углед који су уживали хајдуци из турског доба, опијала је у другој половини 19. века до те мере младе генерације у Кнежевини, нарочито у западној Србији, да се, према запажању Милана Ђ. Милићевића, догађало „ако вешт гуслар међу 20-30 слушалаца опева хајдучка дела кога ајдучког арамбаше, једном или двојици његових слушалаца сутра ће бити месту у Муртеници међу хајдуцима, уместо у њиви или ливади.“ Зато су „некад, у неким и неким приликама, власти забрањивале на саборима певати дела кога хајдука.“⁷⁶ Уместо да буду означени неким пејоративним именом, посредством кога би се остварили ефекти друштвене стигматизације и генералне превенције, професионални разбојници су у Кнежевини Србији добили законску могућност да своју криминалну делатност пред јавношћу сакрију иза славног историјског имена и да истовремено злоупотребљавајући популарност тог имена међу младима регрутују нове сараднике.⁷⁷

Г. Нови живот тзв. Ужичког закона

Мали број хајдука је искористио привилегије новог *Казнителног законика* и предао се властима, као што је то у мају 1860. године учинио Драгачевац Милан Стовраговић. Остали су укидање репресивног тзв. Ужичког закона схватили као знак слабости државе и своју шансу да дигну главу и појачају своју криминалну активност у Ужичком и Чачанском округу. Ужичко начелство је, речју О. Милосављевић, јасно увидело „шта се спрема, па је крајем јуна 1860. године „упозорило надлежног министра да ће се због укидања *Ужичког закона* хајдуци и

⁷⁵ *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издатих од 1. јануара 1894. до краја 1895. године*, 50, Београд, 1899, 418-421; *Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издатих од 1. јануара 1905. до краја исте године*, 60, Београд, 1908, 28-34.

⁷⁶ М. Ђ. Милићевић, *Зимње вечери. Приче из народног живота у Србији*, Београд, 1922, 78. Наведено према: О. Милосављевић, *op. cit.*, 15, 17.

⁷⁷ О. Милосављевић, *op. cit.*, 26-27.

јатаци за кратко време толико намножити да их више ништа неће сузбити, чак ни враћање Закона (*Ужичког*) у живот.“⁷⁸

Када је кнез Михаило за првог човек Попечитељства унутрашњих дела поставио Николу Христића, који је према суду С. Јовановића, био „пре и више свега један полицајац“, нови попечитељ „затиче у земљи тешко стање“, јер „после 1858., убиства, насиља, крађи и утаје, хајдуковања и паљевине јако се шире; има читавих округа и срезова где су ови злочини залегли као зараза.“ Према С. Јовановићу овакво стање је настало после Светоандрејске промене зато што „казне нису више довољно строге; некадашње строге казне као бој, иселавање у други округ итд. биле су укинуте у једном наступу превременог либерализма и хуманизма.“⁷⁹

У таквој ситуацији није само педантни полицајац Н. Христић увиђао потребу враћања у живот ванредних мера за сузбијање хајдучије из тзв. Ужичког закона, већ и сами становници ужичког краја који су то исто тражили „обштим гласом“.⁸⁰ На предлог поечитеља Н. Христића, Савет је 30. марта 1861. године донео *Решење о враћању у живот закона од 13. априла 1850. против хајдука и јатака с допунама и проширењу истог на округе Ужички и Чачански*.⁸¹ Тако је борба против хајдучије у Ужичком и Чачанском округу после годину дана поново била враћена на ванредни кривични и процесни режим.

Zoran Čvorović, LL.D.*

FIGHTING BRIGANDRY IN THE PRINCIPALITY OF SERBIA: BETWEEN LEGALITY AND SECURITY (Until 1861)

This article is concerned on social and legal phenomenon of brigandry, and it's degradation from a form of fight for national liberation during the period of Otoman occupation into a serious criminal problem in restored Prinicipality. Accordingly, the first chapter of the article determines causes that led to massive occurrence of brigandry in Serbs during the Otoman rule.

⁷⁸ *Ibid.*, 166.

⁷⁹ С. Јовановић, *Друга влада Милоша и Михаила*, Београд, 1933, 268.

⁸⁰ О. Милосављевић, *op. cit.*, 167.

⁸¹ Т. Живановић, *op. cit.*, 373-374.

* Assistant professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Зоран Чворовић, Борба против хајдучије у Кнежевини Србији:
између законитости и безбедности (до 1861. године) (стр. 19-41)

Central part of the work presents criminal and procedural actions that the Principality of Serbia enforced to contain brigandry. The fight against brigandry is analyzed from the point of numerous legal documents dedicated to this criminal act, enacted from the beginning of Milos Obrenovic's rule to the moment the first Serbian Criminal law (Kaznitelni zakon za Knjazevstvo Srbiju) was adopted. In that respect, exceptional character of specific measures that the state was undertaking against brigands is studied in this article, and in particularly their relation to principles of legality and to specific basic personal rights guaranteed by (so called) Turkish Constitution from 1838.

Key words: brigandry, criminal law, Principality of Serbia, Uzice's law.

Др Соња Лучић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.772:9]663.5

ЗАШТИТА ГЕОГРАФСКИХ ОЗНАКА ЈАКИХ АЛКОХОЛНИХ ПИЋА**

Рад примљен: 04. 12. 2018.

Рад исправљен: 16. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Географске ознаке јаких алкохолних пића у Србији уживају заштиту на основу Закона о јаким алкохолним пићима, а у Европској унији на основу Уредбе 110/2008. И један и други пропис, између осталог предвиђају, да заштићена ознака ужива заштиту од индиректне комерцијалне употребе, сваке погрешне употребе, као и од употребе лажне или ознаке која доводи у заблуду потрошача у погледу изворности, порекла, природе или битних особина производа. Предмет рада је анализа најновије праксе Суда правде ЕУ која за предмет има заштиту географских ознака јаких алкохолних пића. На опредељеност аутора да проучава ову проблематику утицала је како оскудна домаћа судска пракса заштите географских ознака јаких алкохолних пића, тако и околност да је Србија потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ преузела обавезу усклађивања домаћих прописа са правним тековинама ЕУ.

Кључне речи: Уредба 110/2008, појам, „индиректна употреба“ ознаке географског порекла, појам „алузија“ на такву ознаку, појам „ознаке која је лажна или доводи у заблуду“, јака алкохолна пића.

I УВОД

Производња јаких алкохолних пића у ЕУ представља важан део тржишта пољопривредних производа. С обзиром на значај и сложеност сектора јаких алкохолних пића, ова област је у ЕУ регулисана посебном Уредбом 110/2008.¹ Ова Уредба јасно одређује критеријуме за

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, sspasojevic@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.*

¹ Текст Уредбе је доступан на адреси:

производњу, презентацију, означавање и заштиту јаких алкохолних пића. Будући да су из поља примене Уредбе 510/2006 била изузета јака алкохолна пића, у Уредбу 110/2008 су унета правила за заштиту њихових географских ознака.² Географске ознаке регистроване у складу са овом Уредбом обезбеђују идентификацију јаких алкохолних пића као производа пореклом са територије одређене државе, региона или локалитета, чији се квалитет, углед или друга својства углавном могу приписати њеном географском пореклу.

У Србији сектор јаких алкохолних пића је регулисан Законом о јаким алкохолним пићима.³ Овај Закон регулише производњу, промет, декларисање, као и заштиту географских ознака јаких алкохолних пића. Регистроване географске ознаке уживају правну заштиту од:

1) сваке директне или индиректне комерцијалне употребе за производе који нису обухваћени регистрацијом, ако су ти производи упоредиви са јаким алкохолним пићем регистрованим са том географском ознаком или ако таква употреба регистроване географске ознаке искоришћава њен углед;

2) сваке погрешне употребе, имитације или подсећања, чак и када је право порекло производа наведено или од употребе географске ознаке у преводу или употребе заједно са изразима као што су „налик”, „попут”, „као”, „типа”, „у стилу”, „произведено”, „арома”, или сличним појмовима;

3) употребе лажних, обмањујућих или података који доводе у заблуду потрошача у погледу изворности, порекла, природе или битних особина при опису, представљању или декларисању производа, чиме се стиче погрешан утисак о његовом пореклу;

4) било којих других поступака којима се потрошач доводи у заблуду о правом пореклу производа.⁴

II ПРАКСА СУДА ПРАВДЕ ЕУ О ЗАШТИТИ ГЕОГРАФСКИХ ОЗНАКА ЈАКИХ АЛКОХОЛНИХ ПИЋА

Суд правде ЕУ је имао прилику да тумачи чл. 16 Уредбе 110/2008, који прописује садржину заштите географских ознака јаких алкохолних пића, у спору око географске ознаке „Scotch Whisky”.⁵ Спор је настао између

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0110>.

² Уредба 510/2006 је замењена Уредбом 1151/2012. Ова Уредба се, такође, не односи на јака алкохолна пића.

³ „Сл. гласник РС“ бр. 92/2015. Ступањем на снагу овог Закона престао је да важи Закон о ракији и другим алкохолним пићима („Сл. гласник РС бр. 41/2009).

⁴ Чл. 16 Закона о јаким алкохолним пићима. Исту садржину заштите за регистроване географске ознаке предвиђа Уредба 110/2008 у чл. 16.

⁵ Пресуда у предмету C-44/17 је доступна на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-44/17>.

организације „Scotch Whisky Association“⁶ из Уједињеног Краљевства и немачког продавца који је путем интернета продавао виски произведен у Немачкој под називом „Glen Buchenbach“. Етикета на боцама спорног вискија је садржала стилизовани цртеж ловачког рога и податке: „Waldhornbrennerei“ (дестилерија Валдхорн), „Glen Buchenbach“, „Swabian Single Malt Whisky“ (швапски сингл малт виски), „Deutsches Erzeugnis“ (немачки производ), „Hergestellt in den Berglen“ (произведено у Берглену). Организација SWA је поднела тужбу надлежном суду у Хамбургу са захтевом да се немачком продавцу забрани продаја вискија, који није шкотски виски, под називом „Glen Buchenbach“. По мишљењу тужиоца коришћење тог назива је у супротности са чл. 16, тачке а, б и ц Уредбе 110/2008, која се, између осталог, односи и на географску ознаку „Scotch Whisky“.⁷ Будући да Уредба 110/2008 пружа заштиту не само за случајеве неовлашћене употребе регистроване ознаке као такве, већ и сваког податка којим се упућује на заштићено географско порекло, организација је у употреби ознаке „Glen Buchenbach“ видела повреду заштићене географске ознаке „Scotch Whisky“. Glen је галска реч за уску долину и саставни елеменат жига већег броја шкотских вискија,⁸ а такође мањег броја ирских и других вискија.⁹

Надлежни суд у Хамбургу је приметио да у свим досадашњим пресудама Суда правде ЕУ о повреди регистрованих географских ознака је постојала фонетска или визуелна сличност. Суд је додуше у једном случају само истакао да се приликом утврђивања повреде географске ознаке може узети у обзир и појмовна блискост између спорног имена и заштићеног знака.¹⁰ Осим тога, у прилог постојања повреде географске ознаке може говорити и околност да сличност између назива који се упоређују није плод случајне околности.¹¹ Међутим, Суд у Луксембургу се до сада није бавио питањем да ли повреда регистроване географске ознаке постоји и у случају одсуства фонетске или визуелне сличности, односно постојања само појмовне блискости.¹² О томе је Суд правде имао да одлучи у спору око коришћења

⁶ Удружење „Scotch Whisky Association“ (SWA) је трговачка организација која је основана 1942. године са циљем да промовише индустрију шкотског вискија. Шкотска индустрија вискија је важан део шкотске привреде, а посебно шкотско извозно тржиште.

⁷ Видети прилог III Уредбе 110/2008.

⁸ Нпр. Glenfiddich, Glenmorangie.

⁹ Нпр. Glen Breton.

¹⁰ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-132/05. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-132/05>.

¹¹ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-75/15. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=c-75-15>.

¹² Појмовна блискост значи да спорни елемент знака код циљане јавности побуђује било какву асоцијацију на регистровану географску ознаку или географско подручје.

ознаке „Glen Buchenbach“.¹³ Одлука Суда има значај не само за заштиту јаких алкохолних пића на основу Уредбе 110/2008, већ и за заштиту вина, ароматичних вина, пољоприврених и прехранбених производа. За све ове производе постоје посебни прописи који штите њихове географске ознаке. Међутим, чињенична стања неопходна за постојање повреде у свим овим прописима језички се највећим делом поклапају.¹⁴ Осим тога, Суд је у два наврата посредно истакао да ове прописе треба тумачити на начин који омогућује њихову уједначену примену.¹⁵

Сви европски прописи о заштити географских ознака разликују следеће модалитете повреде:

- директна комерцијална примена за производе који су упоредиви са производима означеним регистрованим називом,
- директна комерцијална примена за производе који нису упоредиви са производима означеним регистрованим називом, а чијим коришћењем се искоришћава углед заштићеног назива,
- индиректна комерцијална примена за производе који су упоредиви са производима означеним регистрованим називом,
- индиректна комерцијална примена за производе који нису упоредиви са производима означеним регистрованим називом, а чијим коришћењем се искоришћава углед заштићеног назива,
- злоупотреба, имитација или подсећање (алузија)
- друга преварна поступања.¹⁶

У наставку раду ће бити размотрени сви ови модалитети повреде.

III (ИН)ДИРЕКТНА КОМЕРЦИЈАЛНА ПРИМЕНА РЕГИСТРОВАНОГ НАЗИВА

Суд правде ЕУ је у својим одлукама већ истакао да не само употреба регистрованог имена као таквог, него и његова употреба у преводу може представљати директну примену. Примера ради, неовлашћено коришћење не само назива „Cognac“, него и финског превода „Konjakki“ представља

¹³ Суд је, дакле, требало да одлучи да ли је фонетска и/или визуелна сличност између предметних знакова нужан услов за постојање повреде, будући да у спорном случају таква сличност не постоји.

¹⁴ За пољопривредне и прехранбене производа видети чл. 13 Уредбе 1151/2012, за вина чл. 103 Уредбе 1308/2013, а за ароматична вина чл. 20 Уредбе 251/2014.

¹⁵ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-393/16, као и у предмету C-56/16 P. Текст прве пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-393/16>, а друге пресуде на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-56/16%20P>.

¹⁶ Као што је напред у раду истакнуто, исте модалитете повреде прописује у чл. 16 наш Закон о јаким алкохолним пићима.

директну примену регистрованог назива „Cognac“.¹⁷ Осим тога, коришћење немачке речи „Champagner“ је директна примена регистрованог назива „Champagne“.¹⁸ Из ових примера, произилази да за (ин)директну примену није потребан потпуни идентитет спорног знака и регистрованог назива.

У својој последњој пресуди Суд правде ЕУ је још јасније објаснио појам (ин)директна примена регистрованог назива. Наиме, не само директна, него и индиректна примена регистрованог назива претпоставља да је спорни знак са регистрованима називом идентичан или да између њих постоји фонетска или визуелна сличност.¹⁹ Ако би за постојање (ин)директне употребе била довољна чиста асоцијација на регистровану географску ознаку или са њом повезано географско подручје, други модалитети повреде би изгубили свој практични значај.

Фонетски и визуелни идентитет није довољан услов за „примену регистрованог имена“. Примера ради, жигом заштићени знак „Port Charlotte“ за виски садржи регистровани географски назив „Port“ за вино.²⁰ Суд је при том сматрао да израз „Port Charlotte“ треба разумети као логичку и концептуалну целину која упућује на луку, односно место на обали мора или реке, а не као упућивање на вино из Порта. Упркос фонетском и визуелном идентитету, Суд у коришћењу знака „Port Charlotte“ није видео примену регистрованог назива „Port“. Другим речима, примена регистрованог назива не постоји када се спорни знак, упркос идентитету или великој сличности из семантичких разлога не може разумети као заштићени назив.

Пресуда „Port Charlotte“ Суда правде ЕУ се наслања и на особеност речи „Port“, која осим ликерског вина из португалског града Порто, на француском и енглеском језику има значење лука. Такви посебни случајеви се узимају у обзир приликом испитивања примене регистрованог имена. Они се у пракси ипак ретко појављују.²¹

Суд правде ЕУ прави разлику између директне и индиректне примене. Директна примена постоји у случају коришћења регистрованог назива на роби самој, а индиректна примена постоји када се регистровани назив користи у реклами или другим маркетиншким средствима или

¹⁷ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-4/10. Текст пресуде је доступан на адреси: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-4/10>.

¹⁸ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-393/16.

¹⁹ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-344/17.

²⁰ У E-Bacchus базу података су регистровани називи: „Oporto“, „Portvin“, „Portwein“, „Portwijn“, „Vin de porto“, „Port wine“, „Port“, „Vinho do porto“ и „Porto“. Реч је о називима који се на различитим језицима састоје било од два елемента, односно речи „port“ или „porto“ и „vin“, било од једног елемента, односно речи „Oporto“ или „porto“.

²¹ V. Schoene, *Anmerkung zu EuGH Urteil vom 14.09.2017. C-57/16 P, ZLR 2017/06, 734.*

документима.²² Ипак, услови за повреду регистрованог назива су исти без обзира на облик примене. Претпоставке повреде су да се спорни назив користи за производе који су упоредиви са производима означеним регистрованим називом или да се (ин)директним коришћењем регистрованог назива искоришћава његов углед.

Појашњење појма „упоредиви производи“ има велики практични значај приликом утврђивања постојања повреде регистрованог географског назива. Наиме, када се потврди примена регистрованог назива и упоредивост производа, онда постоји повреда регистрованог назива у смислу чл. 16, ст 1(а) Уредбе 110/2008, без могућности да се врше било какве процене постојања повреде. Међутим, када се потврди примена регистрованог назива, али не и упоредивост производа, онда је повреда регистрованог назива могућа једино у случају искоришћавања угледа регистрованог назива. Будући је искоришћавање угледа повезано са нелојалним коришћењем регистрованог назива, процене постојања повреде регистрованог назива су могуће у овом случају. Ипак у спору око коришћења ознаке „Glen Buchenbach“, искоришћавање угледа регистрованог назива „Scotch Whisky“ је без значаја, будући да је упоредивост производа неспорна. Наиме, и регистровани назив и спорни назив се користе за означавање вискија.

Из раније праксе Суда правде ЕУ може се утврдити дефиниција појма „упоредивост производа“. У случају „Konjakk/Cognac“ Суд је потврдио упоредивост између ликера и ракије. Мерила којима се Суд при том руководио су: иста врста робе, сличан циљ примене, исти канали продаје и слична правила продаје.²³

Упоредивост производа се не утврђује из позиције стручњака који добро познају заштићени назив и његову спецификацију. Напротив, приликом те оцене мора се поћи од перцепције просечног потрошача који је уобичајено обавештен, разумно пажљив и опрезан.²⁴

У спору око коришћења ознаке „Glen Buchenbach“ Суд није морао да се бави питањем искоришћавања угледа регистрованог назива „Scotch Whisky“. Наиме, у овом случају упоредивост производа је била евидентна, будући да се оба назива користе за обележавање вискија. Овим питањем Суд је имао прилику да се бави у спору око ознаке „Champagner Sorbet“. У том смислу, Суд је истакао да „искоришћавање угледа подразумева употребу регистрованог назива чији је циљ неоправдано искоришћавање

²² Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-44/17.

²³ Детаљно о овим мерилима у: V. Schoene, *Verletzungstatbestände bei geschützten geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen*, GRUR 8/2018, 786-787.

²⁴ У том смислу видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-75/15.

његовог угледа“.²⁵ Искоришћавање угледа подразумева, дакле, као што и сама реч „искоришћавање“ показује, моменат нелојалности.²⁶

IV ЗЛОУПОТРЕБА, ИМИТАЦИЈА ИЛИ ПОДСЕЋАЊЕ НА РЕГИСТРОВАНИ НАЗИВ

Уредба 110/2008 у чл. 16, ст. 1(а) штити регистроване географске ознаке од сваке злоупотребе, имитације или подсећања на регистровану географску ознаку.²⁷ Појам подсећање (алузија) на регистровану географску ознаку дефинисан је у чл. 2, ст. 1(д) Уредбе 716/2013 о утврђивању правила за примену Уредбе 110/2008.²⁸ У смислу овог прописа, „алузија“ значи директно или индиректно упућивање на једну или више категорија јаких алкохолних пића или ознака географског порекла, осим упућивања у сложеници или попису састојака из чл. 9, ст. 9 Уредбе 110/2008. Иста Уредба у чл. 4 прописује да алузија на категорију јаког алкохолног пића или ознаку географског порекла код презентовања прехранбеног производа не сме се налазити у истом реду као и трговачки назив. У случају алкохолних пића алузија се исписује фонтом мањим од оног коришћеног за трговачки назив и сложеницу. Оба прописа ипак не дају ближе појашњење појма „директна/индиректна“, као и појма „упућивање“ што је утицало да их Суд правде ЕУ занемари приликом одлучивања.²⁹

У досадашњој пракси Суда правде ЕУ појам „алузија“ је подразумевао увек фонетску или визуелну сличност између знакова који се пореде. Алузија је, при том, обухватала ситуацију у којој појам који се користи за означавање производа укључује део заштићеног назива, тако да се у мислима потрошача који се сусретне с именом производа као референтна слика појави производ с том ознаком.³⁰ Међутим, у спору око ознаке „Glen Buchenbach“ Суд истиче да утврђивање фонетске и визуелне сличности спорног назива са заштићеном географском ознаком није нужан услов за доказивање постојања „алузије“ у смислу чланка 16, ст 1(б) Уредбе 110/2008. Он је наике само један од критеријума који национални суд мора узети у обзир када оцењује да ли се у мислима потрошача, који се сусреће с именом дотичног производа, као референтна слика јавља

²⁵ Видети пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-393/16.

²⁶ V. Schoene, Ibid., 787.

²⁷ О злоупотреби и имитацији као облицима повреде регистрованих географских ознака детаљније у: С. Спасојевић, *Колизија географских ознака и жигова*, докторска дисертација, Крагујевац, 2013, 103-111.

²⁸ Текст Уредбе 716/2013 је доступан на адреси:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/?uri=CELEX:32013R0716>.

²⁹ V. Schoene, Ibid., 787.

³⁰ Видети нпр. пресуду Суда правде ЕУ у предмету C-75/15.

производ са заштићеном географском ознаком. Из тога произилази да није искључено да „алузија“ може бити значајна чак и кад не постоји таква сличност.

Имајући у виду како је Суд правде ЕУ појаснио појам „алузија“ у спору око ознаке „Glen Buchenbach“, надлежни немачки суд сада треба да истражи да ли се директно у мислима просечног европског потрошача, који је уобичајено обавештен, разумно пажљив и опрезан, јавља заштићена географска ознака, тј. ознака „Scotch Whisky“, када се сретне са сличним производом који носи спорни назив, у конкретном случају „Glen“.

У ранијим пресудама Суд правде ЕУ је појаснио да приликом утврђивања алузије на регистровану географску ознаку опасност замене не игра никакву улогу. У најновијој пресуди о заштити географских ознака Суд је истакао да „алузија“ може постојати иако је наведено стварно порекло производа. Другим речима, околност да спорни назив упућује на место производње које познају потрошачи државе чланице у којој се тај производ производи није релевантна у оквиру оцене појма „алузија“ у смислу чланка 16, ст.1(б) Уредбе 110/2008. Наиме, ова одредба штити регистроване географске ознаке од сваке алузије на целом подручју Уније. Осим тога она се, имајући у виду потребу гарантовања ефикасне и уједначене заштите наведених ознака на целом подручју Уније, односи на све потрошаче с тог подручја.

V ЗАКЉУЧАК

Спор око ознаке „Glen Buchenbach“ открива прави шкотски проблем око вискија. Наиме, вештина дестилације вискија је развијена у Шкотској и Ирској. Међутим, последњих година ова вештина се развијала широм света, тако да је истакнути и контроверзни водич за виски „Jim Murray’s Whisky Bible“ из 2015. године јапански дестилат први пут крунисао за најбољи у свету. Шкотски виски, при том, није увршћен ни у првих пет. Од тада постоји велика забринутост да свет може заборавити да је колевка производње вискија у Шкотској. Осим тога, промет вискија чини тренутно једну петину свих извоза хране из Велике Британије.

Пресуда Суда правде ЕУ у спору око ознаке „Glen Buchenbach“ иде у прилог шкотским произвођачима вискија. Међутим ова пресуда је отворила нека занимљива питања. Наиме, коначну одлуку у овом спору треба да донесе надлежни суд у Хамбургу. За случај да овај суд донесе одлуку да немачки виски не може носити ознаку „Glen Buchenbach“, поставља се питање да ли шкотски произвођачи могу користити ову реч за обележавање вискија који није пореклом из Шкотске. Са друге стране, спорно је и питање да ли на пример произвођач из Единбурга може користити ознаку „Edinburgh Whisky“ за виски који не испуњава услове из спецификације шкотског вискија. За случај да је по

оцени суда коришћење знака „Glen Buchenbach“ позивање (алузија) на регистровану ознаку „Scotch Whisky“, онда би тим пре коришћење ознаке „Edinburgh Whisky“ могло представљати алузију на ознаку „Scotch Whisky“.

Хипотетички случај „Scotch Whisky/ Edinburgh Whisky“ подсећа на коегзистенцију ознака „Bayerisches Bier“ и „Münchener Bier“. Раније регистрована географска ознака „Münchener Bier“ није представљала препреку за регистрацију ознаке „Bayerisches Bier“, иако би се у речи „Bayern“ могло препознати позивање на ознаку „München“.³¹ Овај случај је показао да се после регистрације географске ознаке може користити име дела области или име околне области за нову регистрацију. Питање је, ипак, како се у тим случајевима испитује позивање (алузија) на регистровану географску ознаку.

Догматски овај проблем би могао да се реши са позивом на чл. 6, ст. 3 Уредбе 1151/2012. Ако се у смислу овог прописа могу регистровати имена која исто гласе, што значи да ова имена и пре њихове регистрације могу коегзистирати на тржишту, онда из тога по принципу *a maiori ad minus* следи да је коегзистенција тим пре могућа када нерегистровано име није ни звучно ни визуелно, већ само појмовно блиско регистрованом имену. Додатни услови за коегзистенцију су да се обе варијанте производа разликују, као и да коегзистенција не представља превару.

Уредба 1151/2012 нуди дакле у чл. 6, ст. 3 могућност за коегзистенцију регионалних имена на тржишту у ситуацији када је једно име већ регистровано, а друго није.

Sonja Lučić, LL.D*

PROTECTION OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS OF SPIRIT DRINKS

Summary

The Court of Justice of the European Union (CJEU) published an interesting judgement in Case C-44/17. Following the action initiated in Germany by the Scotch Whisky Association (SWA), the Court of Hamburg had asked the CJEU to interpret EU legislation on GIs spirit drinks (Regulation (EC) No 110/2008), in particular with respect to the depth of "evocation". The

³¹ У обрнутом следу регистрације у речи „München“ би се могло препознати позивање на ознаку „Bayern“.

* Assistant professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

case opposes the SWA and a distillery located in Germany, which produces and markets whisky under the designation "Glen Buchenbach". The product's label also indicates "German product". The SWA considers that the use of the term "Glen", in connection with whisky, infringes the GI "Scotch Whisky" as it is liable to cause consumers to make an inappropriate connection to the GI. "Glen" in fact is widely used in Scotland to refer to "valley" and is an element of the trade mark of Scotch Whisky producers.

With respect to the concept of evocation, which is a powerful tool to protect GIs against the exploitation of their reputation and other practices which aim at establishing a connection between the products sold and GIs, the main elements of the judgement are: The "conceptual" proximity between a GI and the contested name can result in an evocation. This has to be evaluated by national courts, taking into account the fact that an average European consumer, who is reasonably well informed and observant and circumspect, when confronted with the name at issue, the image triggered in his mind is that of the product whose indication is protected. This is the first case which puts it beyond doubt that evocation can exist even where the name at issue is not similar phonetically or visually to the GI. The indication of the true origin of the good at issue does not exclude automatically the evocation of a GI.

As a result, in the present case, the German court will have to determine whether an average European consumer thinks directly about the GI "Scotch Whisky" when he is confronted with a comparable product bearing the name "Glen" ("Glen Buchenbach" whisky).

Key words: *Regulation (EC) No 110/2008, Concept of 'indirect use' of a registered geographical indication, Concept of 'evocation' of a registered geographical indication, Concept of 'false or misleading indication', Requirement for identity with the indication, phonetic and/or visual similarity, or some kind of association of ideas in the mind, spirit drinks.*

Др Борко Михајловић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.72

ПРОМЕНЕ У ПРАВНОМ РЕГУЛИСАЊУ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ У КОЈИМА ПОСТОЈИ ЛИЧНИ ИНТЕРЕС**

Рад примљен: 10. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Измене и допуне Закона о привредним друштвима из јуна 2018. године значајно су утицале на дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, као једну од пет посебних дужности према привредном друштву, које постоје у српском компанијском праву. Основне новине у овој области инспирисане су изменама Директиве ЕУ о правима акционара из маја 2017. године. Предмет овог рада је анализа садржаја поменутих новина и њихов однос са прописима који нису мењани, као и усаглашеност са напред поменутом Директивом, кроз приказ поступка примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Аутор у раду анализира сваку фазу поступка примене дужности пријављивања понаособ, посебно указујући на новине у српском праву које сматра неадекватним. На крају, аутор даје конкретне препоруке законодавцу у циљу побољшања постојећег правног режима дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес.

Кључне речи: *дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, лични интерес, посебне дужности према привредном друштву, одобрење правног посла или радње у којима постоји лични интерес, јавно објављивање правног посла или радње у којима постоји лични интерес.*

I УВОД

Последње измене и допуне Закона о привредним друштвима из јуна 2018. године¹ донеле су и неколико новина у вези са посебном дужношћу

* Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, bmihajlovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.*

¹ Службени гласник Републике Србије, бр. 44/2018.

пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, која несумњиво представља важан институт компанијског права. Основне новине се односе на прописивање нове, додатне обавезе у поступку одобрења правног посла или правне радње у случају постојања личног интереса (обавеза сачињавања извештаја о процени тржишне вредности предмета правног посла или радње, условљена одређеном књиговодственом вредношћу посла или радње), на прописивање обавезе објављивања обавештења о закљученом правном послу, односно предузетој правној радњи на интернет страници привредног друштва или Агенције за привредне регистре, као и на прописивање нових случајева који су изузети од обавезе одобрења. Ове новине треба првенствено посматрати у контексту доношења Директиве о измени Директиве бр. 2007/36/ЕС у погледу подстицања дугорочног учешћа акционара из 2017. године (у даљем тексту: Директива),² којима су предвиђена нека начела, као смернице за конкретно регулисање послова и радњи са личним интересом.

Предмет овог рада је анализа садржаја поменутих новина и њихов однос са прописима који нису мењани, као и усаглашеност са напред поменутом Директивом, кроз приказ поступка примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Овај поступак подразумева четири фазе: 1) утврђивање постојања правног посла или радње са личним интересом; 2) пријављивање правног посла или радње са личним интересом надлежном органу привредног друштва; 3) одобрење правног посла или радње са личним интересом; 4) објављивање обавештења о закљученом правном послу или радњи са личним интересом.

II УТВРЂИВАЊЕ ПОСТОЈАЊА ПРАВНОГ ПОСЛА ИЛИ РАДЊЕ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

Према Закону о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПД),³ лични интерес постоји у случају: 1) закључивања правног посла између друштва и лица са дужностима (или са њим повезаног лица), 2) правне радње коју друштво предузима према лицу са дужностима (или према са њим повезаном лицу); 3) закључивања правног посла између друштва и трећег лица, односно предузимања правне радње друштва према трећем лицу, ако је то треће лице са лицем са дужностима (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу и ако се може очекивати да постојање тог односа утиче на његово поступање; 4) закључивања правног посла, односно предузимања

² Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement (*Official Journal of the European Union*, L 132/1).

³ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018.

правне радње друштва, из које треће лице има економски интерес, ако је то треће лице са њим (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу, и ако се може очекивати да постојање тог односа утиче на његово поступање.⁴ Иако у дефинисању личног интереса српски законодавац ништа није мењао, једна од измена ЗПД, а која се односи на изузетак од обавезног одобрења правног посла или радње са личним интересом (ова обавеза не стоји за случај да вредност правног посла или правне радње у којој постоји лични интерес износи мање од 10% од књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања)⁵ прилично задире у суштину појма личног интереса. Зашто? Примена овог изузетка практично доводи до елиминисања најзначајније фазе у поступку примене дужности пријављивања код великог броја послова и радњи. Иако се обавеза јавног објављивања обавештења о закљученим правним пословима и предузетим правним радњама односи на све послове и радње са личним интересом, питање је у којој мери она може ублажити негативне последице претходне чињенице.

На овом месту важно је напоменути да Директива уводи појам битних правних послова, односно послова од материјалног значаја (енг. *material transactions*), чије крајње дефинисање је препуштено државама чланицама уз прописивање оквирних критеријума: утицај који информације о правном послу могу имати на економске одлуке акционара јавног акционарског друштва⁶ и ризике које правни посао ствара за друштво и његове акционаре који немају лични интерес, укључујући мањинске акционаре.⁷ Економском одлуком акционара треба сматрати првенствено одлуку о куповини или продаји акција друштва, односно треба проценити да ли на евентуалне одлуке акционара о куповини или продаји утиче закључивање правног посла или предузимање правне радње са личним интересом. Ризик који конкретан посао или радња могу створити за друштво произилази из чињенице да се овим пословима и радња може незаконито присвајати имовина привредног друштва од стране лица са посебним дужностима.⁸ Поред ових критеријума, при дефинисању битних правних послова државе чланице одређују један или више квантитативних критеријума који се темеље на утицају посла на финансијски положај, приходима, имовини, капитализацији, укључујући власничке инструменте, или промету привредног друштва, или узимају у обзир природу посла или положај лица са посебним дужностима, које има

⁴ ЗПД, чл. 65 ст. 3; детаљније о случајевима постојања личног интереса, вид.: Б. Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2018, 131-136.

⁵ ЗПД, чл. 66 ст. 10 тач. 1.

⁶ Подручје примене Директиве ограничено је на јавна акционарска друштва (Директива, чл. 1 ст. 1.).

⁷ Директива, чл. 9ц ст. 1.

⁸ Лица са посебним дужностима према привредном друштву одређена су у чл. 61 ст. 1. ЗПД.

лични интерес.⁹ Државама чланицама остављена је могућност различитог дефинисања битних правних послова који су предмет обавезе јавног објављивања и послова који су предмет одобрења.

Иако ове критеријуме није једноставно применити, решење којем је прибегао српски законодавац и сувише делује само као покушај формалног усклађивања са текстом Директиве, без проницања у њен дух и интенције. Неспорно је да је законодавац прописивањем изузетка од одобрења у случају да вредност правног посла или правне радње у којој постоји лични интерес износи мање од 10% од књиговодствене вредности укупне имовине друштва желео да примени један од квантитативних критеријума прописаних у чл. 9ц ст. 1. Директиве. Али, примена квантитативног критеријума на напред наведени начин има бројне слабости, а може водити чак и до различитих злоупотреба овог критеријума од стране лица са посебним дужностима.

Пре свега, ако наведено правило посматрамо са аспекта законодавне технике можемо закључити да оно није најисправније решење. Сваки изузетак би требало да се примењује на ограничен, узан круг фактичких ситуација. У супротном, онда то више није изузетак. Послови и радње између привредног друштва и лица са посебним дужностима чија вредност не прелази 10% књиговодствене вредности имовине друштва, посебно у нашем правном систему, веома су бројни. Дакле, прописивање квантитативног критеријума за одвајање битних од небитних послова, ако бисмо занемарили друге слабости које он има, требало би извршити одредбом којом се дефинишу случајеви постојања личног интереса.

Усвајањем квантитативног критеријума на напред описани начин послови и радњи, чија вредност не прелази 10% књиговодствене вредности имовине, изузети су од обавезе одобрења, али нису од обавезе пријављивања. Зато се оправдано поставља питање која је сврха пријављивања посла или радње надлежном органу друштва, ако исти или други законом одређен надлежни орган не може одлучивати о одобрењу тог посла или те радње. Без обзира на чињеницу што се на овај начин губи основна сврха пријављивања, одговор би могао бити да је обавеза пријављивања задржана, односно да и даље постоји, управо због обавезе јавног објављивања обавештења о закљученом послу или предузетој радњи. Овде можемо констатовати да је српски законодавац применио одредбу Директиве којом се државама чланицама ЕУ дозвољава утврђивање посебних критеријума за наметање обавезе одобрења и посебних критеријума за наметање обавезе јавног објављивања. Међутим, примена Директиве ограничена је само на јавна акционарска друштва, чији је утицај на привредно окружење у којем послују огроман и чије пословање је обично под будним оком јавности. Код таквих компанија може се рећи да је прописивање обавезе пријављивања и јавног објављивања посла и радње са личним интересом неопходно, јер утицај

⁹ Директива, чл. 9ц ст. 1.

тржишта, јавности, берзе и друштва у социолошком смислу није занемарљив. Потпуно је другачија слика када ову обавезу сагледамо у контексту малих и средњих привредних друштава и затворених форми друштава уопште, на која ће се ова одредба, такође, примењивати (у тржишном окружењу већине националних привреда ове врсте привредних друштава бројчано су доминантне). Но, без обзира на очигледно већи значај обавезе јавног објављивања код већих компанија, не може се занемарити ни постојање сврхе примене ове обавезе код малих и средњих друштава. Ова сврха огледа се у обавештавању чланова привредног друштва, поверилаца, запослених и других заинтересованих лица о утицају који посао или радња могу имати на вредност привредног друштва,¹⁰ као и у евентуалном покретању одговарајућег судског поступка од стране заинтересованих лица након сазнања за спорни посао или радњу (нпр. повериоци могу поднети тужбу за пробијање правне личности, ако се присвајањем имовине друштва од стране члана друштва, који је субјекат посебних дужности, кроз правни посао између привредног друштва и овог члана испуне услови за примену института пробијања правне личности).

Посебно је питање који је мотив законодавца да као праг обавезе одобрења установи 10% књиговодствене вредности имовине. Наиме, ради се о врло високом прагу за наметање обавезе одобрења (примера ради, једна од припремних верзија Директиве прописивала је као границу само 5% вредности имовине),¹¹ чиме је мноштво послова и радњи мање вредности, али свакако не безначајних за пословање и функционисање привредног друштва изузето од одобрења. Овако висок праг оставља могућност за бројне злоупотребе, које би настале као последица закључивања послова и предузимања радњи „мање“ вредности.

Из досадашње анализе прописа произилази несумњива потреба српског компанијског права за утврђивањем разлике између битних послова и радњи са личним интересом, односно таквих послова и радњи који имају материјални значај, и оних који то нису, применом више различитих критеријума. Иако Директива оставља велику слободу државама чланицама ЕУ, као и оним земљама које своје законодавство усклађују са правом ЕУ, у дефинисању битних послова и радњи са личним интересом, већ је речено да важећи ЗПД не следи суштину, дух, циљеве Директиве. Суштина критеријума прописаних Директивом је проналажење избалансиране, вешто нијансиране дефиниције, којом треба обухватити све оне послове који имају утицаја на пословање привредног друштва и економске одлуке његових чланова. Решење чија примена зависи искључиво од једног критеријума свакако није

¹⁰ Преамбула Директиве, тач. 44.

¹¹ Вид.: М. Roth, *Related party transactions: board members and shareholders – European Commission proposal and beyond*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2710128, датум посете: 02.12.2018.

нијансирано и вешто осмишљено. Али, шта је алтернатива? Основно питање које се поставља пред српским законодавцем у вези са дефинисањем битних послова и радњи са личним интересом и оних који то нису (послова и радњи за које је потребно одобрење и оних за које оно није потребно) је следеће: да ли ове послове треба дефинисати прописивањем једног или више јасних, недвосмислених и једноставно примењивих критеријума, који не остављају могућност различитог тумачења, или, пак, треба усвојити нешто шириу, флексибилнију дефиницију, која оставља могућност да применом различитих критеријума и неки, можда на први поглед, безначајни правни послови, буду сврстани у битне правне послове. Са једне стране, на тржишту попут српског, у којем принципи савремене тржишне економије још увек нису дубоко укорени, у којем послови и радње са личним интересом често могу бити пут присвајања имовине привредног друштва, и у земљи у којој судска пракса готово да не постоји у примени одредаба о пословима и радњама са личним интересом, треба тежити прописивању једноставних и лако примењивих критеријума. Ипак, прописивање једног јединог критеријума свакако није решење које треба подржати. Ако се, полазећи од прилика у српском тржишном окружењу, определимо за јасну дефиницију засновану искључиво на квантитативним критеријумима много је целисходније прописати неколико различитих критеријума, при чему би се конкретан посао или радња сматрала битним ако су испуњени сви критеријуми кумулативно или законом одређен број прописаних критеријума (на пример, два од три критеријума). Поред квантитативних критеријума, који понекад могу довести до нежељених резултата у практичној примени (нпр. критеријум је 5% вредности годишњих прихода друштва, а вредност предмета конкретног правног посла или радње је једнака вредности од 4,9% годишњих прихода), целисходно је прописивање и неких додатних, квалитативних критеријума, попут оних предвиђених Директивом: природа посла, положај лица са посебним дужностима или са њим повезаног лица, тржишни услови под којима је посао закључен итд. Овде ваља напоменути чињеницу да се српски законодавац дотиче ових квалитативних критеријума при утврђивању обавезе јавног објављивања обавештења о закљученом послу или предузетој радњи са личним интересом. Ова чињеница несумњиво доприноси потреби утврђивања квалитативних критеријума и при дефинисању битних послова и радњи.

Изменама ЗПД за потребу примене института дужности пријављивања правних послова и радњу у којима постоји лични интерес дефинисан је и појам повезаних правних послова, односно правних радњи. Под једним правним послом, односно под једном правном радњом која се одобрава у складу са ЗПД, сматраће се више повезаних појединачних послова, односно правних радњи извршених у периоду од годину дана, при чему се као време настанка узима дан предузимања последњег правног посла, односно извршења

последње правне радње.¹² Овде се ради о појединачним пословима, односно правним радњама који се предузимају ради остваривања истог циља, односно сврхе или чија повезаност произлази из природе правног посла ради чијег се извршења ти правни послови и правне радње предузимају.¹³ Изузетно, једним правним послом, односно радњом не сматра се истовремено успостављање заложног права, хипотеке или другог средства обезбеђења које привредно друштво даје ради обезбеђења сопствене обавезе по уговору о кредиту, зајму или другом правном послу, у ком случају се највећа вредност појединачне правне радње, односно правног посла узима као вредност по којој се утврђује постојање обавезе одобрења конкретног посла или радње.¹⁴

III ПРИЈАВЉИВАЊЕ ПРАВНОГ ПОСЛА ИЛИ РАДЊЕ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

Друга фаза примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес у српском праву, која следи након утврђивања да у конкретном правном послу или радњи постоји лични интерес, је само пријављивање тог посла или радње надлежном органу привредног друштва. Ова фаза примене дужности пријављивања није била предмет измена и допуна ЗПД, које се анализирају у овом раду. То значи да ЗПД и даље јединствено регулише обавезу пријављивања, без обзира на то који је орган привредног друштва надлежан да касније одлучује о одобрењу правног посла или радње са личним интересом. Лице са посебним дужностима дужно је да одбор директора, односно надзорни одбор, ако је управљање друштвом дводомно, обавести о постојању личног интереса који друштво закључује, односно правној радњи коју друштво предузима.¹⁵ Посебно правило прописано је за случај да друштво има само једног директора. Тада се обавештење о правном послу или правној радњи упућује скупштини, односно надзорном одбору, ако је управљање друштвом дводомно.¹⁶ Надлежном органу друштва морају бити достављене све чињенице од значаја за доношење одлуке о одобравању правног посла, односно предузимања правне радње.¹⁷

Српски ЗПД не даје изричит одговор на питање у ком тренутку постоји обавеза пријављивања правног посла или радње у којима постоји лични интерес. У домаћој правној литератури постоји тумачење према коме се дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични

¹² ЗПД, чл. 66 ст. 11.

¹³ ЗПД, чл. 470 ст. 6. у вези са чл. 66 ст. 12.

¹⁴ ЗПД, чл. 470 ст. 7. у вези са чл. 66 ст. 12.

¹⁵ ЗПД, чл. 65 ст. 1.

¹⁶ ЗПД, чл. 65 ст. 2.

¹⁷ ЗПД, чл. 67 ст. 1.

интерес односи само на послове који још нису предузети, односно на послове које друштво намерава да предузме.¹⁸ Ово тумачење чини се као једино логично и исправно, пошто су послови и радње у којима постоји лични интерес предмет одобрења у складу са чл. 66. ЗПД, односно обавезног јавног објављивања након закључења или предузимања посла или радње.

IV ОДОБРЕЊЕ ПРАВНОГ ПОСЛА ИЛИ РАДЊЕ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

Измене и допуне ЗПД из јуна 2018. године дотичу у веома значајној мери поступак одобрења послова и радњи са личним интересом. Њима је првенствено уведена нова фаза (сачињавање извештаја) која претходи самом давању одобрења, односно одлучивању надлежног органа привредног друштва о судбини предметног правног посла или радње, чија примена зависи од вредности предмета посла или радње у којима постоји лични интерес. Изменама су, такође, исправљени неки, али не и сви, пропусти законодавца у погледу одређивања органа надлежног за давање одобрења посла или радње са личним интересом у српском компанијском праву, а повећан је и број случајева у којима не постоји обавеза прибављања одобрења.

Пре одобравања закључивања правног посла или предузимања правне радње са личним интересом, у случају да вредност предмета тог посла или правне радње износи 10% или више од 10% књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања, орган друштва који је примио обавештење о послу или радњи (одбор директора, односно надзорни одбор, или скупштина, ако друштво има само једног директора), одређује овлашћено лице које ће извршити процену тржишне вредности ствари или права који су предмет правног посла или правне радње и о томе сачинити извештај.¹⁹ Овлашћено лице може бити судски вештак, ревизор или друго стручно лице које је од стране надлежног државног органа Републике Србије овлашћено да врши процене вредности одређених ствари или права, као и привредно друштво које испуњава законом прописане услове да врши процене вредности ствари или права која су предмет процене.²⁰ Увођење извештаја о послу или радњи са личним интересом инспирисано је чл. 9ц ст. 3. Директиве. Овом одредбом Директиве се оставља могућност државама чланицама ЕУ да пропишу обавезу састављања извештаја којим се процењује да ли су

¹⁸ Ј. Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд, 2015, 194.

¹⁹ ЗПД, чл. 66 ст. 2.

²⁰ ЗПД, чл. 51 ст. 1. и ст. 2.

посао или радња поштени и разумни из перспективе привредног друштва и акционара који немају лични интерес у предметном послу или радњи, укључујући и мањинске акционаре, и којим се објашњавају претпоставке на којима је извештај заснован и методе које су коришћење у његовој изради. Лице са дужностима које има интерес у предметном послу или радњи не сме на било који начин да учествује у припреми извештаја.²¹ Српски законодавац определио се да израду извештаја повери независном трећем лицу, што је у потпуности у складу са релевантном одредбом Директиве. Једина значајнија разлика између Директиве и ЗПД огледа се у чињеници да у српском праву не постоји обавеза јавног објављивања извештаја истовремено са објављивањем обавештења о предметном послу или радњи. Уместо објављивања извештаја о процени посла или радње, према ЗПД, он постаје саставни део одлуке којом се одобрава правни посао, односно правна радња у којој постоји лични интерес.²²

Иако то законом није изричито прописано, не би смело да буде дилеме у практичној примени ове одредбе да је извештај неопходно доставити члановима органа надлежног за одлучивање о одобрењу посла или радње са личним интересом пре него што приступе гласању о конкретном послу или радњи. Извештај треба да има опредељујући значај приликом изјашњавања чланова надлежног органа о одобрењу посла или радње и зато би недостављање истог пре самог одлучивања у значајној мери обесмислило обавезу сачињавања извештаја.

Када је реч о изменама органа надлежних за давање одобрења правног посла или радње са личним интересом, у случају друштва са ограниченом одговорношћу измене су направљене за случај постојања личног интереса члана друштва и члана надзорног одбора. Подсећања ради, законска формулација која је важила пре последњих измена, изазивала је недоумице, нејасноће, различита тумачења.²³ Сада је ЗПД-ом недвосмислено прописано да се посао или радња у којима постоји лични интерес члана друштва са ограниченом одговорношћу одобрава обичном већином гласова свих чланова друштва који немају лични интерес, а у случају постојања личног интереса члана надзорног одбора у друштву са ограниченом одговорношћу, посао или радња се одобравају обичном већином гласова свих чланова надзорног одбора који немају лични интерес.²⁴ За случај постојања личног интереса директора, орган надлежан за давање одобрења није промењен, али је сада прописано да се правни посао или радња одобравају обичном већином гласова свих чланова

²¹ Директива, чл. 9ц ст. 3.

²² ЗПД, чл. 66 ст. 3.

²³ Вид.: Б. Михајловић, *op. cit.*, 145.

²⁴ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 2.

друштва *који немају лични интерес*, односно од стране надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно.²⁵

Одредбама које регулишу орган надлежан за одобравање послова и радњи у којима постоји лични интерес само је делимично исправљен пропуст претходне верзије закона, који се састојао у неодређивању органа надлежног за давање одобрења за сва лица која имају посебне дужности. Изменама ЗПД одређен је орган надлежан за давање одобрења у случају постојања личног интереса акционара, али не и за случај постојања личног интереса заступника, прокуристе и ликвидационог управника. Ако постоји лични интерес акционара, предметни посао или радња одобравају се обичном већином свих директора, односно од стране надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно.²⁶

ЗПД сада прописује шест случајева у којима није потребно одобрење правног посла или радње. Први случај изузећа од одобрења, који суштински одређује целокупан поступак примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, већ је био предмет анализе у делу рада који се односи на утврђивање постојања личног интереса. Остали случајеви изузећа од одобрења су: 1) постојање личног интереса јединог члана друштва; 2) постојање личног интереса свих чланова друштва; 3) упис, односно куповина удела, односно акција по основу права пречег уписа, односно права прече куповине чланова друштва; 4) прибављање сопствених удела, односно акција од стране друштва, ако се то прибављање врши у складу са одредбама ЗПД које се односе на сопствене уделе, односно акције, или у складу са одредбама Закона о тржишту капитала (у даљем тексту: ЗТК)²⁷; 5) када је члан друштва који поседује значајно учешће у основном капиталу друштва²⁸ или контролни члан друштва²⁹ Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.³⁰

Прва четири наведена случаја, која су постојала у нашем компанијском праву и пре усвајања измена и допуна закона, могу се сматрати правим изузецима, који се односе на конкретно одређене, специфичне ситуације у којима спровођење поступка одобрења заиста

²⁵ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 2.

²⁶ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 3.

²⁷ *Службени Гласник Републике Србије*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016.

²⁸ Значајно учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 25% права гласа у друштву (ЗПД, чл. 62 ст. 3.).

²⁹ Контрола подразумева право или могућност једног лица, самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, да врши контролни утицај на пословање другог лица путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора (ЗПД, чл. 66 ст. 5.).

³⁰ ЗПД, чл. 66 ст. 10.

није неопходно ни целисходно. Случајеви постојања личног интереса јединог члана друштва, односно свих чланова друштва, су они у којима не постоји разлика између интереса привредног друштва и његових чланова, док су питања права прече куповине удела, односно права пречег стицања акција, као и прибављање сопствених удела, односно акција, регулисана посебним законским одредбама, којима се, између осталог, штите и интереси привредног друштва и његових чланова/акционара. Независно од тога што се у наведеним случајевима ради о правим изузецима, добро је постојање опште обавезе објављивања обавештења о закљученом правном послу или предузетој правној радњи са личним интересом, из разлога заштите интереса трећих лица (поверилаца, запослених итд.)

Међутим, последњи случај изузећа од одобрења, који представља новину у српском компанијском праву, не може се сматрати целисходним. Овим случајем изузети су од поступка одобрења сви правни послови и радње са личним интересом у привредним друштвима у којима Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе поседују најмање 25% права гласа, као и у оним друштвима у којима наведени субјекти поседују мање од 25% права гласа, али се применом законских критеријума сматрају контролним чланом друштва. Дакле, изузеће се примењује како на случајеве у којима постоји лични интерес државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, тако и на случајеве у којима постоји лични интерес другог члана друштва, директора, члана надзорног одбора итд., у свим привредним друштвима у којима поменути субјекти имају законом одређен статус. Нејасни су циљеви и сврха увођења овог изузећа од одобрења, поготово када се узме у обзир чињеница да се на државу када она наступа на тржишту у улози „трговца“, као и оснивача и/или члана привредног друштва, начелно примењују сва правна правила која важе за било ког другог учесника на тржишту.³¹

У ОБЈАВЉИВАЊЕ ОБАВЕШТЕЊА О ЗАКЉУЧЕНОМ ПРАВНОМ ПОСЛУ ИЛИ ПРЕДУЗЕТОЈ ПРАВНОЈ РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

Последња фаза у примени дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом у друштвима капитала, након измена ЗПД из јуна 2018. године, је објављивање обавештења о закљученом послу или предузетој радњи. Друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво дужно је да на својој интернет страници или на интернет страници регистра привредних субјеката објави обавештење о закљученом

³¹ О правном положају државе као „трговца“ вид.: Р. Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, 197-199.

правном послу, односно предузетој правној радњи, са детаљним описом тог посла или радње и све релевантне чињенице о природи и обиму личног интереса, у року од 15 дана од дана закључења тог правног посла, односно предузимања те правне радње.³² Овде наилазимо на још једну неусклађеност ЗПД са одредбама Директиве. Наиме, Директивом се захтева да јавна акционарска друштва објаве битне послове са повезаним лицима *најкасније у тренутку закључења тих послова*. Са наведеном одредбом Директиве нису усаглашене ни релевантне одредбе ЗТК, којим је предвиђено да годишњи извештај о пословању јавног акционарског друштва обавезно садржи све значајније послове са повезаним лицима.³³ Исто тако, и полугодишњи извештај из чл. 52. ЗТК, који се објављује и доставља Комисији за хартије од вредности, садржи податке о значајним трансакцијама између повезаних лица, извршеним у првих шест месеци текуће пословне године, а које су битно утицале на финансијски положај и пословање јавног друштва у том периоду, као и промене у трансакцијама између повезаних лица које су наведене у последњем годишњем извештају, које би могле битно утицати на финансијско стање или резултате пословања друштва у првих шест месеци текуће пословне године.³⁴

Прописивањем обавезе јавног објављивања након закључења правног посла или предузимања правне радње са личним интересом могућност остваривања евентуалних права и интереса заинтересованих лица знатно је отежана у смислу ефикасности и дуготрајности. За случај извршавања ове обавезе од стране привредног друштва пре закључивања правног посла или предузимања радње са личним интересом, остваривање евентуалних права и интереса заинтересованих лица је свакако брже, ефикасније, ефектније и највероватније лишено судских поступака, па се карактер овакве правне норме може сматрати превентивним.

У погледу садржине обавештења Директивом се изричито захтева да оно садржи барем информације о природи односа са лицем са посебним дужностима које има лични интерес, његовом имену, датуму и вредности предметног посла или радње, као и друге информације потребне да би се проценило да ли су посао или радња поштени и разумни из угла привредног друштва и акционара који немају лични интерес, укључујући мањинске акционаре.³⁵ Иако се у ЗПД не помињу директно сви наведени елементи обавештења о закљученом послу или предузетој радњи из Директиве, може се рећи да су они обухваћени детаљним описом посла или радње, који је један од елемената обавештења у српском праву.

³² ЗПД, чл. 66 ст. 9.

³³ ЗТК, чл. 50 ст. 3 тач. 4.

³⁴ ЗТК, чл. 52 ст. 3 тач. 6.

³⁵ Директива, чл. 9ц ст. 2.

VI ЗАКЉУЧАК

Новинама у српском компанијском праву из јуна 2018. године у великој мери је измењен правни режим дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. У новом правном режиму централно место заузима квантитавни критеријум вредности предмета правног посла или радње у којима постоји лични интерес. У случају испуњености услова из наведеног критеријума (ако вредност предмета посла или радње износи 10% или више од 10% од књиговодствене вредности укупне имовине друштва), поступак примене дужности пријављивања (у друштвима капитала) подразумева све четири фазе, о којима је било говора у раду. У супротном, ако услов предвиђен критеријумом није испуњен, поступак примене дужности пријављивања не обухвата фазу одобрења (и сачињавања извештаја о вредности предмета посла или радње, које је део поступка одобрења), већ се састоји од преостале три фазе. Из наведеног произилази да важеће српско компанијско право у поступку примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес придаје неоправдано велики и опредељујући значај једном једином, и то квантитативном критеријуму.

У циљу побољшања постојеће законске регулативе дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, упућујемо неколико конкретних препорука српском законодавцу:

- потребно је направити разлику између битних правних послова и радњи са личним интересом и оних који то нису применом више различитих квантитативних критеријума (нпр. вредност имовине привредног друштва, годишњи приходи друштва, величина привредног друштва, број запослених итд.) и једног или више квалитативних критеријума (природа конкретног посла или радње, природа и обим личног интереса, положај лица са посебним дужностима које има лични интерес итд.);

- тако утврђени битни правни послови и радње у којима постоји лични интерес предмет су обавезног одобрења, док они који то нису остају предмет обавезног пријављивања и јавног објављивања;

- неопходно је одредити орган надлежан за одобрење правног посла или радње са личним интересом за сва лица која имају посебне дужности према друштву;

- потребно је укинути случај изузећа од одобрења када је члан друштва који поседује значајно учешће у основном капиталу друштва или контролни члан друштва Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе;

- дужност извршења обавезе објављивања обавештења о правном послу или радњи у којој постоји лични интерес требало би предвидети пре

закључивања правног посла, односно предузимања радње, чиме би се постигао превентивни утицај.

Borko Mihajlović, LL.D*

CHANGES IN LEGAL REGULATION OF THE DUTY TO REPORT BUSINESSES AND ACTS IN WHICH EXISTS PERSONAL INTEREST

Summary

Amendments and supplements of the Serbian Company Law from June 2018 have significantly influenced the duty to report businesses and acts in which exists personal interest, which represents one of the five special duties towards company, according to the Serbian company law. The basic novelties in this area are inspired by the changes of the EU Directive on shareholders' rights from May 2017. The subject of this paper is analysis of the mentioned changes and their relationship with the law which has not been changed, as well as its compliance with above mentioned Directive, through the overview of the procedure of application of the duty to report businesses and acts in which exists personal interest. The author in the paper analyses each phase of this procedure, while he particularly emphasizes the novelties which he considers as inadequate. Finally, the author gives concrete recommendations to the Serbian legislator, aimed at improvement of current legal regime of duty to report businesses and acts in which exists personal interest.

Key words: *duty to report businesses and acts in which exists personal interest, personal interest, special duties towards company, approval of the business or act in which exists personal interest, public announcement of the business or act in which exists personal interest.*

* Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Др Вељко Влашковић*

Прегледни научни чланак
УДК: 342.731-053.2

ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДУ ВЕРОИСПОВЕСТИ У КОНТЕКСТУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА НА ВАСПИТАВАЊЕ И ОБРАЗОВАЊЕ ДЕТЕТА**

Рад примљен: 03. 12. 2018.

Рад исправљен: 20. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Право детета на слободу вероисповести представља важно право из групе партиципативних права детета које је од изузетног значаја, како у смислу развоја, тако и у контексту идентитета детета. Ипак, поменуто право има мањи правни и практични домаћај у односу на остала партиципативна права детета. Основни разлог за овакав домет права детета на слободу вероисповести јесте што се поменуто право првенствено остварује унутар правног простора у којем родитељи врше право васпитавања и образовања детета. Истовремено, право детета на слободу вероисповести има и спољна ограничења условљена правима и интересима трећих лица, као и интересима ширег друштвеног окружења.

У раду се разматра садржина и домаћај права детета на слободу вероисповести са тежиштем на проблем остваривања наведеног права у домену родитељског права да верски образују своју децу. Такође, посебна пажња посвећује се приступу националних законодавстава у смислу простора који се даје детету ради остваривања права на слободу религије.

Кључне речи: *права детета, слобода вероисповести, слобода испољавања вере, права родитеља, верско образовање детета, ограничење права.*

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Слобода вероисповести представља лично добро сваког појединца, својеврсни мост између унутрашњег света једног човека и његовог породичног и друштвеног окружења. Отуда је, као што истиче француски

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, vlaskovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.*

правник Иг Филшерон (*Hugues Fulchiron*), место религије у друштву тесно везано за традицију, историју, обичаје, навике, односно једном речју, идентитет одређене државе.¹ Истовремено, право на слободу вероисповести део је и личног идентитета сваког појединца, укључујући и дете.

Право детета на слободу вероисповести припада групи партиципативних права детета која извиру из права детета на мишљење као једног од основних принципа Конвенције о правима детета.² Међутим, иако доношење међународног уговора глобалног значаја у којем се предвиђа каталог права детета представља величанствен компромис различитих правних традиција и изузетно хетерогених друштава, КПД није без слабости. У том смислу, унутар граница поменутог међународног уговора присутна је тензија, нарочито између остваривања аутономије детета и признавања родитељима одређеног слободног простора у којем ће вршити своја права из домена старања о личности детета. Типичан пример наведене тензије представља однос између права детета на мишљење и обавезе држава да поштују права и дужности родитеља да детету пружи усмеравање и вођство приликом остваривања права признатих Конвенцијом на начин сагласан развојним способностима детета.³ Поменуто усмеравање и вођство детета посебно долази до изражаја кроз вршење родитељских дужности васпитавања и образовања детета. У наведеном домену родитељског старања о личности детета, право детета на слободу вероисповести тешко може имати домет осталих партиципативних права детета.

Наиме, право детета на слободу вероисповести настоји се омогућити у изузетно сложеном правном амбијенту, где доносиоци одлука покушавају остварити равнотежу између права на верску слободу, са једне стране, и заштите права и интереса других лица и одбране суштинских принципа на којима почива једно друштво, са друге стране.⁴ Када је реч о праву детета на слободу вероисповести, у обзир се мора узети и принцип најбољег интереса детета, као и родитељска права и дужности на васпитавање и образовање детета. Из тог разлога, у правној литератури наглашава се како

¹ H. Fulchiron, *The Family Court Judge Taking Religious Convictions into Account: A French and European Perspective*, International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 5, 2014, 13.

² Конвенција Уједињених нација о правима детета усвојена је резолуцијом 44/25 Генералне скупштине УН од 20. 11. 1989. године. Наша држава ратификовала је Конвенцију наредне године. Вид. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета (КПД), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/1990 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/1997.

³ Уп. чл. 12. и чл. 5. КПД.

⁴ H. Fulchiron, *op. cit.*, 13.

КПД родитељима поверава својеврсну мисију да воде дете у циљу остваривања права на слободу вероисповести.⁵

II ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДУ ВЕРОИСПОВЕСТИ КАО ПАРТИЦИПАТИВНО ПРАВО ДЕТЕТА

Права детета на партиципацију подразумевају истицање у први план активне улоге детета у процесу одлучивања. У том смислу, Комитет за права детета, као надзорни орган за примену КПД, настоји што више сугерисати државама-уговорницама да детету омогуће простор за исказивање сопственог мишљења.⁶ Поменути простор се налази првенствено унутар домена родитељског права, при чему овлашћења родитеља временом бледе и повлаче се пред нарастајућим развојним капацитетима детета. Међутим, право детета на слободу вероисповести представља изузетак од наведене тенденције, где се у значајној мери испољава немоћ Комитета да доследно следи политику афирмације партиципативних права детета. У контексту права детета на слободу вероисповести, најбољи интерес детета се тражи првенствено на размеђи друштвених и родитељских интереса, док мишљење детета остаје у другом плану. Штавише, постоји дубока подељеност око саме сврхе и улоге наведеног права, како унутар националних законодавстава, тако и у судској пракси и правној теорији. При томе, државна интервенција у питања религијске припадности детета представља врло осетљиву и често непожељну појаву, која може бити мотивисана једино недвосмисленим потребом за заштитом физичког или душевног здравља, односно потпуног развоја детета.⁷

Повлачење државе из поменуте области узрокује превласт родитељског права над аутономним правима детета, као ретко где у породичноправним односима.⁸ Међутим, снага родитељских овлашћења наспрам права детета на слободу вероисповести не произилази само из одређеног дискреционог простора који родитељима оставља држава у смислу права на верско васпитавање и образовање деце. Наиме, религијски идентитет детета у значајној мери произилази из верског наслеђа, што значи како наспрам права детета на слободу вероисповести

⁵ *Ibid.*, 25.

⁶ Вид. пара. 86. Општег коментара Комитета Уједињених нација за права детета бр. 12 (2009): Право детета да буде саслушано (ОК/КПД/12) од 01.07.2009.

⁷ Вид. чл. 5. ст. 5. Декларације Уједињених Нација о елиминисању свих облика нетолеранције и дискриминације засноване на вероисповести и убеђењу од 25. новембра 1981. године (A/RES/36/55).

⁸ Вид. R. Taylor, *Parental Responsibility and Religion*, in: *Responsible Parents & Parental Responsibility* (eds. R. Probert, S. Gilmore, J. Herring), Hart Publishing, Oxford - Portland 2009, 140.

стоје, не само интереси родитеља, већ и предака. Родитељи делују као настављачи својеврсне духовне вертикале, независне од постојања конкретне државе и знатно старије од идеје о правима деце. У таквим околностима право детета на слободу вероисповести тешко остварује циљеве ка којима стреме аутономна права детета. Како Комитет за права детета за сада не налази начин да приближи државама одговарајућа решења из домена поменутог права детета, на националним законодавствима остаје да тумаче најбољи интерес детета у контексту права детета на слободу вероисповести.⁹

III САДРЖИНА И ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА ДЕТЕТА НА СЛОБОДУ ВЕРОИСПОВЕСТИ

Упркос свему, право детета на слободу вероисповести се изричито предвиђа у КПД, заједно са правима детета на слободу мишљења и савести.¹⁰ Такође, поменуто право произилази и из ЕКЉП где се наводи како свако има право на слободу мишљења, савести и вероисповести, при чему наведено право обухвата "слободу да се промени вероисповест или убеђење, као и слободу да се, било самостално или у заједници са другима, јавно или приватно, испољава вера или убеђење молитвом, проповеди, обичајима и обредом".¹¹ Међутим, у оба случаја праву детета на слободу вероисповести се намећу значајна ограничења, сходно одговарајућим правима родитеља.

Тако, КПД предвиђа како ће "државе-уговорнице поштовати права и дужности родитеља, те ако је такав случај, законских старатеља, да усмеравају дете у остваривању сопственог права на начин сагласан са развојним способностима детета".¹² Даље се истиче како се "слобода вероисповести или убеђења може потчинити једино таквим ограничењима која су прописана законом и нужна ради заштите јавне безбедности, поретка, здравља или морала, као и основних права и слобода других."¹³

⁹ Вид. Ursula Kilkelly, *The Child's Right to Religious Freedom in International Law: The Search for Meaning*, in: *What is Right for Children* (eds. M. Fineman, K. Worthington), Ashgate, Burlington 2009, 251 - 252.

¹⁰ Државе-уговорнице ће поштовати право детета на слободу мишљења, савести и вероисповести. Чл. 14. ст. 1. КПД.

¹¹ Чл. 9. ст. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП). Поменути међународни уговор закључен је под окриљем Савета Европе у Риму 04.11.1950. године. Наша држава ратификовала је Конвенцију 2003. године. Вид. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003. У том смислу вид. пара. 52. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark* [5095/71; 5920/72; 5926/72] од 07. 12. 1976. године.

¹² Чл. 14. ст. 2. КПД.

¹³ Чл. 14. ст. 2. КПД.

Вељко Влашковић, Право детета на слободу вероисповести у контексту
родитељског права на васпитавање и образовање детета (стр. 67-83)

Премда је последње правило формулисано као изузетак од остваривања права детета на слободу вероисповести, суштински је реч о основу за оправдање првенства родитељских права и интереса одређених друштвених заједница. При томе, за разлику од ЕКЉП или Међународног пакта о грађанским и политичким правима, КПД не разграничава елементе из којих се састоји право детета на слободу вероисповести.

Тако, Према Међународном пакту о грађанским и политичким правима, право на слободу вероисповести укључује два елемента, слободу задржавања или прихватања вероисповести по свом избору и слободу испољавања вере, било самостално, било у заједници са другима, у приватној или јавној сфери путем молитве, обреда, обичаја и проповеди.¹⁴ Дакле, на основу правила ЕКЉП и МПГПП може се закључити како право на слободу вероисповести садржи унутрашњи и спољни елемент. Унутрашњи елемент права на слободу вероисповести подразумева слободу сваког појединца да задржи, прихвати или промени одређену вероисповест или уверење. Наведени елемент односи се на унутрашњу духовну и психолошку потребу конкретног човека, која не мора бити позната другима. Сходно томе, право појединца да задржи, прихвати или промени одређену вероисповест не може се ограничити, односно држава се не може мешати у остваривање наведеног права.¹⁵ Са друге стране, слобода испољавања вероисповести представља спољну или екстерну компоненту (*forum externum*) права на слободу вероисповести. Спољни елемент слободе вероисповести је предуслов како би се поменуто право могло нормирати. Међутим, екстерна компонента слободе вероисповести зависи од гаранције унутрашње слободе, односно човековог уверења како је сваки облик исповедања вере слободан.¹⁶ За разлику од права појединца да задржи, прихвати или промени вероисповест, право на испољавање своје вероисповести је ограничено. Тако, према ЕКЉП, слобода испољавања вероисповести може се ограничити искључиво законом прописаним ограничењима неопходним у демократском друштву у

¹⁴ Вид. чл. 18. ст. 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (МПГПП). Наведени међународни уговор усвојен је заједно са Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима, резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација бр. 2200 А (XXI) од 16.12.1966. Наша држава ратификовала је оба међународна уговора Законом о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима и Законом о ратификацији међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ*, бр.7/71.

¹⁵ Вид. European Court of Human Rights, *Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 2018, 11, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_ENG.pdf, датум посете: 30.11.2018.

¹⁶ Вид. Н. Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај црква и верских заједница у Србији*, Заштитник грађана - ЈП Службени гласник, Београд 2009, 156.

интересу јавне безбедности, ради заштите јавног реда, здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.¹⁷

За разлику од наведених међународних уговора о људским правима, КПД предвиђа једино ограничења за спољну компоненту права детета на слободу вероисповести, односно ограничења у смислу слободе испољавања религије. Такође, КПД у једном уском домену који се тиче деце која припадају етничкој, верској или језичкој мањини, односно аутохтоном народу, забрањује ускраћивање права поменутој деци да у заједници са другима исповедају своју веру и врше верске обреде.¹⁸ Међутим, наведено решење из КПД не доприноси конкретизацији права детета на слободу вероисповести. Наиме, поменуто правило из КПД нема општу примену на сву децу и не омогућава индивидуално, већ само колективно вршење права на слободу вероисповести, због чега је превасходно реч о обавези државе из сфере поштовања мањинских права.¹⁹ Сходно томе, право индивидуалног детета на слободу вероисповести остаје у извесном смислу лебдети у ваздуху и Комитет препушта националним законодавствима да одреде домашај и садржину наведеног права.

IV ДОМАШАЈ ПРАВА ДЕТЕТА НА СЛОБОДУ ВЕРОИСПОВЕСТИ УНУТАР НАЦИОНАЛНИХ ЗАКОНОДАВСТАВА

Унутрашњи правни системи приступају врло различито праву детета на слободу вероисповести у зависности од процене најбољег интереса детета. У том смислу, могу се разликовати три основна приступа, патерналистички, догматски и партиципативни приступ наведеном праву детета. Прва два приступа ограничавају или укидају право детета на слободу вероисповести сходно доминацији родитељског права, као и одговарајућих спољних елемената за одређивање садржине најбољег интереса детета, попут традиције, обичаја или опште прихваћене религије. При томе, патерналистички приступ оправдава ограничавање права детета на слободу вероисповести поштовањем родитељског права да васпитава и образује дете, док догматски приступ ограничава или укида слободу вероисповести детета због превласти конфесионалног права у наведеној области. Патерналистички приступ ограничава право детета на слободу вероисповести наглашавајући доминантну улогу родитеља, као ималаца дискреционих овлашћења унутар права на верско васпитавање и образовање деце. У том смислу, родитељи могу одлучити и да детету уопште није потребно верско васпитање и образовање. Са друге стране,

¹⁷ Чл. 9. ст. 2. ЕКЉП.

¹⁸ Вид. чл. 30. КПД.

¹⁹ Вид. U. Kil Kelly, *op. cit.*, 248.

Вељко Влашковић, Право детета на слободу вероисповести у контексту родитељског права на васпитавање и образовање детета (стр. 67-83)

догматски приступ подразумева постојање владајуће религије, где родитељи могу васпитавати децу једино у духу правила конфесионалног права и доминантне вере. У наведеним системима, улога родитеља своди се на заступнике интереса одређене верске заједнице. Коначно, партиципативни приступ почива на настојањима појединих држава да детету омогуће право на слободу вероисповести у складу са развојним капацитетима детета. Коначни циљ је омогућити детету које је способно формирати своје мишљење право да промени своју вероисповест или убеђења, што не значи како се мишљењу детета увек мора дати одлучујући значај.²⁰

У контексту примене принципа најбољег интереса детета, патерналистички приступ полази од тога како су по питању вероисповести детета, родитељи најпозванији одредити садржину наведеног принципа. Другим речима, родитељи имају широку дискрецију, унутар општих правних оквира и принципа најбољег интереса детета, да одлучују о питањима верског васпитања и образовања детета.²¹ Као пример патерналистичког приступа праву детета на слободу вероисповести може се навести решење енглеског права, где родитељи имају право ускратити детету верско образовање, чак и ако је део обавезног школовања и упркос жељама детета да такву наставу похађа.²² У појединим правним системима, патерналистички приступ не почива на тако широкој дискрецији родитеља, већ садржину најбољег интереса детета у домену вероисповести детета обликују и одређени спољни фактори, попут обичаја и традиције конкретног друштва. Типичан пример је Пољска која је приликом ратификације КПД дала интерпретативну изјаву како ће се права детета на партиципацију, укључујући и право детета на слободу вероисповести, остваривати уз поштовање родитељског права, у складу са пољским обичајима и традицијом о месту детета унутар и изван породице.²³

За разлику од патерналистичког приступа, један број држава не допушта дискрецију родитељима, већ питање вероисповести детета апсолутно подређује правилима конфесионалног права. Сходно томе, догматски приступ праву детета на слободу вероисповести значи најчешће негирање поменутог права детета. Типични представници наведеног приступа су одређене исламске државе, попут Саудијске Арабије, Ирана,

²⁰ Вид. R. Taylor, *op. cit.*, 139.

²¹ *Ibid.*, 128.

²² Вид. *ibid.*, 129.

²³ Вид. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec, датум посете: 28. 11. 2018.

Алжира, Јордана.²⁴ Неке о наведених држава су, попут Саудијске Арабије, изјавиле крајње уопштене резерве на КПД, што доводи до несигурности режима Бечке конвенције о уговорном праву у односу на резерве.²⁵

Коначно, према значајном броју европских држава, право детета на слободу вероисповести је вредно заштите једнако као и истоимено право одраслих лица. Примере партиципативног приступа праву детета на слободу вероисповести представљају Белгија и Холандија. Најбољи интерес детета се у законодавствима наведених држава препознаје унутар афирмације слободе детета да изабере своју вероисповест или убеђење, чим буде способно формирати своје мишљење. У том смислу, Белгија је кроз интерпретативну изјаву појаснила како ће право детета на слободу вероисповести из КПД тумачити у складу са формулацијом наведеног права из ЕКЉП и Међународног пакта о грађанским и политичким правима.²⁶ Такође, у интерпретативној изјави Холандије се изричито наводи како ће поменута држава тумачити право детета на слободу вероисповести из КПД тако да дете поседује или прихвати вероисповест, односно убеђење по сопственом избору, чим буде способно начинити такав избор, сходно свом узрасту и зрелости.²⁷ Остале европске државе које следе партиципативни приступ углавном везују право детета да изабере своју вероисповест за одређени узраст детета. Тако, Аустрија и Исланд предвиђају како дете стиче право на избор сопствене вероисповести са навршених 14, односно 16 година.²⁸ Са друге стране, у немачком праву се захтева да се дете које је навршило 10 година живота мора саслушати пре промене верског одређења, док се дете старије од 12

²⁴ На пример, према чл. 2. Устава Алжира из 1989. године, ислам је државна религија. У том смислу, Алжир је дао интерпретативну изјаву како ће се право детета на слободу вероисповести тумачити у складу са основама алжирског правног система, а посебно Устава и породичног законодавства према којем се верско образовање детета остварује у сагласности са очевом вероисповесту. Вид. *ibid*.

²⁵ Саудијска Арабија је изјавила резерву на све одредбе КПД које су у супротности са правилима исламског права. Резерве и интерпретативне изјаве представљају болну тачку међународних уговора о људским правима. Нарочит проблем је разликовање резерви од интерпретативних изјава које по природи требају бити објашњавајуће у смислу тога како држава разуме своју уговорну обавезу. Детаљније вид. Маја Лукић, *Резерве и интерпретативне изјаве - појам и могућност њихове примене на споразум о стабилизацији и придруживању*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2008, 219, 222. Бечка конвенција о уговорном праву донета је 22. маја 1969. године, а наша тадашња држава ју је ратификовала 27. 08. 1970 године, *Службени лист СФРЈ, Међународни уговори и други споразуми*, бр. 30/72.

²⁶ Вид. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en#EndDec, датум посете: 29. 11. 2018.

²⁷ Вид. *ibid*.

²⁸ Вид. U. Kilkelly, *op. cit.*, 251.

Вељко Влашковић, Право детета на слободу вероисповести у контексту
родитељског права на васпитавање и образовање детета (стр. 67-83)

година не може присилити да прима верска упутства противно својој вољи.²⁹

Партиципативни приступ праву детета на слободу вероисповести доследно прати концепцију права детета на мишљење, као општег правног принципа из КПД. При томе, присутна је тензија између права родитеља на верско васпитавање и образовање своје деце и права детета на слободу вероисповести. Међутим, како јачају развојни капацитети детета, право родитеља губи своју снагу и домаћај у корист права детета да задржи, промени и испољава своју вероисповест, односно верско убеђење.³⁰ У том смислу, принцип најбољег интереса детета представља основни критеријум за решавање могућег сукоба између наведених права родитеља и детета.

Наведени приступ суштински почива на принципу неутралности који се огледа у неутралном ставу државе према религији и религијским убеђењима њених држављана. Према принципу неутралности, родитељска права и дужности васпитавања и образовања детета су у домену остваривања слободе вероисповести детета двојачко ограничена. Најпре, родитељи имају негативну обавезу да не излажу дете материјалним или моралним предрасудама приликом усмеравања детета ка одређеној религији или ка неприхватању било које вероисповести.³¹ Са друге стране, родитељима припада и позитивна обавеза да развијају и утичу на начин размишљања и осећања детета тако да дете може начинити самосталан избор у смислу вероисповести када постане у потпуности способно за расуђивање.³² Може се приметити како наведене дужности родитеља одговарају у потпуности секуларизованом друштву које, у извесној мери, захтева раздвајање религије од традиције, што је најчешће тешко оствариво.

Што се тиче домаћег права, Устав Србије посредно признаје детету право на слободу вероисповести, али се не изјашњава у погледу узраста у којем би дете могло самостално остваривати наведено право.³³ Са аспекта вршења родитељских права и дужности, УРС начелно прихвата патерналистички приступ слободи вероисповести детета прописујући како "родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима".³⁴ Наведена уставна

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Вид. А. Scolnicov, *The Child's Right to Religious Freedom and Formation of Identity*, International Journal of Children's Rights, No. 2, 2007, 263.

³¹ S. Troiano, *Parental Responsibility and Religious Education of One's Children*, International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 5, 2014, 187.

³² *Ibid.*

³³ Вид. чл. 43. ст. 1 – 3. Устава Републике Србије (УРС), *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

³⁴ Чл. 43. ст. 5. УРС.

одредба преузета је из Међународног пакта о грађанским и политичким правима.³⁵ Такође, патерналистички приступ следи и домаће породично законодавство којим се родитељима признаје право да детету обезбеде образовање које је у складу са њиховим верским и етичким уверењима.³⁶ Ипак, домаће право признаје детету право на слободу вероисповести у једном ограниченом и суженом домену. Наиме, дете које уписало основну или средњу школу обавезно је да са листе изборних програма изабере верску наставу или грађанско васпитање и други страни језик.³⁷ Дете које је навршило 15. годину живота и које способно за расуђивање има право да самостално одлучи који ће предмет похађати, док ће у име детета млађег узраста о томе одлучити његови родитељи у складу са својим правом на образовање детета.³⁸

V ПАТЕРНАЛИСТИЧКИ ПРИСТУП ВЕРСКОМ ОБРАЗОВАЊУ ДЕЦЕ

Темеље патерналистичког приступа верском образовању деце поставила је још Универзална декларација о људским правима где се истиче како "родитељи имају првенствено право да изаберу вид образовања који ће се пружити њиховој деци".³⁹ Без обзира што се наведеном формулацијом изричито не обухвата верско образовање, сматра се како право родитеља укључује и поменути облик образовања.⁴⁰ Родитељи који се не слажу са уверењима традиционалних цркава и верских заједница, а не деле ни уверења која се исказују кроз грађанско васпитање, не могу вршити право на образовање детета.⁴¹ Другим речима, држава нема обавезу да организује наставу према уверењима и схватањима родитеља.⁴² Тако, држава одређује садржину наставних

³⁵ Према поменутом међународном уговору "државе-уговорнице се обавезују поштовати слободу родитеља, а у датом случају законских старатеља, да обезбеде својој деци верско и морално образовање у складу са њиховим сопственим убеђењем". чл. 18. ст. 4. МПГПП.

³⁶ Чл. 71. ст. 2. Породичног закона (ПЗ), *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11 – др. закон и 6/15.

³⁷ Чл. 60. ст. 2. Закона о основама система образовања и васпитања (ЗООВ), *Службени гласник РС*, бр. 88/2017 и 27/2018 – др. закони.

³⁸ Вид. фн. 36.

³⁹ Чл. 26. ст. 3. Универзалне декларације о људским правима, која је усвојена 10.12.1948. године у Паризу резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација бр. 217 А.

⁴⁰ Вид. А. Scolnicov, *op. cit.*, 262.

⁴¹ Н. Ђурђевић, *op. cit.*, 178.

⁴² М. Драшкић, *Коментар Породичног закона*, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2016, 203; И. Крстић, *Право родитеља на образовање деце које је у складу са њиховим*

програма према општим и заједничким вредностима које жели да промовише у друштву.⁴³ У том смислу, илустративна је одлука Европског суда за људска права у случају *Osmanoğlu and Kocabaş v Switzerland* из 2017. године.⁴⁴

У поменутом случају родитељи две малолетне девојчице поднели су представку Суду у Стразбуру наводећи да су швајцарске власти повредиле њихово право на слободу вероисповести из ЕКЉП тиме што су одбиле изузети њихове ћерке из часова пливања, обавезних за сву децу која похађају основну школу.⁴⁵ Истовремено, подносиоци представке навели су како новчана казна коју су им изрекле швајцарске школске власти због непоштовања обавезног наставног програма не следи легитимни циљ приликом ограничавања права на слободно испољавање вероисповести. Наиме, у Швајцарској часови пливања су део обавезног школског програма од којег се ученици основне школе не могу изузети док не уђу у пубертет, при чему се часови пливања одвијају одвојено за дечаке и девојчице још од њихове навршене шесте године. Премда исламска вера не захтева да жене покривају своје тело пре уласка у пубертет, подносиоци представке су као родитељи деце исламске вероисповести изјавили да на овај начин желе припремити ћерке на обавезе које ће их чекати након уласка у пубертет.⁴⁶

Најпре, Суд у Стразбуру из разумљивих разлога избегава ближе одредити садржину слободе испољавања религије или верских уверења у контексту поштовања људског права на слободу вероисповести. Оно што је за Суд важно јесте да је одређена радња, поступак или понашање инспирисано, односно мотивисано веровањем или убеђењем које је у блиској вези са конкретном религијом или верским уверењем. Поводом поменуте представке против Швајцарске, Европски суд за људска права дефинисао је у најширим могућим оквирима „испољавање религије“ у смислу права на слободу вероисповести из ЕКЉП. Најпре, испољавање вероисповести подразумева чин проповеди или посвећености које чини део верског учења или уверења у опште прихваћеном облику.⁴⁷ Међутим, испољавање религије није ограничено само на наведене радње, па се постојање довољно блиске и непосредне везе између одређеног поступка и одговарајућег уверења мора одређивати у зависности од околности сваког конкретног случаја.⁴⁸ Сходно томе, подносиоци представке не морају

верским и моралним уверењима, Идентитетски преображај Србије(пр. Р. Васић, М. Полојац), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 194 – 195.

⁴³ М. Драшкић, *op. cit.*, 203.

⁴⁴ Вид. случај *Osmanoğlu and Kocabaş v Switzerland* [29086/12] од 10.01.2017.

⁴⁵ *Ibid.*, пара. 33.

⁴⁶ *Ibid.*, пара. 9.

⁴⁷ *Ibid.*, пара. 41.

⁴⁸ *Ibid.*

доказивати да њихово понашање или поступак одговарају дужностима које одређена религија налаже. Из тог разлога, Суд је закључио како се у наведеном случају може говорити о слободи испољавања вере у смислу права на слободу вероисповести из ЕКЉП.⁴⁹

Међутим, Суд у Стразбуру проценио је како је мешање швајцарских власти у право на слободу вероисповести подносилаца представке било оправдано са становишта легитимног циља будући да је наведена мера школских власти усмерена на интеграцију деце из различитих култура, као и на складно функционисање образовног система. Истовремено, поменута мера има за циљ да заштити иностране ученике од било каквог друштвеног изопштавања, чиме се штите и права и интереси других, али и јавни поредак.⁵⁰

Суд се у образложењу своје одлуке посебно осврнуо на обавезу држава да не воде политику индоктринације у смислу непоштовања верских и философских убеђења родитеља чија је првенствена дужност да образују децу.⁵¹ У том смислу, Суд је подвукао како из правила о забрани индоктринације деце не произилази обавеза државе да обезбеди облик наставе који би био прилагођен жељама конкретних родитеља.⁵²

Међутим, обавеза државе да не сме спроводити индоктринацију деце, била је на знатно снажнијем тесту у случају *Lautsi and Others v. Italy* из 2011. године.⁵³ У поменутом случају мајка двојице ученика који су похађали државну основну школу у италијанском месту Абано Терме код Падове, поднела је представку Суду у Стразбуру како је школа истицањем верског симбола Распећа на зидовима сваке учионице повредила њено право да као родитељ верски образује децу, као и право њене деце на слободу вероисповести.⁵⁴ Велико веће суда констатовало је како Распеће на зидовима учионица јесте верски симбол, али да државе у наведеном домену уживају поље слободне процене. У том смислу, Суд је нагласио како симбол Распећа на зиду има пасивну улогу, па не нарушава принцип неутралности у смислу утицаја какав би на децу имала активна настава.⁵⁵ Наиме, присуство Распећа не значи и обавезно учење о хришћанству, нити су биле присутне било какве индикације како је држава нетолерантна према деци другачије вероисповести.⁵⁶ Коначно, родитељу на овај начин

⁴⁹ *Ibid.*, пара. 42.

⁵⁰ *Ibid.*, пара. 64.

⁵¹ *Ibid.*, пара. 91. У том смислу вид. чл. 2. Протокола 1. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (П1/ЕКЉП). Наведени Протокол усвојен је 20.03.1952. године у Паризу.

⁵² Вид. *ibid.* пара. 92.

⁵³ Случај *Lautsi and Others v. Italy* [30814/06] од 18. марта 2011.

⁵⁴ Вид. *ibid.* пара. 29.

⁵⁵ Вид. *ibid.* пара. 72.

⁵⁶ Вид. *ibid.* пара. 74.

Вељко Влашковић, Право детета на слободу вероисповести у контексту
родитељског права на васпитавање и образовање детета (стр. 67-83)

није одузето право да усмерава и верски образује децу. Из тог разлога, Суд је одлучио да у поменутом случају није било повреде права подносиоце представке да образује своју децу, као ни права деце на слободу вероисповести.

VI ПАРТИЦИПАТИВНИ ПРИСТУП СЛОБОДИ ВЕРОИСПОВЕСТИ ДЕТЕТА ИЗМЕЂУ РОДИТЕЉСКИХ ПРАВА И ЈАВНОГ ИНТЕРЕСА

Партиципативни приступ слободи вероисповести детета нема своје упориште у историјском тумачењу КПД. Скандинавске државе и Канада су настојале у текст нацрта наведеног међународног уговора унети право детета да се аутономно одреди по питању вероисповести, по узору на права одраслих лица из Међународног пакта о грађанским и политичким правима, али су исламске државе томе пружиле жесток отпор.⁵⁷ Такође, ни ЕКЉП, као ни пракса Европског суда за људска права нису наклонени идеји да се право детета на слободу вероисповести посматра изван контекста односа родитеља и државе.⁵⁸ У том контексту, Суд се најчешће бавио верским образовањем деце, при чему се партиципативним елементима најбољег интереса детета давао мали значај, већ се питање верског образовања детета посматрало са аспекта родитељског права и одговарајућих јавних интереса. Предност се даје праву родитеља да одлучују о верском образовању своје деце, што не значи "како ће државе имати обавезу да обезбеде поштовање свих њихових жеља у образовним и сродним питањима".⁵⁹

Ипак, простор за узимање у обзир партиципативних права детета указао се на нивоу права на заштиту од дискриминације у вези са правом на слободу вероисповести из ЕКЉП. Као пример, може се навести одлука Суда у случају *Grzelak v. Poland* из 2010. године. У поменутом случају, представку су поднели брачни пар Гржелак и њихов син рођен 1991. године, наводећи како су школске власти у Пољској пропустиле организовати часове из етике, као алтернативног предмета верском

⁵⁷ Вид. U. Kilkelly, *op. cit.*, 248.

⁵⁸ Према П1/ЕКЉП, "приликом остваривања било какве функције која произилази из односа образовања и наставе, државе ће поштовати права родитеља да обезбеде такво образовање и наставу које је у складу са њиховим сопственим верским и философским уверењима". У поменутом правилу, чак се не користи ни израз "дете", премда је јасно да се ради о овлашћењима из домена родитељског права. При томе, Суд се определио за екстензивно тумачење термина "образовање" или "настава", где се под првим изразом подразумева "целокупан процес којим, у било којем друштву, одрасли настоје пренети своја уверења, културу и друге вредности на младе", док се "настава" доживљава као преношење знања и односи се на интелектуални развој. Вид. пара. 33. *Campbell and Cosans v. The United Kingdom* [7511/76; 7743/76] од 25. фебруара 1982. године.

⁵⁹ Para. 24. *Valsamis v. Greece* [21787/93] од 18. децембра 1996. године.

образовању, те како дечак није добио оцену из поменутог предмета у рубрици "вероисповест/етика", односно како је био узнемираван од стране остале деце, с обзиром да је био једини ученик чији су се родитељи определили за наставу из етике.⁶⁰ Малолетни Матеуш Гржелак (*Mateusz Grzelak*) је, између осталог, у представци навео како му је ускраћено право на слободу мишљења, савести и вероисповести, јер је био принуђен сачинити изјаву како неће похађати верску наставу, те како је услед понижавања и психо-физичког злостављања, које су наставници толерисали, био принуђен променити школу.⁶¹ Пољска је одговорила како оцена из предмета верско образовање/етика ионако не улази у збир просечне оцене ученика, те није конкретно дете довела у неравноправан положај у смислу наставка школовања.⁶² Такође, заступник поменуте државе је навео како су школске власти предузеле све мере да минимизирају негативне последице нетолеранције према детету које, сходно вољи родитеља, није похађало верску наставу. Истовремено, Пољска је истакла како нема само држава позитивну обавезу да омогући детету слободу мишљења, савести и вероисповести, већ превасходно родитељи детета, који су се требали потрудити да детету објасне све последице избора између верске наставе и етике.⁶³ Суд је подсетио како слобода мишљења, савести и вероисповести представља један од основа демократског друштва и једну од кључних компоненти идентитета, како верника, тако и агностика и скептика, односно њиховог погледа на живот.⁶⁴ При томе, право на слободу вероисповести рађа и негативну обавезу државе, односно право једног лица да не открије своју вероисповест или убеђења, као и да се не доведе у ситуацију да заузме став из кога ће се посредно извести закључак о нечијој вероисповести, односно убеђењима.⁶⁵ Из тог разлога, Суд није убеђен како одсуство оцене из предмета верско образовање/етика означава неутралан став државе, односно одсликава пуко похађање или непохађање часова верског образовања или етике.⁶⁶ Сходно томе, Суд не сматра како је разлика у поступању према деци која похађају верску наставу и оној која желе похађати часове етике објективно и разумно оправдана и како не постоји сразмера између употребљених средстава и циља који се настоји

⁶⁰ Вид. *Ibid.*, para. 1 - 2, 49.

⁶¹ Вид. *Ibid.*, para. 65.

⁶² Вид. *Ibid.*, para. 72.

⁶³ *Ibid.*, para. 75.

⁶⁴ Због тога слобода вероисповести подразумева људско право да се прихвати или не прихвати одређена вера, као и да се вера исповеда или не исказује. Вид. *Ibid.*, para. 85.

⁶⁵ Вид. *Ibid.*, para. 87.

⁶⁶ Суд је у прилог своје тврдње навео како је у дипломи основне школе, реч "етика" била прецртана. Вид. *Ibid.*, para. 97.

Вељко Влашковић, Право детета на слободу вероисповести у контексту родитељског права на васпитавање и образовање детета (стр. 67-83)

остварити.⁶⁷ Због тога је Суд установио повреду права на заштиту од дискриминације малолетног Матеуша Гржелака, као трећег подносиоца представке, у вези са правом на слободу мишљења, савести и вероисповести.

У поменутом случају, право детета да одлучује о својој вероисповести је признато посредно, преко права на заштиту од дискриминације. Суд је посматрао дете више као објекат заштите од дискриминације, него што је тежиште било на истинској вољи детета, јер у фокусу није способност детета да формира своје мишљење. За разлику од права детета, Суд је одбио захтев родитеља, напомињући како држава ужива поље "слободне процене" приликом одлучивања о томе хоће ли увести верску наставу у школе и на који начин.⁶⁸ Једино ограничење које се држави поставља је да наведени облик наставе не сме представљати индоктринацију, односно наметање одређених верских ставова и убеђења.⁶⁹ Поменута одлука представља пример постепеног заокрета Суда од потребе да се заштите права родитеља на верско образовање деце до настојања да се заштити дете од наметања одговарајућих верских ставова и убеђења.⁷⁰ Међутим, суштински је реч о патерналистичком приступу јер се дете посматра као објекат заштите, било од стране државе или одређених одраслих лица. Као што је речено, најбољи интерес детета се тражи више кроз решавање тензије између родитељског права и јавних интереса, док партиципација детета остаје у другом плану. У том смислу, партиципативни приступ налази своје место углавном у националним законодавствима која тумаче најбољи интерес детета у домену слободе вероисповести уважавајући развојне капацитете детета. Дакле, носиоци наведеног процеса су, на првом месту, одговарајући национални правни системи. Ипак, спрега родитељских интереса и елемената културног релативизма још увек

⁶⁷ Вид. *Ibid.*, para. 100.

⁶⁸ Вид. *Ibid.*, para. 104.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Потврда наведеног становишта се може наћи и у случају *Çiftçi v Turkey* [71860/01] где је Суд прогласио очигледно неприхватљивом представку турског држављанина који је сматрао како му се турским прописима према којима дете не може похађати верску наставу пре навршене 12 године нарушава право на верско васпитање и образовање детета. Међутим, према схватању Суда, поменуто законско ограничење је имало за циљ да дете које жели стећи одговарајуће верско образовање претходно стекне довољну "зрелост", кроз образовање које пружа основна школа. То није покушај индоктринације усмерен на онемогућавање верског образовања детета, нити утиче на право родитеља да личним саветима усмери дете по питањима вере. Заправо реч је о супротном, односно о настојању законодавца да ограничи могућу индоктринацију деце у добу када још увек имају дилеме о многим питањима и када се на њих може лако утицати. Детаљније вид. S. Langlaude, *Indoctrination, Secularism, Religious Liberty and the ECHR*, International and Comparative Law Quarterly, No. 4, 2006, 935.

значајно обликује најбољи интерес детета и ограничава право детета на слободу вероисповести, нарочито у ваневропским правним оквирима.

Veljko Vlašković, LL.D*

THE CHILD'S RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION IN THE CONTEXT OF PARENTAL RESPONSIBILITY REGARDING CHILD'S RAISING AND EDUCATION

Summary

The right of the child to freedom of religion belongs to a group of child's participation rights that is of exceptional importance both in terms of child's development and in the context of the identity of a child. However, this right has less legal and practical scope than other child's participation rights. The basic reason for limited range of the child's right to freedom of religion is that the mentioned right is primarily exercised within the legal space in which parents exercise the right to raise and provide education to a child. Simultaneously, the right of the child to freedom of religion has external limitations set by the rights and interests of third parties, as well as the interests of wider social environment.

The child's right to freedom of religion comprises two distinctive elements which may be referred as internal and external element of the right. Thus, the internal element of the right includes freedom to have or to adopt a religion or belief of his/her choice. On the other hand, the external component of this right involves freedom to manifest his/her religion or belief in worship, observance, practice and teaching. The United Nations Convention on the Rights of the Child explicitly recognises only external element of the child's right to freedom of religion. That is why the content of this right should be primarily determined in the line with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 1 to this Convention and International Covenant on Civil and Political Rights that offer more complete approach to the right to freedom of religion.

Generally, The UN Committee on the Rights of the Child is more reluctant to suggest stronger application of the child's right to freedom of religion at the expense of parental responsibility comparing to cases when other participation rights of a child are at stake. To be more precisely, the closer determination of this right is left to

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

national legislations. Therefore, three different approaches to the scope of a child's rights to freedom of religion may be distinguished in terms of national laws. The first approach may be designated as paternalistic one since the child's right to freedom of religion is primarily subordinated to parental rights to raise and provide education to a child. Unlike this approach, dogmatic standpoint implies the existence of official and dominant religion where parents are obliged to raise their child in accordance with religious rules. From the child rights-based aspect, the most adequate standpoint is to adopt participatory approach where the child of certain age is empowered to fully exercise the right to freedom of religion.

Concerning parental rights to provide religious education to their children, it is important to consider case law of the European Court of Human Rights in respect to state interference with the one's right to manifest his/her religion or belief. It may be concluded that a state does not have a duty to provide educational program that will correspond to each and every parent's desire.

Key words: *child's rights, freedom of religion, freedom to manifest one's religion, parental rights, religious education, limitation of right.*

СТРУЧНИ РАДОВИ

Јован Вујичић*

Стручни чланак
УДК: 347.4

HARDSHIP КЛАУЗУЛА*

Рад примљен: 05. 12. 2018.
Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Интерес за решавање проблема промењених околности у уговорним односима показују не само правници, већ и привредни субјекти и њихова удружења. Због веома уске примене међународних и националних извора у судској и арбитражној пракси, стране, да би отклониле неизвесност да ли ће, када и у ком правцу промењене околности утицати на правно дејство уговора, најчешће изричито расподељују ризик њиховог наступања. У циљу ослобађања од рутинерства које води слепом подражавању и преписивању, тј. уношењу у уговор уобичајених заштитних клаузула, без потпуног разумевања њиховог значаја, потребно је упознати се са врстама, садржином и дејством ових клаузула. Проучавањем унапред ових питања и уговарањем одредаба које одговарају околностима и потребама конкретне трансакције могу се избећи многе штете и недостаци који *post factum* могу настати у пословној пракси.

Кључне речи: *hardship* клаузула, *clausula rebus sic stantibus*, промењене околности, међународни трговински уговори, Међународна трговинска комора.

I УВОД

После закључења уговора, а пре рока одређеног за његово испуњење, могу наступити околности чије последице нису обухваћене нормалним ризиком на који се, поступајући са потребном пажњом, мора рачунати код уговора односне врсте, које могу довести до привремене или трајне немогућности испуњења или потпуно изокренути финансијске прорачуне и нарушити економску основу на којој је правни посао почивао. Због својих карактеристика, међународни трговински уговори посебно су

* Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, jvujicic@jura.kg.ac.rs.

* Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*.

„осетљиви“ на промену околности под којима су закључени и од којих се пошло при одређивању међусобних права и обавеза страна: обично се закључују на дужи временски период;¹ извршење обавеза уговорника често је подељено и временски раздвојено;² предмет им је све сложенији;³ за постизање одређених економских циљева није довољан један уговор, већ је неопходно закључити више међусобно повезаних уговора; значај реализације појединих правних послова расте, не само за стране уговорнице, већ и за државе и њихове економије.⁴

Питање правне релевантности промењених околности није ново, али добија све већи значај у савременом уговорном праву.⁵ То захтева да домаће право и међународна правила воде рачуна о њему, да заузму

¹ Наравно, уколико је време трајања уговорног односа дуже, већи је ризик да ће се околности променити. У том смислу се у званичном коментару UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре (International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Rome, 2016; даље у фуснотама: UNIDROIT Начела) указује да ће правила којима се регулише *hardship* ситуација обично бити релевантна за дугорочне уговоре, иако њихова примена није изричито искључена у односу на друге врсте уговора. Вид. UNIDROIT Начела, Коментар 5. уз чл. 6.2.2, 222.

² За разлику од трансакција које се испуњавају истовремено и одједном (*one shot transaction*), а које су некада представљале доминантан облик пословне активности. Такав је нпр. случај код продаје са плаћањем у готову, где се врши обострана предаја ствари и новца из руке у руку.

³ Док се раније међународна трговина у суштини заснивала на извозу и увозу робе, сада све више укључује и размену услуга, трансфер технологија и успостављање заједничких пословних подухвата ради извршења одређених економских операција.

⁴ Вид. UNIDROIT 1983, Study L – Doc. 24; Progressive Codification of International Trade Law: Proposed Rules on Hardship with Introduction and Explanatory Report (prepared by Prof. Dr. D. Maskow of the Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung, Potsdam-Babelsberg); Rome, February 1983, 1, <http://www.unidroit.org/english/documents/1983/study50/s-50-024-e.pdf>, датум посете: 30.11.2018.

⁵ Због пораста трговине, интензивне интернационализације привредног живота и ширења тржишта појачана је међузависност, како између појединих држава, тако и њихових привредних субјеката и економских процеса. Невероватан напредак у комуникацијама и транспорту обезбедио је готово тренутни приступ удаљеним регионима. „Био изолациониста или интернационалиста, нико не може оспорити да се земља убрзано смањује.“ (S. D. Slater, *Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG*, Florida Journal of International Law No. 2, Vol. 12 (Summer 1998), 235) При производњи и испоруци само једног артикла учествује махом већи број коопераната и ако само један „затаји“ може доћи до заустављања читавог циклуса и озбиљних проблема и тешкоћа у испуњењу већ преузетих обавеза. Због тога се поремећаји у једном делу света могу као ланчана реакција пренети на уговорни однос између лица која се налазе на сасвим другом крају планете. Оваква ситуација чини уговор још комплекснијим и „тежим за управљање“.

одређене ставове, или их треба сматрати непотпуним.⁶ Интерес за решавање овог проблема показују не само правници, већ и привредни субјекти и њихова удружења. Због различитих и, по правилу, рестриктивних ставова прихваћених у националним правима, изворима униформног уговорног права и међународној судској и арбитражној пракси о могућности и условима пружања правне заштите у случају промењених околности, пословна заједница била је приморана да установи алтернативне методе и технике прилагођавања уговора новонасталим приликама. У том смислу препоручује се „под хитно“ уговарање пажљиво састављених заштитних клаузула, како би се повећала предвидљивост у пословању и избегли спорови и скупи судски поступци који се могу појавити „низ пут“, током испуњења уговора, у вези са тумачењем и применом чл. 79.⁷ Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе⁸ (Бечка конвенција)^{9 10}.

⁶ C. Schmitthoff, *Frustration of International Contracts of Sale in English and Comparative Law*, у: Some Problems of Non-Performance and Force Majeure in International Contracts of Sale, Helsinki, 1961. Нав. према Ђ. Чобелић, *Промењене околности у привредном и грађанском праву (clausula rebus sic stantibus)*, Београд, 1972, 6.

⁷ Члан 79. гласи: „1. Кад једна страна не изврши неку од својих обавеза она неће одговарати због неизвршења ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу или њене последице. 2. Ако је неизвршење једне стране последица неизвршења неког трећег лица које је та страна ангажовала да изврши уговор у целини или делимично, та страна се ослобађа одговорности само: а) ако би била ослобођена на основу претходног става; и б) ако би лице које је она ангажовала било ослобођено и кад би се одредбе тог става примениле на њега. 3. Ослобођење предвиђено овим чланом дејствује за време док сметња траје. 4. Страна која није извршила своје обавезе дужна је да обавести другу страну о сметњи и утицају сметње на њену могућност да изврши обавезу. Ако обавештење не стигне другој страни у разумном року пошто је страна која није извршила обавезе сазнала или морала сазнати за сметњу, та страна одговара за штету до које је дошло због непријема обавештења. 5. Ништа у овом члану неће спречити било коју страну да се користи било којим другим правом, изузев да захтева накнаду штете према овој Конвенцији.“

⁸ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; A/CONF.97/18, Annex I (даље у фуснотама: Бечка конвенција или Конвенција).

⁹ Конвенција је усвојена на дипломатској конференцији која је одржана у Бечу (Аустрија) од 10. марта до 11. априла 1980. године. Отуда и назив Бечка конвенција.

¹⁰ Вид. J. M. Bund, *Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner*, Journal of Law and Commerce No. 2 (Symposium – Ten Years of the United Nations Sales Convention), Vol. 17 (1997-1998), 383, 387, 393, 405. и даље; J. Rimke, *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer, 1999-2000, 241. и 243, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, датум посете: 30.11.2018.

У међународном трговинском промету у широкој употреби су тзв. *hardship* клаузуле, посебно међу привредницима са дугогодишњом сарадњом и узајамним поверењем. Консензус о „одобравању олакшица“ у случају када испуњење обавеза постане прекомерно теретно утицао је да се одржавање уговорне равнотеже сматра начелом *lex mercatoria*.¹¹ Ипак, иако су *hardship* клаузуле честе у међународној трговини, оне не представљају међународне трговачке обичаје у смислу чл. 9. ст. 2. Конвенције,¹² па ће бити правно релевантне само ако их стране изричито или прећутно уговоре.¹³

¹¹ A. G. Doudko, *Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia*, Uniform Law Review No. 3, Vol. 5 (2000), 484. Правило је *lex mercatoria* да чинидбе на финансијском плану остану уравнотежене и зато у скоро сваком међународном уговору цена се одређује према условима који постоје у време закључења уговора уз позивање на параметре којима се одражавају варијације вредности различитих елемената који чине предмет испуњења. (Вид. ICC Award No. 2291/1975, Clunet 1976, 989, https://www.trans-lex.org/202291/_icc-award-no-2291-clunet-1976-at-989-et-seq/, датум посете: 30.11.2018) Међутим, у другој одлуци, Арбитражни суд Међународне трговинске коморе одбио је примену UNIDROIT Начела, са образложењем, између осталог, да *hardship* правила, „барем тренутно“, не одговарају међународној трговачкој пракси, коју би арбитража морала да узме у обзир чак и када су стране изабрале конкретно национално право као меродавно за њихов уговор. (Вид. ICC arbitration, Case no. 8873, 1997, Uniform Law Review No. 4, Vol. 4 (1999), 1010) Како у међународној арбитражној пракси постоји тенденција посматрања UNIDROIT Начела као оличења општих начела међународног права и трговачких обичаја, овакве одлуке могу се сматрати као „неизбежне борбе којима се штити одступница“. (A. G. Doudko, *op. cit.*, 508) У вези са тим, Арбитражни суд Међународне трговинске коморе је, у предмету *Islamic Republic of Iran v Cubic Defense Systems, Inc.*, упућујући на примену *hardship* доктрине, истакао да је у многим правним системима установљен изузетак од основног начела *pacta sunt servanda* због тога што то захтевају поштење и правда када се околности битно промене због догађаја које у време закључења уговора није било разумно узети у обзир и који су били ван контроле погођене стране. Иако се усвојени концепти у великој мери разликују, идеја пружања правне заштите у случају променених околности је широко прихваћена као опште правно начело и као таква може бити примењена у конкретном случају чак и ако не чини део меродавног права. Вид. ICC arbitration, Case no. 7365/FMS (final award) 05.05.1997, Uniform Law Review No. 3, Vol. 4 (1999), 797-798.

¹² „Сем друкчијег споразума, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат или морао бити познат и који је широко познат у међународној трговини и редовно га узимају у обзир уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој грани.“

¹³ I. Schwenzer, *Article 79*, y: Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (ed. I. Schwenzer), Fourth Edition, New York, 2016, 1153.

II ТЕРМИНОЛОГИЈА

Израз *hardship* потиче из енглеског језика. Његово дословно значење било би „тешкоћа“ или „отежавајућа околност“.¹⁴ У домаћој литератури преводи се и као „клаузула о непредвидљивости“, односно „клаузула о промењеним околностима“.¹⁵ Наведени називи, међутим, нису одговарајући. Термин „клаузула о непредвидљивости“ је противречан. Стране уговарају ове одредбе управо да би избегле негативне последице промене околности, промене коју очекују или барем узимају у обзир могућност да до ње дође. У сваком случају, може се рећи да су оне у време закључења уговора имале некакву представу о могућој промени околности, која је изражена уговарањем ове одредбе. Због тога се не би могло рећи да је догађај који је касније наступио за њих био непредвидљив. Осим тога, назив „клаузула о непредвидљивости“ асоцира на теорију импревизије (*théorie de l'imprévision*) коју примењују управни судови у Француској. Израз „промењене околности“ за означавање *hardship* клаузуле је, пак, непрецизан, с обзиром да се у литератури неретко користи и као збирни назив за све накнадно настале околности које утичу на испуњење уговора, без обзира да ли га онемогућавају или „само“ ремете постојећу уговорну равнотежу. Полазећи од наведених примедби, постоји мишљење да би најадекватнији, иако можда широк, назив за оно што чини суштину *hardship* клаузуле био „клаузула о обавези преговарања о измени уговора услед промењених околности“.¹⁶ Осим што је широко познат у међународној трговинској пракси,¹⁷ предност коришћења овог израза је та да се њиме указује на утицај промењених околности на извршење уговорних обавеза, што у ствари и представља суштину проблема, а не сама промена околности.

¹⁴ Вид. М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора услед промењених околности – клаузуле „Hardship“*, Правни живот бр. 9-10, 1993, 1211; Ђ. Боланча Кекез, *Правни значај клаузуле rebus sic stantibus у приватном праву*, Правна ријеч бр. 43, год. XII (2015), 308; D. Tallon, *Hardship*, у: *Towards a European Civil Code* (eds. A. Hartkamp et al.), Third Fully Revised and Expanded Edition, Nijmegen, 2004, 500.

¹⁵ Вид. П. Шулејић, *Значај промењених околности у уговорима међународног привредног права*, Привредно-правни приручник бр. 6, 1990, 3. и даље.

¹⁶ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1211-1212.

¹⁷ Због тога је у UNIDROIT Начелима, у енглеској, француској и италијанској верзији, термин „*hardship*“ изабран за означавање онога што се у различитим правним системима признаје „под маском“ других концепата, као што су: енг. *frustration*, нем. *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, фр. *imprévision*, итал. *eccessiva onerosità sopravvenuta* итд. У шпанској верзији користи се у загради, уз израз „*excesiva onerosidad*“ (језици на којима је до сада доступан званичан превод издања из 2016. године). Вид. UNIDROIT Начела, Коментар 2. уз чл. 6.2.1, 218.

III ДОПУШТЕНОСТ *HARDSHIP* КЛАУЗУЛЕ И ЊЕН ОДНОС ПРЕМА ОСТАЛИМ ЗАШТИТНИМ ОДРЕДБАМА

Како ове одредбе могу подразумевати повољнији положај за уговорну страну на коју се односе, у поређењу са њеним статусом код правног односа исте врсте код којих таква клаузула није уговорена,¹⁸ питања њихове допуштености са становишта конкретног позитивног права¹⁹ и услова²⁰ за њихову примену су од несумњивог практичног значаја. У принципу, свака страна је слободна при одлучивању у ком обиму ће преузети на себе обавезе и одговорност. Међутим, у пракси, слабија страна је често услед непостојања алтернативе „приморана“ да прихвати услове које, штитећи своје интересе, једнострано предлаже јача страна. Законом о облигационим односима²¹ дозвољено је уговарање различитих одредаба којима се врши усклађивање уговора са новонасталим приликама. Мисли се, пре свега, на клаузуле о осигурању вредности, којима се у извесном смислу посредно одступа од првобитно преузетих обавеза (у погледу њихове висине).²² Валутном и златном

¹⁸ Ово важи за све клаузуле неодговорности, па њихово присуство у корист једне стране је, најчешће, израз њеног економског преимућства у конкретном пословном односу. Посебан вид егзонерације представља уговорно проширење појма „више силе“. Клаузуле о околностима које спречавају извршење уговора постале су најраширеније средство и начин уговарања ослобођења од одговорности. (Вид. А. Ћирић, *Клаузуле неодговорности у упоредном праву и њихова злоупотреба*, у: Злоупотреба права (ур. Р. Ковачевић Куштримовић), Ниш, 1996, 162. и даље; А. Ћирић, *Клаузуле егзонерације у светлу Принципа европског и упоредног уговорног права*, у: Начела европског уговорног права и југословенско право: прилог хармонизацији домаћег законодавства (приредио Р. Д. Вукадиновић), Крагујевац, 2001, 227. и даље) Основни циљ *hardship* клаузула није, међутим, само искључење или ограничење одговорности за неиспуњење или неуредно испуњење преузетих обавеза, већ првенствено предвиђање обавезе поновног преговарања у циљу прилагођавања уговора промењеним околностима.

¹⁹ Стране могу искључити примену Бечке конвенције или, под резервом одредби чл. 12, одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство. Конвенција, чл. 6. Више о диспозитивном карактеру Бечке конвенције вид. Р. Д. Вукадиновић, *Међународно пословно право: општи и посебни део*, Крагујевац, 2012, 389. и даље.

²⁰ Према степену одређености околности чијим се наступањем (уколико имају предвиђене последице) активира обавеза поновног преговарања, разликују се специјалне и генералне клаузуле. Код првих се те околности набрајају, док се код других то врши на уопштен начин. Генералне клаузуле се најчешће користе као додатак специјалним, тако што се после набрајања додаје израз „и све друге околности исте врсте“.

²¹ Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

²² Њима се повериоци новчаних дугова штите од обезвређивања новца. То су споразуми по којима се дугована сума ревалоризује помоћу чинилаца који имају за основицу

клаузулом (чл. 395)²³ штити се од промене вредности валуте плаћања у односу на друге валуте, односно злато, док се индексном клаузулом²⁴ и клизном скалом (чл. 397)²⁵ настоји одржати куповна моћ новчаног потраживања. Имајући то у виду, може се закључити да у нашем праву, начелно, не постоје препреке у погледу допуштености *hardship* клаузуле.²⁶ Такође, с обзиром да се стране могу уговором унапред одрећи позивања на одређене промењене

унутрашњу или функционалну вредност новца. Вид. Ј. Радишић, *Облигационо право: опити део*, 7. издање, Београд, 2004, 65; *Report of the Secretary-General: clauses protecting parties against the effects of currency fluctuations (A/CN.9/164, 20 March 1979)*, у: *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*, 1979, Vol. X, 48-60; В. Круљ, *Правна дејства монетарних промена и међународна плаћања*, Београд, 1963, 37-129.

²³ „Ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниј валути или злату, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе.“ Валутни ризик је нарочито велики у државама попут Србије, чија је национална валута дугорочно посматрано нестабилна, а не примењује се политика фиксног девизног курса, односно допушта се његово тржишно прилагођавање. Потребно је истаћи да се валутном клаузулом ризик не уклања, он и даље постоји, само су му изложени они дужници који приходе остварују у динарима или некој другој валути која није валута обавезе. Тако у случају депрецијације динара расте онај део прихода дужника који одлази на враћање главнице и плаћање камате. Б. Беговић, *Правно-економска анализа финансијског посредовања банкарског сектора у Србији: случај уговора о кредиту*, Право и привреда бр. 4-6, 2016, 325-326.

²⁴ Члан 396. („Индексна клаузула“) основног текста ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 од 26. маја 1978. године), који је ступио на снагу 1. октобра 1978. године, гласио је: „Ништава је одредба уговора којом се износ новчане обавезе у домаћем новцу везује за промене цена добара, роба и услуга изражених индексом цена утврђеним од стране овлашћене организације (индексна клаузула), али ће бити пуноважна ако је изабрани индекс у непосредној економској вези са предметом посла тако да нема спекулативни значај или је таква одредба уговорена ради обезбеђења животног стандарда уговорне стране.“ Члан 396. и наслов изнад њега брисани су изменама објављеним у *Службеном листу СРЈ*, бр. 31/93 од 18. јуна 1993. године (ступиле на снагу осмог дана од дана објављивања), тако да је уговарање индексних клаузула дозвољено без икаквих ограничења. Ризик куповне моћи (ризик инфлације) постоји искључиво уколико су и извори средстава и кредитни пласмани у националној валути. Уколико су, пак, извори и пласмани (номинално или ефективно, индексирањем путем валутне клаузуле) у страниј валути, не постоји ризик инфлације. Инфлација у земљи порекла валуте је ирелевантна. Тај ризик, евентуално, може сносити онај од кога су та средства позајмљена. Б. Беговић, *op. cit.*, 327.

²⁵ „У уговорима у којима се једна страна обавезује да изради и испоручи одређене предмете дозвољено је уговорити да ће цена зависити од цена материјала и од рада, као и других елемената који утичу на висину трошкова производње, у одређено време на одређеном тржишту.“

²⁶ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1213.

околности,²⁷ не види се разлог због којег стране не би могле уговорити да ће у случају промењених околности приступити преговорима. Уговорна одредба о поновном преговарању има исти циљ као ограничавање разлога за раскидање уговора због промењених околности, пошто иде у прилог његовом одржању на снази.²⁸

За разлику од осталих уговорних средстава заштите у случају промењених околности које имају наглашени превентивни карактер,²⁹ *hardship* клаузула се примењује тек када дође до несразмере узајамних давања. Њен циљ, дакле, није да спречи нееквивалентност, већ да је отклони. Притом, *hardship* клаузула нема улогу „аутоматског детерминатора“ као претходно наведене уговорне одредбе.³⁰ *Hardship* клаузулом преузима се обавеза поновног преговарања,³¹ које може, али не мора, довести до раскида или измене уговора, и/или предвиђа се интервенција трећег лица.³² Стога она увек подразумева одређену сумњу у погледу крајње судбине уговора. Осим тога, док остале заштитне клаузуле постају оперативне у добро дефинисаним околностима и не примењују се осим у таквим конкретним случајевима, *hardship* клаузула, по правилу, представља „алат за општу употребу“ који може да се носи са великим бројем различитих ситуација. Разлика је и у обиму њиховог дејства. Остале заштитне клаузуле односе се само на висину новчане обавезе, док се *hardship* клаузула може применити на било који елемент уговора, како битни тако и споредни, на који су промењене околности утицале, као нпр. на одредбе о времену, месту и начину испуњења.³³ Наравно, уговорне стране могу ограничити њено дејство, у смислу одређивања састојака уговора о којима се може поново преговарати.

²⁷ Осим ако је то у супротности са начелом савесности и поштења. Вид. ЗОО, чл. 136.

²⁸ М. Ђурђевић, *Измене уговора*, Право и привреда бр. 4-6, 2018, 636.

²⁹ Ж. С. Ђурђевић, *Проблем еквивалентности у облигационом праву*, Београд, 1958, 72. и даље.

³⁰ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1218. Заштитне клаузуле су „дизајниране“ тако да се у случају промене паритета валуте испуњења према валориметру, мења и број новчаних јединица које је дужник дужан исплатити. Потреба њиховог уговарања постоји јер се начелом монетарног номинализма искључује одговорност дужника за пад вредности новца.

³¹ Више о поновним преговорима (*renegotiations*) вид. Ј. Вујичић, *Обавеза преговарања у случају промењених околности*, у: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (ур. С. Ђурђевић), Књ. 5, Крагујевац, 2017, 335-346.

³² Уколико је предвиђено преговарање уз посредовање трећег лица, неопходно је означити посредника и прецизирати његова овлашћења. Нпр. да ли ће бити овлашћен само да предложи нацрт измене, односно допуне уговора или ће имати овлашћење да донесе одлуку коју ће стране бити дужне да поштују.

³³ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1218.

IV ОДНОС *HARDSHIP* КЛАУЗУЛЕ ПРЕМА СУДСКОМ РАСКИДАЊУ ИЛИ ИЗМЕНИ УГОВОРА ЗБОГ ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

У вези са односом *hardship* клаузуле и осталих правних средстава заштите начела једнаке вредности узајамних давања, поставља се и питање њеног односа према судском раскидању или измени уговора због промењених околности. Да ли уговарање *hardship* клаузуле искључује обраћање суду? Свакако да би интервенција суда без претходног вођења преговора била преурањена,³⁴ међутим, ако су преговори били безуспешни, страна која се позива на промењене околности могла би накнадно да захтева остварење свог права судским путем. Такође, могућа је и ситуација да наступе околности које нису предвиђене уговором или да односи који проистекну из промена нису потпуно регулисани. Право угрожене стране да накнадно захтева измену или раскид уговора представља још једно средство притиска на другу страну да у току преговора поступа савесно и испуњава друге обавезе.³⁵ Већа ангажованост у настојању да се постигне сагласност може се обезбедити и одређивањем да ће уговор престати да важи ако се преговори заврше без успеха.³⁶

Једини изузетак од правила да се погођена страна може обратити суду у случају неуспеха поновних преговора постоји када је уговорено да ће спор решити треће лице.³⁷ Таква могућност постоји у нашем праву, јер ако продавац и купац могу поверити одређивање цене трећем лицу (ЗОО, чл. 465), онда му могу поверити и прилагођавање уговора новонасталим

³⁴ Ако би захтев за измену или раскид уговора био поднет, а да претходно поновни преговори нису покушани, односно разумни рок није истекао, суд не треба да га одбије, већ да застане са поступком и упути странке на преговоре. (Вид. Ch. Brunner, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non- Performance in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn, 2009, 488-489; ICC International Court of Arbitration, Arbitral Award 10021, 2000, тач. 33, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=832&step=FullText>, датум посете: 18.06.2018) Евентуално, може се прописати да ће суд такав захтев одбацити као преурањен, мада би то решење било сувише формалистичко.

³⁵ Гледишта у упоредном праву о питању правног уређења самих преговора, без обзира да ли ће уговор бити закључен или ће се преговарачи „разићи необављеног посла“, нису јединствена. Начелно становиште у англосаксонском праву је да стране задржавају потпуну слободу све до закључења уговора, док се у знатном броју континентално-европских држава сматра да преговори треба да се одвијају у оквиру одређених правила. Правни системи се разликују и по томе што су у једнима дужности страна у току преговарања уређене законом, док су у другима формулисане у судској пракси. Више о томе вид. М. В. Орлић, *Закључење уговора*, Београд, 1993, 26. и даље.

³⁶ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1220.

³⁷ *Ibid.*, 1219.

приликама. У том случају одлука трећег обавезује уговараче и незадовољна страна не би могла захтевати раскид или измену уговора судским путем.³⁸

Поновни преговори могу бити и успешно окончани. Њихов исход тада ће бити потпуно нов уговор, измена и/или допуна старог или, пак, његов раскид. Када су услови уговора измењени, поставља се питање да ли међу странама постоји облигација која свој основ има у првобитном уговору или смо већ на терену новације.³⁹ Уколико се измене односе на време, место или начин испуњења, међу уговорницима и даље постоји стара облигација. Међутим, када се ради о изменама које се односе на битне елементе уговора, разликовање је у пракси прилично непоуздано, поготово ако *animus novandi* није у споразуму изричито изражена. Према схватању које је у француској литератури добило позитивне оцене, ако нови и стари предмет служе остваривању истог циља за стране, може се сматрати да они имају исту субјективну потрошну вредност и да међу странама постоји стара облигација.⁴⁰

Hardship клаузуле се све чешће користе и код уговора без елемента иностраности, нарочито у оним правним системима у којима је могућност раскидања или измене уговора због промењених околности сведена у уске оквири изузетка, који важи само за поједине уговоре, као што је то случај у француском праву. Поред тога, национална правила о промењеним околностима су у великој мери уопштена, што оставља простор за различита тумачења и неизвесност уговорних страна у погледу читавог низа питања која се у пракси могу поставити. Тако се оне у савременом праву придружују корпусу правних средстава заштите начела једнаке вредности узајамних давања.

У ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ *HARDSHIP* КЛАУЗУЛЕ

Уговарање *hardship* клаузуле, као избор да се уговор „ослободи“ ограничења која потичу из националних права,⁴¹ захтева да се она јасно, прецизно и детаљно регулише. Такође, потребно је обезбедити и унутрашњу конзистентност читавог уговора, у смислу усклађивања

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, 1221. Правни значај разликовања ова два споразума састоји се у томе што се код споразума са новационим дејством могу поставити питања која се начелно не постављају код новелирајућег споразума. Нпр. да ли после престанка примарног уговора постоје права која су обезбеђивала главно потраживање или се и она гасе, каква је правна судбина акцесорних обавеза итд. Вид. М. Ђурђевић, *Измене уговора*, 632.

⁴⁰ М. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, Paris, 1987, 30. № 60. Нав. према М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1222.

⁴¹ Е. Ch. Zaccaria, *The Effects of Changed Circumstances in International Commercial Trade*, *International Trade and Business Law Review*, Vol. 9 (2005), 158.

осталих одредаба са *hardship* клаузулом.⁴² Уређење услова под којима ће се *hardship* клаузула применити спада у домен слободе уговарања. Формулација *hardship* клаузуле варира од уговора до уговора, јер је неопходно прилагодити је односној трговачкој грани и специфичностима конкретне трансакције. Ипак, постоје неке опште карактеристике ове клаузуле. Најчешће је подељена на два дела. У првом делу, уговорне стране дефинишу претпоставку која ће представљати „окидач“ за примену ове клаузуле, док у другом делу, одређују њено правно дејство. Да би *hardship* клаузула била правно задовољавајућа (*legally satisfactory*), осим списка посебних догађаја (*laundry list*), неопходно је да садржи и завршну генералну одредбу (*catch-all provision*), стилизовану да покрије догађаје који нису изричито наведени. Ово због тога јер је једно од битних обележја промењених околности да се сви појавни облици не могу унапред предвидети.⁴³ У том смислу, стране нису увек у стању да процене шта се све може десити током испуњења, а понекад немају ни стрпљења, нити времена за оцену свих евентуалности у време закључења уговора.⁴⁴ Набрајање околности никада не може бити потпуно, с тим што треба имати у виду да иста околност у једном случају може, а у другом не мора имати карактер ослобађајуће околности.⁴⁵ Због тога оваква комбинација може изазвати и тешкоће при тумачењу и примени клаузуле. Нпр. у одређивању да ли је енумерација дата само примера ради⁴⁶ и, према томе, мора испуњавати предвиђене опште услове у сваком конкретном случају или се сматра да је каталог исцрпан и да су околности које су у њему наведене у складу са општом дефиницијом.⁴⁷ Стране уговором могу и

⁴² Нпр. ако уговор садржи и одредбе о гаранцији испуњења и *hardship* клаузулу, његово правно дејство може бити нејасно. Овај потенцијални проблем може се избећи навођењем да „гаранција подлеже *hardship* клаузули“ (*This warranty is subject to the hardship clause*).

⁴³ C. M. Schmitthoff, *Hardship and intervener clauses*, The Journal of Business Law, March 1980, у: Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (ed. Ch.-J. Cheng), Dordrecht-Boston, 1988, 419.

⁴⁴ Најчешће, главни интерес страна је да реше економске аспекте уговора, остављајући „правна питања“, која могу сматрати непријатним, али неизбежним делом преговора, да буду „ужурбано“ размотрена на крају. Жеља да се посао започне што пре може утицати и да стране потцене важност поклањања дужне пажње састављању одговарајуће *hardship* клаузуле којом се могу предупредити спорови када промењене околности наступе. Вид. E. Ch. Zaccaria, *op. cit.*, 158. и 174.

⁴⁵ Д. Попов, *Промењене околности и ослобођење од одговорности (виша сила) код уговора о продаји робе*, Зборник Матице српске за друштвене науке бр. 80 (1986), 79.

⁴⁶ У том случају обично се користи фраза „укључујући, али не ограничавајући се на“ (*including, but not limited to*).

⁴⁷ Вид. у том смислу P. Pichonnaz, *Article 7.1.7*, у: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (ed. S. Vogenauer), Second Edition, Oxford, 2015, 870.

искључити поједине околности, тако да, ако наступе, погођена страна се на њих не може позвати.

Други аспект хипотезе *hardship* клаузуле састоји се у описивању утицаја који промена околности има на испуњење уговора. По правилу, потребно је да је услед промене околности дошло до веће несразмере узајамних давања. У међународној трговинској пракси користе се различите формулације. Тако се претпоставка да је уговорна равнотежа битно нарушена изражава речима: „терет осетно тежи од онога предвиђеног уговором“, „диспропорционална штета за другу страну“, „корист несразмерна обавезама“, „претерана материјална штета“ „битно поремећена економска база уговора“, „испуњење уговора довело би до неправичних последица за уговорне стране“, „представља неправичан терет“, „уговор треба да буде извршен у духу правичности“, „некоректност у односу на другу уговорну страну“, „ако услови тржишта постану такви да продајна цена буде мања од . . . (наводи се број или проценат)“, „ако цена премаша годишњу стопу од . . .“, „ако има за последицу повлачење гаранције банке“ итд.⁴⁸ Наведени примери могли би се поделити у две групе. Прву би чинили случајеви отежаног испуњења у којима су трошкови извршења обавезе повећани, док би у другој групи били случајеви у којима због промене околности долази до смањења вредности противчинидбе.

Поред услова који се односи на поремећај уговорне равнотеже, потребно је да промене околности буду „непредвидљиве“, односно такве да се нису могле разумно узети у обзир у време закључења уговора.⁴⁹ Тиме се одражава традиционално схватање према коме изузетак

⁴⁸ П. Шулејић, *Значај промењених околности...*, 7.

⁴⁹ Иако танана, разлика између ових формулација неспорно постоји. (К. Доловић Бојић, „Промењене околности“ у пракси домаћих судова, *Право и привреда* бр. 4-6, 2018, 677; П. Шулејић, *Институт промењених околности у новим изворима међународног привредног права*, *Право и привреда* бр. 7-8, 1995, 9; И. Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 208) За примену правила о промењеним околностима није неопходно да догађај није било могуће предвидети у апстрактном, филозофском смислу. Довољно је да је у питању догађај који је био толико мало вероватан да разумна лица не виде потребу да изричито расподеле ризик његовог наступања, иако би утицај који би могао имати био толико значајан да би стране преговарале о томе да је догађај био вероватнији. (P. Trimarchi, *Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis*, *International Review of Law and Economics* No. 1, Vol. 11 (May 1991), 65; J. M. Perillo, *Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 5 (Spring 1997), 23) Готово све што се икада десило било је на неки начин предвидљиво, будући да обично постоје подаци који омогућују кредибилну процену, па ипак, то не значи да због тога не може бити правно релевантно. Могућа је и обрнута ситуација. На то се указује у Предлозима за састављање *Hardship* одредаба Међународне трговинске коморе, следећим примером. Уговором су биле предвиђене континуиране испоруке

од начела дужности испуњења слободном вољом преузетих обавеза може бити установљен једино на основу недостатка који постоји у самој вољи. Поставља се питање да ли се пропуст страна да овај захтев изричито уговоре може тумачити као прећутна намера да поновни преговори и, евентуални, раскид или измена уговора буду условљени искључиво поремећајем уговорне равнотеже. Ако би то био случај, занемарила би се основна вредност овог елемента, а то је његова превентивна улога.⁵⁰ Може се претпоставити да би стране неопрезно и олако преузимале велике ризике, рачунајући да ће касније моћи да издејствују раскид или измену уговора. Тиме би се погодовало правној несигурности и пружала подршка несавесном и непоштенном поступању. Због тога, у духу позитивноправних решења проблема промењених околности, позивање на клаузулу треба условити и додатним претпоставкама.⁵¹ То значи да се страна погођена

леда по фиксној цени. У нормалним околностима, испоручилац добија лед из оближњег замрзнутог језера. Догодио се, међутим, да је зима била необично блага због чега се језеро није довољно заледило. Једини начин да продавац ипак изврши испоруку био је тај да вештачки произведе лед. Но, то би енормно повећало његове трошкове. Иако продавац није могао предвидети да се језеро те зиме неће замрзнути, строго говорећи, могао је то узети у обзир. (Вид. *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985, *Hardship provisions – Drafting suggestions*, Коментари и напомене, тач. 3) „Предвидљивошћу“ није обухваћен само одређени догађај, већ и његов значај, односно, прецизније, обим његовог негативног утицаја на испуњење уговора. У том смислу, приликом утврђивања да ли је могућност промене околности била таква да је разумно могла бити узета у обзир у време закључења уговора, неопходно је разликовати „благу“ од „акутне“ промене околности. (E. McKendrick, *Article 6.2.2*, у: *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)* (ed. S. Vogenauer), Second Edition, Oxford, 2015, 818. Вид. такође *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (*Acquis Group*), Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll (даље у фуснотама: Нацрт заједничког оквира за упућивање), модел правило III – 1:110 ст. 3(б): дужник није у то време [када је обавеза настала] узео у обзир, нити се могло разумно очекивати да је узме у обзир, *могућност или размеру* те промене околности.) Тако се у литератури наводи пример уговора закљученог 1914. године на период од 60 година. Избијање рата, тј. неколико ратова, било је предвидљиво, али њихово продужено трајање, као и пропорције њихових последица, свакако, се не могу сматрати таквима. Вид. J. M. Perillo, *op. cit.*, 17.

⁵⁰ Постоји и схватање да је практичан значај „теста предвидљивости“ веома ограничен, због чега би преувеличавање његове вредности довело само до неоправданог повећања судијске дискреције. Предлаже се да се висок ниво правне несигурности умањи применом транспарентнијих критеријума, као што је анализа расподеле ризика, којом се са више прецизности утврђује права, пре него чисто хипотетичка, намера уговорних страна. Вид. A. G. Doudko, *op. cit.*, 499. и 501.

⁵¹ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1216.

промењеним околностима не може позвати на клаузулу, с једне стране, ако је, с обзиром на пажњу која се од ње захтева, била дужна да у време закључења уговора узме у обзир те околности⁵² и, с друге стране, чак и ако није била дужна да те околности узме у обзир, ако их је могла избећи или савладати.⁵³ Ако је опасност била „предвиђена“, страна мора са дужном пажњом предузети све разумне мере како би спречила њен утицај на испуњење уговора. Најпре, да догађај не наступи, а ако је он био неизбежан, онда отклањањем његових последица. Чињеница да је *hardship* клаузула уговорена у извесном смислу подразумева да су стране биле свесне ризика будућих догађаја који могу нарушити равнотежу интереса. Поставља се стога питање испуњености услова да околности буду такве да их страна која се на њих позива није била дужна у време закључења уговора узети у обзир, нарочито ако *hardship* клаузула садржи списак догађаја. У пракси се, међутим, стране опредељују за ове клаузуле управо због тога што не могу предвидети да ли ће и када неки догађај наступити и како ће утицати на испуњење уговора.

Hardship клаузулом обично се изричито захтева од стране погођене промењеним околностима да обавести другу страну о промени околности и њеном утицају на испуњење уговора. У том случају потребно је предвидети форму и садржину обавештења, временски оквир и правне последице његовог непоштовања, да ли се пошљалац може позвати на обавештење само ако оно стигне адресату у утврђеном року или је за то довољно да је обавештење послато на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима (ризик преноса). Уз то може се уговорити да по протеклу одређеног објективног рока престаје право позивања на промењене околности. Нпр. обавештење дато након шест месеци од датума када су околности наступиле биће без правног дејства. Најосетљивије питање у овој фази је како утврдити да ли *hardship* ситуација заиста постоји. То неће увек бити ни једноставно, нити лако, јер су критеријуми који се користе у клаузули често непрецизни. Такође, постоји и ризик да ће друга страна покушати да избегне поновне преговоре. У сваком случају, уговором може бити предвиђено да ће, ако се стране не споразумеју, обавезујућу одлуку донети треће лице.

Ако стране у току поновних преговора не постигну споразум, уговор ће остати на снази такав какав је, осим ако је изричито одређено да ће се

⁵² Околности које је страна у време закључења уговора била дужна да узме у обзир одразиле су се или су се могле одразити на садржину уговора. Радило би се, дакле, о пропусту у сопственој сфери на који се немарна страна не може позвати, према општем правном начелу да се нико не може позивати на свој пропуст у властиту корист. Ж. Шмалцел, *Неколико проблема клаузуле „rebus sic stantibus“ у судској пракси*, Привреда и право бр. 11, 1971, 21.

⁵³ М. Ђурђевић, *Обавеза преговарања о измени уговора...*, 1217.

сматрати раскинутим. Како лошу веру на страни једног од уговорника није увек лако утврдити и како је трајна несагласност и након лојалних преговора реална могућност, потребно је предвидети правне последице за случај да се стране не споразумеју. Оне се у литератури називају и санкцијама „без којих би *hardship* клаузула једва била вредна папира на коме је записана“.⁵⁴ На овај начин истиче се њихова функција, не само да понуде алтернативна решења, већ и да подстакну уговорне стране да спорна питања реше међу собом, „пријатељским договором“.⁵⁵

VI ICC HARDSHIP CLAUSE 2003

Преговарање о *hardship* клаузули подразумева рад на самој сржи уговора, будући да је потребно „помирити“ и довести у склад основна начела уговорног права, с једне стране, начела дужности испуњења обавеза и слободе уговарања, а с друге стране, начела правичности, савесности и поштења и једнаке вредности узајамних давања. Због тога је важно да оне буду избалансиране и да се подједнако примењују на обе уговорне стране.⁵⁶ Да би олакшала процес њиховог састављања, Међународна трговинска комора (*International Chamber of Commerce – ICC*) је израдила и заинтересованим лицима препоручила *ICC Force Majeure Clause 2003* и *ICC Hardship Clause 2003*.^{57,58} Клаузуле су дате одвојено једна од друге. Ово је учињено из два разлога. Прво, одредбе којима се предвиђају правне последице више силе се чешће користе од

⁵⁴ C. M. Schmitthoff, *Hardship and intervenor clauses*, 420. Неопходно је предвидети правне санкције и за случај да се једна страна не одазове позиву на преговоре, иначе ће *hardship* клаузула имати озбиљну празнину.

⁵⁵ E. Ch. Zaccaria, *op. cit.*, 155.

⁵⁶ M. Livanos Cattaui, Secretary General of ICC, Foreword to *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, 3.

⁵⁷ Ове клаузуле су резултат опсежне расправе унутар Комисије за трговинско право и праксу Међународне трговинске коморе, а нарочито унутар Оперативне групе за *Force Majeure* и *Hardship*, којом је председавао проф. Jan Ramberg (Шведска). Главни редактор био је проф. Charles Debattista (Уједињено Краљевство). Радну групу чинили су још проф. Filip de Ly (Холандија), Alexis Mourre (Француска), René von Samson-Himmelstjerna (Немачка), Fabian von Schlabrendorff (Немачка) и Peter Delargy (Француска). (Вид. M. Livanos Cattaui, Secretary General of ICC, Foreword to *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, 3) Међународна трговинска комора је претходно 1985. године објавила Клаузулу о вишој сили (о ослобођењу од одговорности) (*Force majeure (exemption) clause*) и *Hardship* одредбе – Предлози за састављање (*Hardship provisions – Drafting suggestions*). Вид. *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985.

⁵⁸ Приликом формулисања *hardship* клаузуле, као водич могу послужити и одредбе чл. 6.2.1-6.2.3 UNIDROIT Начела. Вид. UNIDROIT Начела, Коментар 8. уз Преамбулу, 6. и Коментар 7. уз чл. 6.2.2, 222.

одредаба о промењеним околностима, због чега се сматрало да би се чињењем да обе клаузуле функционишу аутоматски инкорпорисањем могла обесхрабрити употреба *Force Majeure* клаузуле.⁵⁹ Друго, клаузуле се примењују у различитим случајевима и имају различито правно дејство, па би стога требало да буду одвојене.⁶⁰ Наравно, обе клаузуле могу бити саставни део истог уговора. Њихова основна карактеристика садржана је у чињеници да су то модел клаузуле које нису подобне са самопримену (*self-applying*). Да би биле примењене, морају бити уговорене, или изричито или упућивањем.⁶¹ Могу се применити на било који уговор. Међутим, врло често овако широко формулисане одредбе морају се прилагодити посебним околностима конкретног уговора. Може се догодити да оне не буду погодне за одређену робу или одређене врсте послова. Отуда, уговорници треба да буду веома опрезни када се њима служе.⁶² Иако се стране подстичу да у уговоре уносе клаузуле са њиховим пуним називом, очекује се да ће се свако позивање на *ICC Force Majeure Clause*, односно *ICC Hardship Clause*, у недостатку доказа који говоре супротно, сматрати позивањем на ове клаузуле.⁶³

ICC Hardship Clause 2003 значајно се разликује од *ICC 1985 Hardship* одредаба. *ICC 1985 Hardship* одредбе нису биле дате у облику јединствене типске клаузуле на коју би се стране у уговору једноставно могле позвати. Стране су морале да их изричито уговоре и да их употпуне према својим потребама. Том приликом, уговорници су, *inter alia*, морали и да изаберу једну од четири могућности која се односи на дејство промењених околности.⁶⁴ Клаузула сада даје једну формулацију са јасним алтернативним последицама. Према „сопственом признању“, у њој се комбинују елементи чл. 1467. Италијанског грађанског законика и чл. 6.2.2 UNIDROIT Начела за међународне трговинске уговоре.⁶⁵

⁵⁹ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена а) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 16.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, 7. и 15.

⁶² Вид. *Introduction to Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985.

⁶³ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, 7. и 15.

⁶⁴ Вид. *Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985, *Hardship provisions – Drafting suggestions*.

⁶⁵ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена б) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 16. У претходној верзији било је наведено да ни један ни други скуп одредаба није везан за било који посебан правни систем. Вид. *Introduction to Force Majeure and Hardship*, ICC Publication No. 421, Paris, 1985.

На почетку, као и у UNIDROIT Начелима, Начелима европског уговорног права и Нацрту заједничког оквира за упућивање,⁶⁶ наглашава се да је страна уговорница дужна да изврши своје уговорне обавезе, чак и ако су догађаји учинили испуњење теретнијим него што се могло разумно очекивати у време закључења уговора.⁶⁷ С једне стране, овај став је непотребан у смислу да се на *hardship* ситуацију може позвати само ако је задовољен ригорозни тест садржан у ст. 2. клаузуле, и то би био случај без обзира да ли ст. 1. постоји или не. С друге стране, сматрало се да се изричитим изражавањем начела *pacta sunt servanda* трибуналима јасно указује да се ст. 2. може применити само ако су његови услови стриктно испуњени, будући да представља изузетак од редовног захтева за испуњење обавезе (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*).⁶⁸ С тим на уму, у ст. 1. користи се фраза „теретније него што се могло разумно очекивати у време закључења уговора“ (у ком случају се обавезе морају извршити), док је у ст. 2. употребљен захтевнији израз „прекомерно теретно“ (када се може одобрити „олакшање“). Дакле, праг за примену *hardship* клаузуле је виши од самог повећања трошкова испуњења, односно смањења вредности противпрестације. Изабрана квалификација је иста као у Начелима европског уговорног права (*excessively onerous*).⁶⁹ Поред тога, мора се радити о догађају који је ван разумне контроле погођене стране, за који се није могло разумно очекивати да буде узет у обзир у време закључења уговора, и да страна није могла разумно избећи или савладати догађај или његове последице.

ICC Hardship Clause 2003, као ни *ICC Force Majeure Clause 2003*, није ограничена на ситуације у којима су догађаји који чине испуњење претерано теретним наступили после закључења уговора (*supervening, subsequent events*). Стога би страна могла да се позове на клаузулу када једноставно није знала, нити је морала знати за постојање догађаја у време закључења уговора (*initial, existing events*).⁷⁰ Међутим, уколико стране желе да се клаузула примењује искључиво на догађаје настале након закључења уговора, оне то могу предвидети, будући да у *ICC Hardship*

⁶⁶ Вид. UNIDROIT Начела, чл. 6.2.1; *Principles of European Contract Law, Parts I and II – Combined and Revised*, Prepared by The Commission of European Contract Law – Chairman: Professor Ole Lando, Edited by: Ole Lando and Hugh Beale, The Hague, 2000. (даље у фуснотама: Начела европског уговорног права), чл. 6:111 ст. 1; Нацрт заједничког оквира за упућивање, модел правило III – 1:110 ст. 1.

⁶⁷ Вид. *ICC Hardship Clause 2003*, ст. 1.

⁶⁸ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена ц) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 16.

⁶⁹ Начела европског уговорног права, чл. 6:111 ст. 2.

⁷⁰ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена д) уз *ICC Hardship Clause 2003*, 17.

Clause 2003 не постоји ништа што ограничава њихову слободу у том смислу.⁷¹

Што се тиче правних последица, *hardship* ситуација резултира дужношћу обе стране „да седну за сто“ како би, у разумном року од позивања на клаузулу, преговарале о алтернативним уговорним условима које разумно дозвољавају последице догађаја.⁷² Драстично одступање од UNIDROIT Начела, Начела европског уговорног права и Нацрта заједничког оквира за упућивање састоји се у томе што је у *ICC Hardship Clause 2003* предвиђено само да, у случају неуспешних преговора, „страна која се позива на ову клаузулу има право на раскид уговора“ (*the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract*).⁷³ Ово

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Вид. *ICC Hardship Clause 2003*, ст. 2.

⁷³ Вид. *ICC Hardship Clause 2003*, ст. 3. Осим модалитета предвиђеног у *ICC Hardship Clause 2003*, начелно, могућа су још два система у погледу решења у случају неуспеха у преговорима. Према првом, клаузулом се предвиђа овлашћење стране погођене промењеним околностима (или овлашћење обеју страна) да покрену поступак за решавање спора. (Вид. нпр. *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, International Trade Centre, Geneva, 2010) Најчешће је реч о арбитражном трибуналу који је одређен арбитражном клаузулом садржаном у истом уговору, али се може радити и о посебном методу решавања спорова предвиђеном за случај промењених околности, у оквиру опште одредбе о решавању спорова. У сваком случају, решавање спора од стране „трећег лица“ треба да буде доступно након кратког временског периода у коме су стране „дале све од себе“ да самостално преговарају (нпр. свака страна се може обратити арбитражном трибуналу ако споразум није постигнут у року од 30 дана од дана упућивања захтева за преговоре). Посебно је значајно, како са становишта материјалног, тако и са становишта процесног права, изричито предвидети овлашћење арбитра да измене или раскину уговор у арбитражној клаузули, односно клаузули о промењеним околностима којом се упућује на арбитражну клаузулу. У супротном, арбитражна одлука којом је уговор измењен од стране арбитра који за то нису имали овлашћење, може бити изложена ризику да буде поништена према *lex arbitri*, а признање и извршење такве одлуке може бити одбијено према Њујоршкој конвенцији. (Више о томе вид. Ј. Перовић, *Раскид и измена уговора као правне последице промењених околности*, Право и привреда бр. 4-6, 2012, 640. и даље) Према другом систему, у случају неуспеха у преговорима, уговору се пружа још једна „шанса“, одлагањем испуњења за одређени временски период. Дужину рока, по правилу, одређују стране уговорнице, при чему или утврђују конкретни период времена (нпр. 30 дана, два месеца и сл.) или се опредељују за стандард разумног рока. Уколико промењене околности трају и по протеклу уговореног рока, уговор се може раскинути. Може се предвидети да право на раскид уговора има само страна погођена промењеним околностима или само друга страна, а могуће је да право на раскид имају обе уговорне стране. Вид. *Ibid.*, 643.

Према *ICC 1985 Hardship* одредбама, ако се у року од 90 дана од подношења захтева за измену уговора стране не споразумеју, клаузула се може наставити једном од четири предложене могућности: 1. уговор остаје у важности онако како је првобитно био

правило чини се „несрећним избором“ пошто се њиме не пружа прави подстицај странама (или барем оној у неповољном положају) да уложи најбоље напоре како би се усагласиле.⁷⁴ Раскид уговора треба да буде последње правно средство (*ultimum remedium*) и најгори сценарио, доступан само онда кад су све могућности за очување уговора исцрпљене (*favor contractus*), осим ако странс немају интерес да уговор опстане ни са измењеним условима.⁷⁵ У *ICC Hardship Clause 2003* није дат одговор на бројна питања која раскид уговора у пракси може покренути. Пре свега, да ли је реч о судском или вансудском раскиду? Ако се тумачењем закључи да су се стране определиле за вансудски раскид уговора,⁷⁶ даља питања се

закључен; 2. свака страна се може обратити Сталном комитету Међународне трговинске коморе за регулисање уговорних односа тражећи да овај именује треће лице (или веће од три члана) у складу са одредбама Правилника Међународне трговинске коморе о уређивању уговорних односа. Треће лице ће уговорним странама дати своје мишљење о томе да ли су испуњени услови предвиђени за измену уговора [*када догађаји које уговорне стране нису могле предвидети битно нарушавају равнотежу уговора, стварајући претерано тежак терет за једног уговорника у погледу извршења његове уговорне обавезе*]. Ако јесу, оно ће препоручити да се уговор правично измени како би се спречило да било која уговорна страна претрпи претерану штету. Мишљење и препорука трећег лица нису обавезни за уговорнике. Уговорници ће савесно размотрити мишљење и препоруке трећег лица у складу са поменутим правилима о уређивању уговорних односа. Ако уговорне стране не успеју том приликом да се споразумеју о измени уговора, уговор ће остати у важности онакав какав је био првобитно закључен; 3. свака страна може изнети ово питање пред арбитражу ако је арбитража била уговорена, или поднети тужбу надлежном суду ако ништа друго није решено; 4. свака страна може се обратити Сталном комитету Међународне трговинске коморе за регулисање уговорних односа, тражећи да овај именује треће лице (или веће од три члана) у складу са одредбама Правилника Међународне трговинске коморе о уређивању уговорних односа. Треће лице ће у име уговорних страна одлучити да ли су испуњени услови предвиђени за измену уговора. Ако јесу, оно ће изменити уговор на правичној основи како би се спречило да било која од уговорних страна претрпи претерану штету. Одлука трећег лица обавезује уговорнике и сматра се саставним делом уговора.

⁷⁴ C. Kessedjian, *Competing Approaches to Force Majeure and Hardship*, International Review of Law and Economics No. 3, Vol. 25 (September 2005), 425.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Уп. „Thus, where paragraph 3 does not work, either because the performing party fails to offer alternative terms or because the non-performing party fails unreasonably to accept them, then the likelihood is that a claim will be made, either for termination brought by the party invoking the Clause or for breach of contract brought by the other party. That claim would go to arbitration or litigation under the general dispute resolution terms in the contract, for example by reference to any of the dispute resolution services provided by ICC.“ (Истракао J. B.) *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена е) уз ICC Hardship Clause 2003, 17.

односе на оцену испуњености услова за раскид, реализацију, као и правне последице раскида.⁷⁷

У *ICC Hardship Clause 2003* није предвиђено обраћање суду (арбитражи) ако стране током преговора не постигну споразум. Сматрало се да клаузулом треба охрабрити стране да раде на сопственим решењима, уместо да се изричито стипулише могућност ограниченог упућивања предмета трибуналу.⁷⁸ Оцењено је да би постојање посебне одредбе о решавању спорова у *hardship* случајевима, која би постојала уз општу одредбу о решавању спорова, могло изазвати непотребну и непожељну конфузију.⁷⁹

VII ЗАКЉУЧАК

Интерес за решавање проблема промењених околности у уговорним односима показују не само правници, већ и привредни субјекти и њихова удружења. Због веома уске примене међународних и националних извора у судској и арбитражној пракси, стране, да би отклониле неизвесност да ли ће, када и у ком правцу промењене околности утицати на правно дејство уговора, најчешће изричито расподељују ризик њиховог наступања. Да би олакшала процес њиховог састављања, Међународна трговинска комора је израдила и заинтересованим лицима препоручила *ICC Hardship Clause 2003*. Приликом формулисања *hardship* клаузуле, као водич могу послужити и одредбе чл. 6.2.1 – 6.2.3 UNIDROIT Начела. Како би се узеле у обзир посебне карактеристике одређене трансакције, међународни трговински уговори често садрже много прецизније и детаљније одредбе. У одсуству потребе за заштитом потрошача, међународна трговина представља идеално окружење за слободан развој уговорних структура.⁸⁰ *Hardship* клаузула треба да буде избалансирана и да се подједнако примењује на обе уговорне стране. Колико ће то у пракси бити остварено, остаје питање равнотеже и смисла за меру, како „помирити“ и довести у склад основна начела уговорног права, с једне стране, начела дужности испуњења обавеза и слободе уговарања, а с друге стране, начела правичности, савесности и поштења и једнаке вредности узајамних давања. У сваком случају, приликом састављања *hardship* клаузуле неопходно је, у што је могуће већој мери, избегавати недоречености и

⁷⁷ Вид. Ј. Перовић, *op. cit.*, 643.

⁷⁸ *ICC Force Majeure Clause 2003 and ICC Hardship Clause 2003*, ICC Publication No. 650, Напомена е) уз ICC Hardship Clause 2003, 17.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Вид. К. Р. Berger, *The relationship between the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the new lex mercatoria*, Uniform Law Review No. 1 (Symposium „International Uniform Law Conventions, Lex Mercatoria and UNIDROIT Principles“, Verona University (Italy), Faculty of Law, 4-6 November 1999), Vol. 5 (2000), 166.

нејасноће. Савршена одредба, која одговара свим околностима, свакако да не постоји, али се зато њеним пажљивим формулисањем могу решити барем неке тешкоће у пракси, док ће друге неизбежно наставити да се појављују с обзиром на неизвесност повезану са предвиђањем будућности.

Jovan Vujičić*

HARDSHIP CLAUSE

Summary

Interest in solving the problem of changed circumstances in contractual relationships is shown not only by lawyers, but also by economic entities and their associations. Due to the very narrow application of international and national sources in the court and arbitration practice, the parties, in order to eliminate the uncertainty about whether or not, when and in what direction the changed circumstances affect the legal effect of the contract, most often explicitly allocate the risk of their occurrence. In order to free the routine approach that leads to blind stimulation and rewriting, i.e. entering into the contract of the usual safeguard clauses, without a complete understanding of their importance, it is necessary to become familiar with the types, content and effect of these clauses. By examining these issues in advance and contracting provisions appropriate to the circumstances and needs of specific transactions can be avoided many damages and deficiencies that may arise post factum in business practice.

Key words: *hardship clause, clausula rebus sic stantibus, changed circumstances, international commercial contracts, International Chamber of Commerce.*

* Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Др Емилија Станковић*

Стручни чланак
УДК: 342.7-055.2(37)(4-672EU)

ПОРОДИЧНИ ФИДЕИКОМИС У РИМСКОМ ПРАВУ И НЕКИМ ЕВРОПСКИМ КОДИФИКАЦИЈАМА

Рад примљен: 06. 12. 2018.
Рад исправљен: 23. 12. 2018.
Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Фидеикомиси (*fideicommissum*) су првобитно биле жеље тестатора које су се односиле примера ради, на место сахране, на жеље поводом склапања брака и сл. Тада, такве жеље нису производиле никакво правно дејство већ су стварале моралну обавезу за лица којима су биле упућене. Овакве молбе тестатор је упућивао лицима која су стекла нешто из заоставштине. Касније, почев од Августа фидеикомиси су добили правну заштиту и то у случајевима када су наложени у корист одређеног лица и да су имовинског карактера. Фидеикомиси су веома слични једном другом институту који такође потиче из римског права, легату. Ипак, легат је институт искључиво имовинског карактера, док фидеикомис то није. Легат је од настанка заштићен тужбом, док фидеикомис у почетку то није. Ове разлике се у Јустинијановом праву губе и ова два института постају синоними. У посткласичном праву настаје један нови институт, породични фидеикомис (*fideicommissum familiae relictum*), којом је породична имовина постала неотуђива. Дакле, овим фидеикомисом је налагано да ће убудуће неподељену имовину добијати најстарији син (*primogenitura*) или најмлађи син (*ultimogenitura*). Своју пуну примену овај институт је добио у средњем веку и био је темељ тог друштвеног уређења. Институт је из употребе уклоњен након буржоаске револуције и није својствен модерним правима. Институт фидеикомиса познаје Аустријски грађански законик, као и Српски грађански законик који му је био изворник. Буржоаске кодификације које су овај институт прихватиле нису га дуго примењивале већ је у зависности од ситуације бивао укидан.

Кључне речи: фидеикомиси, легати, Август, породични фидеикомис, Аустријски грађански законик, Српски грађански законик.

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, estankovic@sbb.rs

I УВОД

Римљани су пре но други антички народи спознали и широко користили институт тестаментa. Вероватно да је један од разлога био очување породичне имовине и њено усмеравање на потомке, а не на најближе агнате, како је то било одређено Законом 12 таблица, најстаријом римском кодификацијом. Уз тестамент је *de cuius* обично састављао и кодицил (*codicilli testamentarii*) који је садржао неке друге жеље оставиоца, упућене свом наследнику, у односу на неко друго лице, попут исплате одређене суме новца, давања неке ствари и сл. Овај институт познат је као фидеикомис (*fideicommissum*). У раду ће бити објашњен настанак института фидеикомиса, као и његов развој од незаштићеног до правом одређеног института. У посткласичном римском праву створен је и институт породичног фидеикомиса (*fideicommissum familiae relictum*), који чини предмет овог рада. Његова рецепција у неким буржоаским кодификацијама је такође појава која завређује пажњу и којој је дато одређено место. Биће представљене две буржоаске кодификације које су за нас важне: Аустријски грађански законик и Српски грађански законик и који су познавали институт породичног фидеикомиса. И у овим кодификацијама породични фидеикомис је опстао неко време да би потом због промењених друштвено економских околности био укинут. Све наведено је обрађено коришћењем историјско правног метода, као и поређењем овог института римског права и његовог постојања у Аустријском и Српском грађанском законнику.

II НАСТАНАК И РАЗВОЈ ФИДЕИКОМИСА (*FIDEICOMMISSUM*)

Римљани су у складу са својом прагматичном природом покушавали, а у највећем броју случајева и успевали, да на практичан начин реше већину питања која су се пред њих постављала. Чини се, да је тако било и у области наслеђивања. Пре но други антички народи су схватили природу и карактер својине као и потребу њеног очувања и преношења на потомке. Потврду таквог става можемо наћи у стварању и широкој употреби најстаријег римског тестаментa, *calatis comitis*, који је прављен пред скупштином. Наиме, још Закон 12 таблица у једној својој одредби каже: „Како (патерфамилијас) одреди о својој имовини и о туторству, нека то буде закон.“¹ Оставити тестамент за Римљане је била обавеза, те је умрети без њега сматрано великом несрећом. Стога је једна од тежих клетви била казна Јупитера уколико лице умре без тестаментa. Ова одредба је од стране нашег професора Стојчевића тумачена као одраз или боље речено доказ, бриге Римљана о својој имовини, остварењу жеље да имовину

¹ Е. Станковић, *Извори римског права*, Крагујевац, 2009, стр. 21 (V 3).

оставе деци и избегавању законског наследног реда, по коме би имовина припадала најближем агнату (брату).² Други антички народи, Јевреји, Грци, стари Германи и Словени нису познавали институт тестаментa, док су Египћани познавали нешто налик на тестамент.³ Тестаментом је *de cuius* одређивао шта ће се догодити са његовом имовином након смрти и то путем именовања наследника. Уз тестамент су Римљани често остављали и кодициле (*codicilli testamentarii*), у којима су биле садржане жеље оставиоца (*de cuius*) у погледу располагања имовином за случај смрти, које нису могле садржати именовање наследника, јер је то по правилима римског права било могуће учинити једино тестаментом.⁴ Кодицили су могли бити тестаментом потврђени (*codicilli testamento confirmati*) или непотврђени (*codicili non confirmati*).⁵ По правилима класичног права фидеикомиси су своје место нашли у непотврђеним кодицилима (*codicili non confirmati*).⁶ У кодицилима су најчешће били садржани фидеикомиси (*fideicommissum*). Фидеикомиси су се за разлику од легата могли наћи и у непотврђеним кодицилима.⁷ Форма кодицила се мењала временом, те је од неформалног писмена прерастао у јавну исправу. Јустинијаново законодавство је за сачињавање кодицила захтевало присуство пет сведока.⁸

У почетку је фидеикомис (*fideicommissum*) био неформално изражена молба оставиоца свом наследнику, да изврши неке његове жеље, попут исплате одређене суме новца, давања неке ствари или чак преноса својине на читавој заоставштини неком другом лицу.⁹ Дуго, све до Августа, оваква молба је била моралне, а не правне природе. Како су поред Римљана и пергрини могли давати и добијати у фидеикомис, Гај претпоставља да фидеикомис вуче порекло из *ius-gentium-a*.¹⁰ Почев од Августа фидеикомис постаје правни институт добијајући заштиту пред претором (*praetor fideicommissarius*) у екстраординарном поступку. У провинцијама спор је решаван код управника провинција.¹¹

Фидеикомиси су након што су добили правну заштиту и постали посебан институт наставили свој развој. Будући да се институт

² Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1976, стр. 169.

³ О. Станојевић, *Римско право*, Београд, 2000, стр. 239.

⁴ А. Ромац, *Рјечник римског права*, Загреб, Информатор, 1975, стр. 106.

⁵ D. 29, 7, 8.

⁶ Gai. I. II 270a.

⁷ О. Станојевић, *Гај Институције*, Београд, Нолит, стр. 166, II 270a.

⁸ C. 6,36,8,3; C. 6,4,3,1; C. 6,23,28,6.

⁹ А. Ромац, *нав. дело*, стр. 197; Д. Стојчевић, *нав. дело*, стр. 177; А. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society Independence Square, Philadelphia, 1953, Reprinted 1980, 1991, str. 470.

¹⁰ Gai. I. II 285.

¹¹ Gai. I. II 278.

фидеикомиса развио уз легат он је често везиван за њега, а и често му се приближавао. Ипак, већ у класичном праву разлике између легата и фидеикомиса постају знатне: "Велика је разлика између остављања путем фидеикомиса и непосредног легирања."¹² Састављање фидеикомиса било је ослобођено форме, а могли су бити састављени на било којем језику (не само на латинском).¹³ Фидеикомис је могао бити опозван и за то такође није била потребна специјална форма.¹⁴ Фидеикомиси су могли бити установљени у корист било ког лица,¹⁵ а чак су се и фиску¹⁶, уколико је добио заоставштину која није имала наследнике, могли наредити фидеикомиси.¹⁷

Римљани су познавали више врста фидеикомиса, па тако и универзални фидеикомис (*fideicommissum hereditatis*), који је за предмет имао део заоставштине или целокупну заоставштину, односно којим је наследнику налагано да целу имовину (заоставштину) преда неком трећем лицу.¹⁸ Испуњење оваквог фидеикомиса је заправо значило постављање неког трећег лица за наследника.

III ПОРОДИЧНИ ФИДЕИКОМИС (*FIDEIKOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM*) У РИМСКОМ ПРАВУ

Породични фидеикомис (*fideikommissum familiae relictum*) је посебна врста фидеикомиса знана још Римљанима, као институт посткласичног права. За разумевање ове посебне врсте фидеикомиса неопходно је објашњење супституције која је институт значајан у наследном праву. Наиме, код фидеикомиса је супституција била дозвољена и примењивана у много ширем обиму него што је то случај код наслеђа или легата. Тако је оставилац могао одредити да уколико први фидеикомисар умре, одређена ствар или имовина прелази на другог, потом на трећег или четвртог фидеикомисара.¹⁹ Ова врста супституције назива се фидеикомисарна супституција (*supstitutio fideicommissum*). Посебан облик ове, фидеикомисарне супституције јесте породични фидеикомис (*fideikommissum familiae relictum*), чија је сврха била да имовина остане у кругу породице. У време стварања породичног фидеикомиса он је био прописан само за агнате, касније је примењиван и на чланове когнатске породице, док је Јустинијан својим правилима прописао да у недостатку

¹² Gai. I. II 268.

¹³ Gai. I. II 249; Gai. I. II 281; D. 32,11.

¹⁴ D. 34, 4, 3, 11.

¹⁵ Gai. I. II 260-270.

¹⁶ Државна благајна (у најширем смислу оличење државе).

¹⁷ D. 30, 114, 2.

¹⁸ D. 36, 1, 27; D. 28, 2, 18; D. 34, 4, 3, 2.

¹⁹ Gai. I. II 277; D. 35, 1, 36, 1.

рођака то може бити и брачни друг.²⁰ За такве фидеикомисе није био изграђен неки посебни наследни ред, већ је сваки ималац фидеикомиса одређивао коме ће то право након њега остати.²¹ Међутим, предмет фидеикомиса се није смео ни пословима *inter vivos*, као ни пословима *mortis causa* предати било ком другом лицу, морао је остати у породици. Уколико би ова забрана била прекршена, најближи сродник по актуелном рачунању степена сродства је могао ствар тражити за себе.²² Тек је Јустинијан једном својом Новелом (*Novelae*) 159, прописао да је породични фидеикомис у четвртој генерацији слободан.

IV ПОРОДИЧНИ ФИДЕИКОМИС (*FIDEIKOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM*) У СРЕДЊЕВЕКОВНОМ ПРАВУ

Породичним фидеикомисом је требало обезбедити да имовина остане неокрњена у кругу одређене породице. Иако оригинарно институт римског права много ширу примену доживео је у феудалном праву. Неки аутори сматрају да се почеци таквог породичног фидеикомиса јављају у Шпанији, Италији, немачким и аустријским земљама, те да у свакој од њих поседују одређене специфичности.²³ Тако је за оснивање породичног фидеикомиса у Шпанији била потребна дозвола владара. Оваква дозвола није била потребна за установљење породичног фидеикомиса у Италији, чак се може рећи да је био у домену приватне иницијативе. Што се тиче породичног фидеикомиса у немачком и аустријском праву, поједини аутори заступају став да је реч о оригиналном институту старог немачког права.²⁴ Заправо они су тврдили да је у старом немачком праву постојала тежња да се одређени делови имовине сачувају за породицу на тај начин што би имовину након смрти узео у државину његов најближи рођак. Тај део имовине имао је сасвим други третман од имовине коју би држалац стекао као своју и са којом је могао самостално располагати.

Жеља да се имовина сачува у оквиру породица, нарочито оних моћних, угледних и богатих била је нарочито изражена када су путем рецепције у немачко право почела продирати правила римског права о слободи тестирања. Тим правилима дозвољавана је потпуна слобода тестирања изузев нужног наследног дела. Та правила су додатно узнемирила чланове племићских породица и изазвала страх да ће њихова имовина бити уситњена, као и да ће се наћи у рукама оних који немају племићско порекло. Такав след ствари би значео умањење моћи или чак и

²⁰ D. 31, 32, 6; D. 31, 69, 4; C. 6, 38, 5.

²¹ D. 31, 67, 2; А. Ромац, *нав. дело*, стр. 544.

²² D. 31, 69, 3.

²³ Е. Вечек, *О фидеикомисима*, Правосуђе, година IV, бр.1, Београд, 1935, стр. 343.

²⁴ Е. Вечек, *нав. дело*, стр. 343.

нестајање појединих племићских породица. Како су по правилима организације феудалне државе, најмоћније племићке породице имале аутономију и у располагању породичном имовином, оне су установиле институт који је био веома сличан фидеикомису и са истим циљем. Институт је племство основало као противтежу продирања правила римског наследног права о слободи тестирања. Установљење оваквог института који је остављао велике земљишне комплексе у кругу једне породице имао је и негативне последице. Овим начином су велики комплекси земљишта стављани ван промета што није било добро за привредни развој и трговину. Из свих ових разлога држава је водила рачуна о оваквом фидеикомису па је и одобрила његово постојање. За установљење фидеикомиса дуго није било потребно одобрење владара. Леополд I је својим декретом од 02.10.1674. године, прописао да се фидеикомис има забележити код земаљског маршалског суда у посебне за то одређене књиге (*Weisboten protokol*), а код других судова у земљишне књиге.²⁵ Дакле, за установљење фидеикомиса није била потребна одлука владара или било ког другог државног органа, али је било неопходно евидентирати то у јавним књигама. Овакво стање ствари промењено је након доношења Закона од 23.01.1763. године, по коме је за установљење породичног фидеикомиса у аустријским земљама била потребна одлука владара. Након доношења поменутог закона доношене су и друге наредбе које су се односиле на фидеикомисе. Већину тих правила, редактори Аустријског грађанског законика донетог 1811. године, су усвојили.

V ПОРОДИЧНИ ФИДЕИКОМИС (*FIDEIKOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM*) И АУСТРИЈСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

Аустријски грађански законик у делу који се односи на наследно право садржи одредбе о институту фидеикомиса, § 618-§ 646. Српски грађански законик, коме је Аустријски грађански законик био изворник, такође садржи одредбе о фидеикомису. Само што је тај број знатно мањи, § 465-§ 468.

Сходно § 618 Аустријског грађанског законика: „Фидеикомис (породични фидеикомис) јесте наређење, по коме је извесно имање оглашено за неутуђиво добро породично за сва будућа или за неколика покољења.“²⁶ За установљење породичног фидеикомиса била је потребна дозвола законодавне власти, као и сачињавање списка свих ствари који мора бити оверен и остављен у суду на чување.²⁷ Дакле, за постојање породичног фидеикомиса је било потребно доношење посебног закона

²⁵ Е. Вечек, *нав. дело*, стр. 344.

²⁶ Д. Аранђеловић, *Аустријски грађански законик*, Београд, Геце Кон, 1922.

²⁷ § 627 Аустријски грађански законик.

(одобрења) и тек након тога уговор о установљењу породичног фидеикомиса постаје важећи. Породични фидеикомис могао је бити установљен тестаментом или неким другим правним послом. Поред основног циља успостављања породичног фидеикомиса, очувања породичне имовине, не ретко се могу наћи жеље или чак захтеви за уговореним сталешким браком.²⁸ Уколико би ова жеља била пренебрегнута долази до губитка права на фидеикомис. До разрешења од фидеикомиса може доћи уколико нема наде да ће бити било каквог потомства, које би могло бити позвано на фидеикомис. Уз овај услов било је потребно имати и пристанак власника користи, као и свих очекивалаца, који ће се огласом позвати на саслушање староца потомства и одобрење суда.²⁹ Фидеикомис може и престати, а то се догађа када пропадне фидеикомисно добро, или ако су изумрле, без наде на потомство, све лозе које би по завештаочевој наредби долазиле на фидеикомисно добро.³⁰

VI ПОРОДИЧНИ ФИДЕИКОМИС (*FIDEIKOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM*) И СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

Иако је Српски грађански законик рађен по угледу на Аустријски грађански законик и често некритички називан скраћеном верзијом тог Законика, и на институту фидеикомиса се може видети да та констатација није у потпуности тачна. Наиме, не само што је знатно мањи број параграфа којима се регулише институт фидеикомиса, већ постоје и друге разлике које су очигледне већ у самој дефиницији. „Ако би пак један завешталац определио, да његово извесно имање нпр. кућа, њива, ливада, баштина итд. на више колена у родбини његовој остати мора, нити се без ванредне нужде на другом пренети може, то ће остати стално, и прелазиће по опредељењу његовом, или на прворођеног, или најмлађег, или најстаријег од фамилије.“³¹ Садржајно разлике нема, али Српски грађански законик није за успостављање породичног фидеикомиса захтевао дозволу законодавне власти. Даље се наглашава да је овакво располагање дозвољено само лицу које је имовину само стекло.³² Српски грађански законик за породични фидеикомис користи и термин „заветина“.

²⁸ Е. Вечек, *нав. дело*, стр. 349.

²⁹ § 644 Аустријски грађански законик.

³⁰ § 645 Аустријски грађански законик.

³¹ И. Петковић, *Грађански законик за краљевину Србију*, Београд, 1939, § 465.

³² § 466 Српски грађански законик.

VII ДАЉА СУДБИНА ПОРОДИЧНОГ ФИДЕИКОМИСА (*FIDEIKOMMISSUM FAMILIAE RELICTUM*)

Породични фидеикомис је најчешће коришћен у феудалном праву, тако што је феудално добро остављано најстаријем сину (систем примогенитуре), с тим што је његова обавеза била да га неокрњеног преда у наслеђе свом најстаријем сину, тј. оставиоцевом унуку и тако даље. Породични фидеикомис је у средњовековном праву служио да би се очувао феуд у кругу породице. На тај начин је поред очувања породичне имовине штићен и чуван утицај који је породица имала, како политички тако и економски. Опис таквог стања ствари налазимо и код великих писаца попут Гетеа.³³ Путем породичних фидеикомиса су поред очувања имовине и утицаја моћних феудалних породица успоравани правни промет и економски развој јер су велики комплекси земље и других добара били изузети из правног промета. Зато не чуди чињеница да буржоаска револуција укида породичне фидеикомисе и забрањује њихово даље установљење. Прва грађанска кодификација *Code civil* не познаје институт породичног фидеикомиса као ни грађанске кодификације земаља чији су кодекси рађени по угледу на њега. Институт породичног фидеикомиса је укинут и у аустријском праву (1939. године), као што је случај и у немачком праву.

Српски грађански законик будући да је рађен по угледу на Аустријски грађански законик као што је већ речено садржао је одредбе о породичном фидеикомису.

У Југославији је Уставом из 1921. године укинут је институт породичног фидеикомиса. Тада су наравно постављена бројна питања од којих је најважније било шта са већ постојећим породичним фидеикомисима јер је дирање у њих значило повреду стечених права. Професор Аранђеловић, сматра да су фидеикомиси укинати Уставом, даном његовог ступања на снагу и да за њихово коначно укидање није потребно доносити никакве нове прописе. Овакав став имао је и Касациони суд у Београду.³⁴ Породични фидеикомиси су дефинитивно укинати Законом о ликвидацији породичних фидеикомиса донетим 1934. године.

VIII ЗАКЉУЧАК

Породични фидеикомис настао је у римском посткласичном праву и још тада му је циљ био очување породичне имовине. Заправо он је омогућио да породична имовина *de facto* постане неотуђива. Овим

³³ Ј.В. Гете, *Фауст*, Европа, 1997, превод И. Мамузовић, стр. 438.

³⁴ Према, Е. Вечек, *нав. дело*, стр. 351.

фидеикомисом је налагано да ће убудуће неподељену имовину добијати најстарији или најмлађи син. Свој процват институт породичног фидеикомиса доживљава у седњевику праву. Буржосака револуција укида овај институт али га једино *Code civil* избацује из употребе. Аустријски грађански законик, као и Немачки грађански законик су познавали и регулисали институт породичног фидеикомиса. Измене и допуне тих кодификација су институт породичног фидеикомиса укинуле што је и логично с обзиром на чињеницу да за таквом врстом правила није било потребе. Српски грађански законик је такође познавао породични фидеикомис што је разумљиво када се зна да је рађен по угледу на Аустријски грађански законик. Наравно да је касније, 1921. године институт породичног фидеикомиса укинут јер је престала да постоји потреба за таквим институтом због промењених друштвених околности.

Emilija Stanković, LL.D*

FAMILY FIDEICOMMISSUM IN ROMAN LAW AND SOME EUROPEAN CODIFICATIONS

Summary

Originally, fideicommissum represented the wish of the testator related to, for example, the place of burial, or the wish related to concluding marriage, etc. Such wishes in those times were not legally binding, but rather created moral obligation for the persons to whom they were directed to execute them. It was a wish, or a request made by the testator to be fulfilled by the persons who inherited his estate. Later on, it was Augustus who instituted fideicommissum as legally binding by favouring it in particular cases related to property rights. Fideicommissum was very similar to one other institution which also originated from Roman law, the legate. However, this institution exclusively referred to property, which was not the case with fideicommissum. These distinctions were lost in Justinian's Code where they became synonyms. In postclassical law, another institution emerged, called family fideicommissum (fideicommissum familiae relictum), which made family property inalienable. Thus, this fideicommissum ordered that family property be inherited by the eldest son (primogenitura), or the youngest son (ultimogenitura). This

* Full-time professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

institution was fully applied in the Middle Ages becoming the basis of the social order of those times. It was abolished by bourgeois revolution and was not accepted later on in modern legislations. Fideicommissum was the part of Austrian Civil Code, as well as Serbian Civil Code which originated from it.

Key words: *Fideicommissum, legate, Augustus, family fideicommissum, Austrian Civil Code, Serbian Civil Code*

Весна Пајевић*

Стручни чланак
УДК: 364-051.2

ХРАНИТЕЉСТВО КАО ОБЛИК ПРИВРЕМЕНЕ ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ДЕТЕТА

Рад примљен: 29. 11. 2018.

Рад исправљен: 23. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Право детета да живи са родитељима и деинституционализација у процесу реформе социјалне заштите омогућили су да свако дете живи и одраста у породичном окружењу, односно да има породицу. Процена да је у примарној породици детета угрожен његов најбољи интерес је основ за издвајање из породице, те примену одговарајуће мере заштите у складу са индивидуалним карактеристикама и потребама детета. Породичноправно збрињавање деце је начин да се у новим породичним оквирима надомести и настави брига о детету и омогући остваривање и заштита његових права и интереса. Породичноправно збрињавање детета може бити трајно и привремено.

Број деце на породичном смештају у Републици Србији је у непрекидном порасту и указује да је очување интегритета породице и живота детета са његовим родитељима постало изазовније него икада. Привремено измештање детета из примарне породице и смештај у другу породицу регулисано је институтом хранитељства у Породичном закону и Правилнику о хранитељству, те као услуга породичног смештаја у Закону о социјалној заштити. Циљ овог рада је посебан осврт на привременост као једно од основних обележја хранитељства, на разлоге и тежкоће око утврђивања његовог прецизног временског трајања, као и на проблем тумачења привремености.

Паралелна примена више законских и подзаконских прописа у овој области намеће потребу да се приликом обраде теме овог рада узме у обзир поред института хранитељства и услуга породичног смештаја.

*Секретар – правник Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац, студент друге године докторских студија Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, cukovicvesna@gmail.com

Кључне речи: *хранитељство, услуга породичног смештаја, привременост хранитељства, тумачење привремености, најбољи интерес детета.*

I УВОД

Конвенцијом УН о правима детета прокламовано је право да дете које је привремено или трајно лишено родитељског старања или када је то у његовом најбољем интересу буде издвојено и да има право на посебну заштиту и помоћ државе која између осталог обухвата и смештај у другу породицу.² Уставом Републике Србије установљена је дужност државе да пружи посебну заштиту деци о којој се родитељи не старају и деци која су ометена у психофизичком развоју.³ У Републици Србији је привремено породичноправно збријавања деце актуелно регулисано у више законских и подзаконских аката што ствара значајне тешкоће у практичној примени њихових одредаба. Породични закон прописује услове за заснивање, дејства и престанак хранитељства.⁴ Према Закону о социјалној заштити пружањем услуга породичног смештаја деци и младима се привремено, до завршетка редовног школовања односно до навршене 26. године живота обезбеђују нега, заштита и услови за оптималан развој у породичном окружењу.⁵ Правилник о хранитељству дефинише хранитељство као меру заштите детета без родитељског старања, односно детета под родитељским старањем које има сметње у психофизичком развоју или поремећај понашања, а које привремено не може да живи са својим родитељима.⁶

Привременим породичноправним збријавањем се омогућава живот у безбедном, сигурном и стимулативном породичном окружењу и стицање породичног модела живота за сву децу која морају бити издвојена из примарне породице.

Разлози лишења детета примарног породичног окружења се проналазе у кризним породичним ситуацијама које су различите по свом узроку, интензитету, времену трајања и разрешивости. Нарушена стабилност породичног језгра доводи у питање остваривање права детета будући да се

² Конвенција УН о правима детета, усвојена 20. новембра 1989. године 44/25 Генералне скупштине УН, чл. 20., Конвенција УН о правима детета је ратификована Законом о ратификацији Конвенције Уједињених нација („Сл.лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр.15/90 и „Сл.лист-Међународни уговори“, бр.4/96 и 2/97).

³ Устав Републике Србије („Сл. гласник Р. Србије“, бр. 98/2006), чл. 66 ст. 3.

⁴ Породични закон РС („Сл. гл. РС“, бр. 18/2005...6/2015) чл. 110. - чл. 123. (у даљем тексту: ПЗ).

⁵ Закон о социјалној заштити („Сл. гл. РС“, бр. 24/2011) чл. 52. ст. 2. (у даљем тексту: ЗОСЗ).

⁶ Правилник о хранитељству („Сл. гл. РС“, бр. 36/2008) чл. 2. ст. 1.

њихов највећи број остварује управо у породичном оквиру. Хранитељством се омогућава двострука заштита и помоћ, првенствено и непосредно детету, а онда и породици да се превазиђе кризна ситуација и да се створе услови за повратак детета. Хранитељска породица представља пандан биолошкој породици у многим улогама и функцијама.

II ПРИВРЕМЕНОСТ ХРАНИТЕЉСТВА КАО ЈЕДНА ОД ЊЕГОВИХ ОСНОВНИХ ОДРЕДНИЦА

Свако одвајање од родитеља представља трауматичан догађај у животу детета и треба га избећи кад год је то могуће, подршком породици да се превазиђе кризна ситуација. Према Смерницама Уједињених нација за алтернативно старање о деци издвајање детета из породице треба посматрати као последњу меру којој се прибегава и, кад год је могуће треба да буде привремена и да траје што је могуће краће.⁷ Смерницама је јасно указано да смештај детета у другу породицу треба да буде у функцији његовог најбољег интереса, али исто тако да даље активности морају бити засноване на његовом што бржем повратку примарној породици. „Хранитељство се заснива одлуком органа старатељства,⁸ то је решење о признавању права на породични смештај, а не решење о хранитељству, што је једна од потврда паралелне примене Породичног закона и Закона о социјалној заштити у овој области. Овим решењима се не утврђује време трајања породичног смештаја.

Након заснивања хранитељства закључује се уговор између центра за социјални рад надлежног за заштиту детета и хранитеља. У њему нема одредаба о трајању заснованог хранитељства, осим датума почетка примене уговора и разлога за престанак уговора. Управо се у разлозима за престанак уговора могу пронаћи и елементи за одређивање времена када хранитељство може да престане или престаје, али не и прецизније временско одређење трајања конкретног заснованог хранитељства.

Једно од питања које се поставља је колико је целисходно и оправдано, обзиром на његов значај у заштити деце као посебно осетљиве категорије друштва, хранитељство детерминисати привременошћу, а друго, утврдити разлоге због чега је то тако и да ли постоји могућност његовог прецизног или бар прецизнијег временског одређења?

Терминолошки, привременост се може различито тумачити што отвара пут неуједначеном поступању у његовој примени, те правној несигурности.

Увидом у расположиве податке из Извештаја о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац чија надлежност обухвата

⁷ Смернице УН за алтернативно старање о деци од 15.06.2009. године, чл. 14.

⁸ Вид. ПЗ чл. 110. ст. 1.

територију 5 управних округа (Шумадијски, Рашки, Расински, Моравички и Златиборски), утврђује се да је на дан 31.12.2013. године од укупно 386-оро деце 51% деце на породичном смештају боравило 2-6 година. Број деце који је био на смештају дуже од 6 година рапидно опада, па је тако 14,5% деце на смештају 7-10 година, 3,62% на смештају 11-14 година, док је забележен по један смештај у трајању од 15-17 година и од 18 и више година. Такав тренд се наставља и у 2014. години, када је значајно повећан број смештене деце у односу на претходну годину, па је од укупно 499 деце на дан 31.12.2014. на смештају било 36% деце од 1-3 године, али се у односу на претходну годину уочава пораст броја деце која су на смештају од 10-13 година којих је било 7,61%. У 2015. години од укупно 541-ог смештеног детета, 32,1% деце боравило је на смештају 1-3 године, 4,25% деце боравило је 10-13 година, те 1,85% деце преко 14 година. У 2016. години од 555 деце 32,43% деце је било на смештају од 1-3 године, 6,6% деце од 10-13 година, 1,26% деце преко 14 година. У 2017. години од укупно 572 деце 34,8% деце је било на смештају од 1-3 године, 7,51% деце од 10-13 година, 1,04% деце преко 14 година.⁹

Према подацима из Извештаја раду Центра за породични смештај и усвојење Београд, на дан 31.12.2017. је 47% деце боравило на породичном смештају до 3 године, односно 35 % од једне до три године. У поређењу са 2016. годином мањи је број деце која су краће на породичном смештају у односу на број деце која су дуже на породичном смештају - 4 до 5 година и 10 до 13 година. Из ових података може се закључити да привременост постепено престаје да буде обележје хранитељства као облика заштите. Ово би се могло приписати чињеници недовољно развијених услуга подршке биолошкој породици које би омогућиле повратак детета у породицу порекла; нису јасно дефинисани (или се не поштују) рокови у планирању сталности за дете, не доносе се (или се не реализују) паралелни (резервни) планови услуга и мера; недостају механизми за брже регулисање породичноправног статуса детета; нису усклађена очекивања усвојитеља са карактеристикама деце за коју је усвојење начин обезбеђивања сталности. Проблем дугог борава деце у хранитељским породицама онемогућава да већи број деце користи ову услугу „на месту“ деце којој породични смештај више није потребан. Уколико деца остају „заглављена“ у хранитељским породицама, и када циљ постављен у плану услуга и мера заштите није „породични смештај до осамостаљивања“, доводи се у питање заштита најбољег интереса деце.¹⁰

⁹ Извештаји о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац, доступно на: (<http://www.hraniteljstvokg.rs/ww/index.php?p=129&nd=1&ni=34>, датум посете 15.06.2018).

¹⁰ Извештај о раду Центра за породични смештај и усвојење Београд за 2017. годину, доступан на: <http://www.hraniteljstvocps.gov.rs/informacije-o-radu-centra.htm>, датум посете 15.06.2018).

Према подацима из Синтетизованог извештаја о раду центара за породични смештај и усвојење који је објавио Републички завод за социјалну заштиту за 2016. годину, готово половина деце и младих, 49%, боравила је на породичном смештају до три године. У Извештају је наведено да је дужина боравка деце и младих на породичном смештају условљена, како чињеницом да се процеси породичноправне заштите још увек одвијају веома споро, тако и тиме да услуга подршке биолошким породицама има мало, па тако породични смештај од привременог, постаје дугорочни облик смештаја.¹¹

Када се говори о временском трајању хранитељства потребно је направити дистинкцију између временског трајања хранитељства као института породичног права и временског трајања конкретно заснованог хранитељства.

III ЕЛЕМЕНТИ ЗА ОДРЕЂИВАЊЕ ВРЕМЕНСКОГ ТРАЈАЊА ХРАНИТЕЉСТВА КАО ИНСТИТУТА ПОРОДИЧНОГ ПРАВА

Одређивање временског трајања хранитељства као института породичног права је утврђивање његове почетне и крајње временске границе, односно када хранитељство може најраније да се заснује и када најкасније мора да престане. Елементи помоћу којих се може утврдити временско трајање хранитељства су узраст и лична својства детета које се смешта у хранитељску породицу као и разлози за престанак хранитељства који су предвиђени Породичним законом. Породични закон прихвата субјективне критеријуме на страни детета као одлучујуће за одређивање могућег почетка и окончања хранитељства. Временско трајање хранитељства је одређено прописивањем да се оно може засновати ако је дете малолетно, те да се засновано хранитељство може продужити и после навршених 18 година живота храненика, ако дете има сметњу у психо – физичком развоју и ако је неспособно да се само стара о себи и о заштити својих права.¹² Тумачењем ове одредбе може се закључити да се хранитељство може засновати најраније од „рођења“ детета, као и да није прописана горња граница животне доби до које може трајати овако продужени хранитељски смештај. Продужење хранитељства након навршене 18. године живота значи да на хранитељском смештају могу бити и пунолетна лица, али да се хранитељство може засновати само са малолетним лицем.

Елементи за утврђивање времена трајања хранитељства могу се идентификовати у разлозима за његово окончање, у делу Породичног закона који уређује начине престанка хранитељства. Основи престанка хранитељства

¹¹ Синтетизовани извештај о раду Центара за породични смештај и усвојење за 2016. годину, доступан на: http://www.zavodsz.gov.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=160&Itemid=157, датум посете 15.06.2018).

¹² Вид. ПЗ, чл. 112. ст. 2.

зависни су од испуњења одређених услова на страни детета, хранитеља, родитеља детета, као и од врсте одлука органа старатељства и представљају *ex lege* његову крајњу временску границу. „Хранитељство престаје када дете наврши 18. годину живота, када стекне потпуну пословну способност пре пунолетства, када буде усвојено, када умру дете или хранитељ, раскидом хранитељства.“¹³ Хранитељство је дефинисано као мера заштите детета, па би се смрт хранитеља пре могла сврстати у разлог престанка конкретно заснованог хранитељства, ако супружник преминулог хранитеља није у могућности да преузме бригу о детету или је реч о хранитељу појединцу. У сваком случају дете се након смрти хранитеља може сместити у нову хранитељску породицу. „Хранитељство се може продужити најкасније до навршене 26. године живота детета ако се дете редовно школује.“¹⁴ Овој одредби Породичног закона би пре место било у делу закона који регулише општу подобност храненика, односно могућност и услове продужења заснованог хранитељства.

Иако је тема рада привременост хранитељства као мере породичноправне заштите деце, не можемо да занемаримо чињеницу да Закон о социјалној заштити међу услугама социјалне заштите прописује услугу породичног смештаја којом се деци и младима привремено до завршетка редовног школовања односно до навршене 26. године живота, обезбеђује нега, заштита и услови за оптималан развој у породичном окружењу. Закон о социјалној заштити проширује круг лица која могу бити привремено збринута у породици ван примарне, у односу на Породични закон, у смислу да се заснивање породичног смештаја не условљава искључиво малолетством, већ да је то услуга која се пружа и пунолетним лицима, привремено, до завршетка редовног школовања, односно до навршене 26. године живота.

IV ЕЛЕМЕНТИ КОЈИ ОДРЕЂУЈУ ВРЕМЕНСКО ТРАЈАЊЕ КОНКРЕТНО ЗАСНОВАНОГ ХРАНИТЕЉСТВА

Након утврђивања граница временског трајања хранитељства као института следи утврђивање временског трајања конкретно заснованог хранитељства које мора бити у оквирима временског трајања хранитељства као института. На конкретно засновано хранитељство утичу бројни и разноврсни фактори који уједно опредељују његово временско трајање.

Према Породичном закону хранитељство се може засновати ако је то у најбољем интересу детета.¹⁵ Оно је, пак, у најбољем интересу детета уколико:

¹³ Вид. ПЗ, чл. 121. ст. 1.

¹⁴ Вид. ПЗ, чл. 121. ст. 2.

¹⁵ Вид. ПЗ, чл. 111.

- Представља одговор на потребе детета за безбедношћу, физичким, здравственим, емоционалним и социјалним развојем, васпитањем и образовањем;

- Обезбеђује трајност односа и веза са породицом порекла и другим особама важним за дете;

- У највећој могућој мери обезбеђује услове за превладавање застоја у развоју и оптималан развој детета.¹⁶

Из наведеног се утврђује да је хранитељство у функцији најбољег интереса детета уколико омогућава остваривање значајних права детета међу којима су право на живот, опстанак и развој, право на здравствену и социјалну заштиту, образовање, идентитет, те право на одржавање личних контаката и односа са родитељима и другим њему блиским лицима. Овим се желело указати на то да хранитељство није једноставно „чување детета“, већ једна широка лепеза права, дужности и одговорности хранитеља према детету на хранитељству, у дететовом најбољем интересу. Остваривање права детета као и његов напредак и развој у хранитељској породици могу бити препрека и кочница његовом повратку у примарну породицу ако је утврђено да родитељи детета нису у могућности и немају капацитета да наставе започет процес, посебно код деце са сметњама у развоју и поремећајем у понашању. Тиме се ствара могућност да хранитељство „траје“ у циљу очувања права детета на развој и због бројних позитивних ефеката који су постигнути на пољу напредовања и стицања вештина које деца нису могла стећи ни развити у примарној породици. Најбољи интерес детета у оваквим ситуацијама може потенцијално прикрити суштину хранитељства и успорити или потпуно онемогућити повратак детета примарној породици. Раскид хранитељства Породични закон везује за престанак потребе и чињеницу да хранитељство више није у најбољем интересу детета.¹⁷

Разлози заснивања хранитељства нису прописани Породичним законом, исти се могу наћи у најбољем интересу детета¹⁸ и његовом породичном статусу.¹⁹ Према члану 113 Породичног закона хранитељство се може засновати ако је дете без родитељског старања, као и ако је дете под родитељским старањем али има сметње у психо-физичком развоју или је дете са поремећајем у понашању. Дете без родитељског старања је дете које нема живе родитеље, дете чији су родитељи непознати или је непознато њихово боравиште, дете чији су родитељи потпуно лишени родитељског права односно пословне способности, дете чији родитељи још нису стекли пословну способност, дете чији су родитељи лишени права на подизање и васпитавање детета, дете чији се родитељи не старају о детету или се старају

¹⁶ Вид. Правилник о хранитељству, чл. 5.

¹⁷ Вид. ПЗ, чл. 122. ст. 3.

¹⁸ Вид. ПЗ, чл. 111.

¹⁹ Вид. ПЗ, чл. 113.

на неодговарајући начин.²⁰ Иако су ови разлози дати обзиром на породични статус детета они су одраз разлога на страни родитеља детета, изазвани појединим актима и радњама искључиво зависним од воље родитеља, али исто тако и онима који су независни од њихове воље. У ситуацијама када су родитељи потпуно лишени родитељског права, као и права на чување и подизање, односно васпитавање детета, дете остаје на хранитељском смештају или до престанка разлога за потпуно или делимично лишење родитељског права, односно враћања родитељског права или до примене друге мере збрињавања детета у складу са законом. Неадекватно старање о детету и нестарање о детету представљају грубо занемаривање дужности из садржине родитељског права и основ за потпуно лишење родитељског права. Према подацима из Извештаја о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац утврђује се да је међу разлозима за примену породичног смештаја неадекватно родитељско старање доминантан разлог, почев од 2014. године, када је смештено 49-оро деце, од укупно 111-оро деце.²¹ У 2015. години 86-оро деце од укупно 139-оро.²² У 2016. години 93 деце, од укупно 130-оро деце.²³ У 2017. години 60-оро деце од укупно 117-оро деце.²⁴

Породични закон прописује да орган старатељства може засновати и повремено хранитељство, што је такође неодређено са аспекта његовог временског трајања и подлеже различитим тумачењима. Закон о социјалној заштити уређује породични смештај као стандардни, уз интензивну и додатну подршку, ургентни, повремени и друга врста смештаја у другу породицу.²⁵ Правилником о хранитељству је прописано да се у зависности од специфичних потреба детета без родитељског старања и услова за њихово задовољавање примењују различити облици хранитељства: стандардно, специјализовано, ургентно и повремено. У дефинисању облика хранитељства се уочава немогућност прецизног утврђивања њиховог трајања, већ се дужина трајања опредељује „на краћи или дужи временски период“, осим за ургентно хранитељство за које је предвиђено да траје до разрешења кризне ситуације у

²⁰ Вид. ПЗ, чл. 113. ст. 3.

²¹ Извештај о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац за 2014. годину, доступно на: (<http://www.hraniteljstvokg.rs/wsw/index.php?p=129&nd=1&ni=34hraniteljstvo.kg.rs>, датум посете 15.06.2018).

²² Извештај о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац за 2015. годину, доступно на: (<http://www.hraniteljstvokg.rs/wsw/index.php?p=129&nd=1&ni=34hraniteljstvo.kg.rs>, датум посете 15.06.2018).

²³ Извештај о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац за 2016. годину, доступно на: (<http://www.hraniteljstvokg.rs/wsw/index.php?p=129&nd=1&ni=34hraniteljstvo.kg.rs>, датум посете 15.06.2018).

²⁴ Извештај о раду Центра за породични смештај и усвојење Крагујевац за 2017. годину, доступно на: (<http://www.hraniteljstvokg.rs/wsw/index.php?p=129&nd=1&ni=34hraniteljstvo.kg.rs>, датум посете 15.06.2018).

²⁵ Вид. ЗОСЗ, чл. 49.

породици или до примене одговарајуће мере заштите у складу са најбољим интересима детета, што је такође неодређено. Смерницама за развој ургентног хранитељства предвиђа се рок од 60 дана за доношење одлуке о томе да ли престаје ургентно хранитељство или се мења облик заштите или оно прераста у стандардно хранитељство, што је у складу са прописаним роком за доношење плана сталности.²⁶ Закон о социјалној заштити и Правилник о хранитељству не прописују сродничко хранитељство као облик хранитељства, односно као врсту породичног смештаја иако су широко развијени у пракси. У случајевима измештања детета из примарне породице треба настојати да се детету превасходно обезбеди смештај код сродника детета. Предност сродничког хранитељства је између осталог и очекивање да ће сродници успешније моћи детету да осигурају стабилност, континуитет односа, особености социјалне средине и начина живота.²⁷ Осећај повезаности детета са породицом гради веровање и детета и сродника да ће дете, уколико нема могућности да настави живот са родитељима, остати у породици сродника до одраслог доба.²⁸

Током трајања хранитељског смештаја прате се прилике у примарној породици детета у смислу утврђивања престанка околности које су изазвале његово измештање. У надлежности је центра за социјални рад да пружи подршку биолошкој породици ради јачања родитељских капацитета и оснаживања за поновно преузимање бриге о детету. Од капацитета и снага родитеља да разреши породичну ситуацију и створе услове за повратак детета може зависити дужина боравка детета у хранитељској породици. Да ли је оправдано да временско трајање разрешавања породичних прилика опредељује темпо повратка детета примарној породици? Када родитељи нису у могућности да успоставе заједнички живот са дететом ни после уложених додатних напора и добијене подршке и помоћи надлежних институција, а нема основа за лишење пословне способности, нити родитељског права, хранитељство се пролонгира те траје до пунолетства детета, односно 26. године живота, ако се редовно школује. Овакве ситуације у којима је јасно да родитељи неће моћи да преузму бригу о детету нису реткост. То условљаваостанак детета у породици хранитеља до стицања пословне способности, односно 26. године живота, када хранитељство престаје. Нашим позитивним прописима није предвиђена могућност да судска одлука у оваквим ситуацијама може да замени сагласност родитеља за усвојење, као трајно породичноправно збрињавање детета.

²⁶ Смернице за развој ургентног хранитељства, Покрајински завод за социјалну заштиту, Нови Сад, 2014. година, 10.

²⁷ Смернице за сродничко хранитељство, Покрајински завод за социјалну заштиту, Нови Сад 2016. година, 8.

²⁸ *Ibid*, 14.

Породични закон прописује као основ за потпуно лишење родитељског права намеру и неоправдано избегавање стварања услова за заједнички живот са дететом које се налази у установи социјалне заштите за смештај корисника.²⁹ Изостављање одредбе о намери и неоправданом избегавању стварања услова за заједнички живот са дететом које је на хранитељском смештају може се сматрати законским недостатком који опструира могућност трајног збрињавања детета када изгледи за повратак детета у примарну породицу не постоје.

У поступку процене хранитељске породице утврђују се, између осталог, структура породице, стил породичног живота, здравствени статус чланова породице, приходи и расходи породице, доступност и расположивост ресурса. Све су то елементи који су подложни променама које могу утицати на даље бављење хранитељством и зато је неопходно њихово преиспитивање. Преиспитивање опште подобности хранитеља за бављење хранитељством врши се сваке две године, а када је у породици наступила промена која може довести у питање обављање хранитељске улоге, преиспитивање се врши одмах након наступања исте. У случају да су промене такве природе да указују на немогућност хранитеља да адекватно одговоре на потребе детета, надлежни центар за социјални рад ће донети одлуку о престанку хранитељства, односно о престанку постојања опште подобности за хранитељство. Наведени услови су алтернативно постављени и доводе до престанка конкретно заснованог хранитељства, али могу довести и до губитка опште подобности хранитеља и онемогућити му даље бављење хранитељством.

Међу разлозима за престанак хранитељства који су одређени Породичним законом налазе се основи за престанак конкретно заснованог хранитељства и то: смрт хранитеља и поједине врсте одлука органа старатељства донете по захтевима за раскид хранитељства. За бављење хранитељством у највећем броју случајева аплицира хранитељски пар, брачни или ванбрачни, што је оправдано ако се има у виду да хранитељска породица треба да представља пандан биолошкој породици. Не постоје сметње да и поједици имају улогу хранитеља. Смрт хранитеља је чињеница која представља промену околности у хранитељској породици и истовремено основ за преиспитивање даље могућности збрињавања детета у тој хранитељској породици. Смрт хранитеља је основ за престанак конкретно заснованог хранитељства ако се утврди да супружник преминулог хранитеља не може самостално наставити бригу о детету на хранитељству. Лице које је живело са преминулим хранитељем у истој породичној заједници има првенство приликом заснивања новог хранитељства.³⁰

²⁹ Вид. ПЗ, чл. 81 ст. 3. тач. 4.

³⁰ Вид. ПЗ, чл. 121. ст. 3.

Поступање органа старатељства по захтеву за раскид хранитељства зависи из којих разлога и на чију иницијативу је поднет захтев за раскид хранитељства. У случајевима подношења захтева за раскид хранитељства од стране хранитеља или родитеља односно старатеља детета, или подношења њиховог споразумног захтева, орган старатељства може, али не мора да донесе одлуку о раскиду хранитељства. Одлука ће зависити од резултата спроведене процене органа старатељства. У ситуацијама када орган старатељства утврди да је престала потреба за хранитељством или да хранитељство није у најбољем интересу детета тада је дужан да донесе одлуку о раскиду хранитељства. Према Породичном закону захтев за раскид хранитељства поднет од стране хранитеља се квалификује као основ престанка хранитељства, али се он ипак односи на престанак конкретно заснованог хранитељства, а не на трајно одустајање од бављења хранитељством. Хранитељи могу поднети захтев за раскид хранитељства из различитих разлога, личних, породичних или везаних за отежано остваривање потреба детета на хранитељском смештају. Он треба да је благовремен због потребе правовременог обезбеђивања друге хранитељске породице за дете или примене другог адекватног облика заштите. У тим случајевима даља заштита детета зависи да ли је дете под или је без родитељског старања.³¹

V ПОСЛЕДИЦЕ НЕМОГУЋНОСТИ ОДРЕЂИВАЊА ПРЕЦИЗНОГ ВРЕМЕНСКОГ ТРАЈАЊА КОНКРЕТНО ЗАСНОВАНОГ ХРАНИТЕЉСТВА

Хранитељи имају тежак задатак да детету надоместе родитељско старање, а да истовремено не подрију везе између детета и родитеља. У оквиру стандарда стручног поступка за примену хранитељства је и процена опште подобности детета за хранитељство где се планира дужина трајања хранитељства за дете и могућности повратка детета у биолошку породицу.³² „Због тога се сугерише како би требало приликом доношења одлуке о заснивању хранитељства унапред одредити дужину трајања хранитељског односа. Међутим, уколико се хранитељство одужи и изгуби свој привремени карактер, настаје нова ситуација за дете, која мора уживати правну заштиту.“³³ „Честе промене у окружењу у којем се детету пружа заштита, имају штетно деловање на његов развој и способност стварања блиских односа с другима, те их треба избегавати. Краткорочни смештај треба да буде усмерен на стварање услова за одговарајуће трајно решење. Без непотребног одуговлачења треба осигурати трајност смештаја

³¹ Вид. ПЗ, чл. 123.

³² Вид. *Правилник о хранитељству*, чл. 17. ст. 1. тач. 6.

³³ Вељко Влашковић, *Услуга хранитељства у контексту принципа „најбољег интереса детета“*, у „*Услужни послови*“, Крагујевац, 2013, 733.

детета његовом реинтеграцијом са нуклеарном или проширеном породицом, или – када то није могуће – смештањем у алтернативно стабилно породично окружење, или осигурати одговарајућу институционалну бригу.“³⁴

На дужину конкретно заснованог хранитељства може истовремено утицати велики број чинилаца што онемогућава одређивање његовог прецизног временског трајања. Неутврђивање прецизног временског трајања заснованог хранитељства у оквиру могућег почетног и крајњег рока трајања хранитељства је у функцији прилагођавања овог облика заштите потребама сваког конкретног случаја збрињавања детета у хранитељској породици. С друге стране неодређивање прецизног временског трајања заснованог хранитељства не сме бити параван за непримерено дугостанак детета у хранитељској породици, а под плаштом најбољег интереса детета. То није у духу данашњег концепта хранитељства.

Изузетком се могу сматрати сродничка хранитељства којим се деци омогућава да породицу сродника хранитеља не доживе као наметнуту породицу, чиме се у великој мери избегава додатна трауматизација. Такође, процес узајамне адаптације је олакшан јер дете породицу сродника доживљава као природну средину, емоционалне везе су већ успостављене, што ће даље допринети очувању идентитета и континуитета живота детета. „Давањем позитивног мишљења у поступку процене, породица улази у систем и Центар за породични смештај и усвојење може пружати подршку, вршити контролу и преузимати део одговорности за напредовање и заштиту детета и када су неке од компетенција угрожене.“³⁵ То из разлога што су честе ситуације да сродници о деци брину уназад годинама и бригу о њима настављају и истеком хранитељства. Ово нас наводи на закључак да су позитивни ефекти сродничког хранитељства његова значајна предност у односу на остале облике хранитељства, те да због могуће дужине трајања односа дете и сродник – хранитељ може представљати у извесној мери одступање од „привремености“ хранитељства.

VI ЗАКЉУЧАК

Хранитељски смештаји су у највећем броју случајева производ дубоких и некада тешко решивих породичних ситуација и проблема, немогућности, неспремности и немотивисаности родитеља да брину о потомству,

³⁴ Смернице УН за алтернативно старање о деци, чл. 60.

³⁵ Синтетизовани извештај о раду Центара за породични смештај и усвојење за 2016. годину, доступно на: (http://www.zavodsz.gov.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=160&Itemid=157, датум посете 15.06.2018).

непланирање породице, злостављање и занемаривање деце, необезбеђивање услова за живот деце, менталне и друге болести родитеља, склоност склапању више брачних и ванбрачних заједница, напуштање породице, насиље. У оваквим и њима сличним животним и породичним околностима деца су вишеструко угрожена, емотивно запостављена, са тешкоћама у функционисању, васпитно запуштена, ускраћена напредовања и образовања.

Поређењем услова живота и напретка детета у хранитељској породици и живота који би дете имало повратком у биолошку породицу која није у могућности да му пружи негу, заштиту и подршку у обиму и квалитету као хранитељска породица, може се доћи до закључка да је за дете најбољи останак у хранитељској породици. Ако се то сматра најбољим интересом детета оно у хранитељској породици може да остане дуже од „привремености“. Повратак детета у биолошку породицу тада посебно може отежати отпор детета.

Реалност је да хранитељски смештаји данас трају и по више година. Ако је хранитељство облик привремене породичноправне заштите како наћи оправдања за бројна вишегодишња и преко једне деценије дуга хранитељства? Дуготрајни боравак детета у хранитељској породици доводи до тога да се дете интегрише у породицу хранитеља и што је боравак дужи то су изгледи за повратак у биолошку породицу све мањи, што је супротно циљу хранитељства. То доводи до нежељених последица у смислу отуђења детета, губитка контакта са родитељима, те и заборављања његовог порекла.

Истekom крајњег прописаног рока хранитељство се окончава. Даља судбина деце из хранитељског смештаја ће зависити од тога да ли су и колико успешно оспособљена за самосталан живот у друштву?

Ако је повратак детета трајно онемогућен, а други облик заштите неприменљив, трајно породично збрињавање, односно усвојење, намеће се као прави избор. Оно што посебно може отежати поступак усвојења је то што се на хранитељском смештају често налазе деца са различитим индивидуалним карактеристикама, потребама и потешкоћама у развоју и напредовању. У таквим ситуацијама би пожељно било стимулисати хранитеље за усвојење деце са хранитељског смештаја, тако што би се законским решењима прописала та могућност и олакшао поступак усвојења, на пример померањем граница разлике у годинама између усвојитеља и усвојеника. Тиме би значајан број деце био трајно збринут, имао породицу, и не би се прекидао континуитет у животу, развоју и напредовању. Због мноштва фактора чије се дејство и трајање не могу уклопити у исти временски оквир није могуће утврдити прецизно трајање хранитељског смештаја. Али та немогућност не сме водити у другу крајност да се оправдају предуги хранитељски смештаји под изговором „привремености“, односно његовог непрецизног законског одређења.

Vesna Pajević*

FOSTER CARE AS A FORM OF TEMPORARY FAMILY PROTECTION OF THE CHILD

Summary

The temporary relocation of a child from a primary family and accommodation in another family is regulated by the Foster Care Institute in the Family Law and the Foster Care Regulations, and as a family accommodation service in the Social Welfare Law.

The temporary family care enables life in a secure, safe and stimulating family environment and the acquisition of a family life model for all children who need to be separated from the primary family.

Fostering provides a dual protection and assistance, primarily and directly to the child, and then to family in order to overcome crisis and to create conditions for returning of the child.

The reality is that foster care today lasts for a couple of years. Long-term stay of the child in the foster family leads to the integration of the child into the foster family and the longer the stay, the prospects for return to the biological family are reduced, which is contrary to the aim of foster care. This leads to unwanted consequences in terms of alienating of a child, losing contact with parents, and forgetting his or her background.

Due to many factors whose effect and duration cannot fit into the same timeframe, it is not possible to determine the duration of the foster care precisely. However, that impossibility must not lead to the other extreme in form of justifying long-term foster care under the pretext of "temporary", or its inaccurate legal definition.

Keywords: *temporality of foster care, foster care service, temporality of foster care, interpretation of temporality, the best interest of the child*

* Legal Secretary of the Center for Family Accommodation and adoption Kragujevac, PhD student, University of Kragujevac, Faculty of Law

Милица Соврлић*

Стручни чланак
УДК: 347.9(497.11)

АКТУЕЛНОСТ ЕДИКТА *NE QUIS IN SUGGRUNDA* У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ

Рад примљен: 04. 12. 2018.

Рад исправљен: 23. 12. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

Према правилима римског права неодржавање спољних делова објеката или постављање различитих предмета на њима било је санкционисано. Примењујући принцип одбјективне одговорности одговорно лице се за створено стање опасности кажњавало новчаном казном. Ни данас нису ретке ситуације да приликом проласка градским улицама уочавамо необезбеђење саксије на терасама, фасаде које прете да отпаду, неучвршћење рекламе и слично. Из тог разлога, питање одговорности за угрожавање безбедности грађана и њихове имовине не губи на актуелности.

Аутор у раду полази од правила римског права како би указао на историјско-правни аспект одговорности, а потом анализира законске и подзаконске акте домаћег права, који су окосница теме.

Кључне речи: римско право, Српски грађански законик, позитивно право Србије, зграда, одржавање, санкције.

I УВОД

У данашње време, организовање живота је углавном сконцентрисано на урбане средине и вишеспратнице као стамбеним решењем. Континуирано одржавање зграда спада у важно питање, јер услед деловања бројних спољашњих и унутрашњих фактора временом долази до њиховог оштећења. Правилно одржавање подмирује потребе лица која у њима живе, доприноси сигурности пролазника, али и општој уређености градских средина. Међутим, у нашим приликама ово је и даље актуелна тема. Наиме, познато је грађевинско стање многих старијих стамбено-пословних објеката, као и незаинтересованост да се проблем руинираности реши. Просечно низак животни стандард и култура

* Асистент Правног факултета у Крагујевцу, msavrlic@jura.kg.ac.rs.

„бесплатног“ становања довела је до тога да се у одржавање стамбених зграда и станова улаже мање¹. У Србији, до почетка својинске трансформације, станови у вишеспратним стамбеним зградама и сви заједнички делови зграде, као и зграде у целини били су у друштвеној својини, а о одржавању стамбених зграда бринула је држава.² Дакле, станари осим о свом посебном делу, нису морали водити рачуна о стању објекта у којем су живели. Међутим, иако је дошло до својинске трансформације и појаве неколико пројеката масовне станоградње, дилеме о квалитету становања великог броја људи на малом простору изнова се отварају.³ Одржавање свих делова зграде је од вишеструке важности. У првом реду, редовна одржавања доприносе стабилности и функционисању, али не треба занемарити ни визуелни моменат, макар када је реч о зградама које се налазе у градским зонама које су означене као екстра зоне. Међутим, чињеница је да се корисницима стамбених објеката могу приписати поступци, који за последицу могу имати стварање озбиљне опасности по лица и њихову имовину. Речи може бити не само о томе што се спољни делови не одржавају и санирају, већ и о томе што се многе ствари постављају на спољне делове, а да се не води рачуна о томе да ли су у таквом положају безбедне. Бројни прописи предвиђају да се о томе итекако мора водити рачуна, али свакодневница очигледно не прати нормативу, те постојање саксија које нису обезбеђене, трошне зграде код којих фасада или црепови прете да отпаду или у зимским условима неуклањање леденица и лавина снега са кровова нису неуобичајена појава.

У раду смо анализирали следећа питања: шта се подразумева под одржавањем спољних делова зграде, ко су субјекти обавезе одржавања и какве санкције погађају одговорне субјекте. Нормативну окосницу поред Закон о становању и одржавању зграда⁴ чине други закони и подзаконски акти које је било нужно анализирати посебно када је реч о одговорности. Поред анализе позитивних прописа, осврћемо се на правно уређење одговорности за држање ствари у опасном положају по правилима римског права како бисмо указали на историјско-правни аспект

¹ Dj. Mojović, *Kako efikasno održavati stambenu zgradu: Savremeni koncept organizacije, upravljanja i održavanja stambenih zgrada u etažnoj svojini*, Beograd, 2009, 6.

² С. Сворцан, *Текуће одржавање заједничких делова стамбених, стамбено-пословних и пословних зграда у: XXI век—век услуга и услужног права* (ур. М. Мићовић), књ. 2, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2011, 481.

³ Н. Тешкић, *Неколико глоса уз Предлог закона о становању и одржавању стамбених зграда*, у: Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (ур. В. Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2016, 371.

⁴ Закон о становању и одржавању зграда (ЗоСиОЗ), *Службени гласник РС*, бр. 104/16.

одговорности. Едикт *ne quis in suggrunda*, који је уређивао ову одговорност примењивао се на случајеве када су се различите ствари налазиле на висини. Ствари су се у таквом положају налазиле или услед неодржавања објеката или услед уграђивања и ослањања на спољне стране и сваког трену су могле да падну.

II ПРИМЕНА ЕДИКТА *NE QUIS IN SUGGRUNDA*

Према правилима римског права постојала је одговорност за штету насталу избацивањем нечега из просторија и одговорност за створену опасност, која се темељила на опасном положају који је ствар заузимала (саксије са засадом, оштећени кровни покривач, леденице). Разлози за увођење ових квазиделиктних одговорности у основи су се налазили у нерешеним инфраструктурним и стамбеним проблемима, као и немарним понашањима римских грађана. Иако се римској техници и умешности грађења не може приговорити (изградња водоводне и канализационе мреже, путева, итд.), слика урбаних средина у првим вековима римске државе није била налик оној касније. Улице су биле прилично уске за савремене стандарде и са густим распоредом стамбених и пословних објеката. Истурени балкони на зградама са супротних страна тих улица су били толико близу један другом да су станари са супротних страна могли да се рукују.⁵ Поред тога, постојали су и многи проблеми комуналне природе (одлагање различитих врста отпада, свакодневна бука). Завршетак пунских ратова за Римљане је значао промену у начину привређивања, али и знатне промене у области права, друштвеног и свакодневног живота. Услед примата робноновчаних односа многи су се доселили у Рим одлучујући да се баве трговином, банкарским пословима и сл. Међутим, у град су дошли и сви они мали велепоседници који су услед промена пропали, повећавајући тиме број сиромашног римског народа (*misera plebs*).⁶ Услед повећања броја становника решавање питања стамбеног фонда било је неминовно. Недостатак кућа и станова за живот људи најчешће је решаван изградњом инсула (*insulae*). Ови антички небодери били су намењени за становање грађана лошег економског стања. Насупрот њима, богатији грађани су живели у домусу (*domusu*), који је донекле био симбол класне припадности. Комфор стана у вишеспратницама и спрат на којем се становало зависио је од зараде. „Док су станови на првом спрату пространи и прилично скупи, што се више пење, станови су скромнији, све до малих соба, танких, крхких зидова у поткровљу“.⁷ Да би обезбедили комфорно становање, у скученим

⁵ Робер, Ж.Н., *Стари Рим*, Clio 2009, 61.

⁶ B. Eisner, M. Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, 57.

⁷ Робер, Ж.Н., *op.cit.* 235.

становима инсула, станари су често ствари поствљали на спољње зидове или несмотрено ствари избацивали на улицу. Чинило се да је „у сваком отвореном прозору било смрти док се пролазило ноћу“.⁸ Речју, „стамбена ситуација у Риму крајем републике је била таква да се нешто морало учинити ради обезбеђења јавних путева и сигурности грађана“.⁹ Из ових разлога, интервенисао је претор, који је донео два едикта. Реч је о едиктима *ne quis in suggrunda* и *de his qui deicerint vel effuderint*.¹⁰ Оба едикта су донета у периоду републике и имали су циљ да заштите лица и њихову имовину приликом свакодневних пролазака римским улицама.

Доношењем едикта *ne quis in suggrunda* претор је санкционисано понашања чија је последица била потенцијално штетна ситуација, тј. „ако би само постојала могућност да се нашкоди било би места едикту“.¹¹ Сходно томе, претор је императивно прописао, „Нека нико на кровним гредама или на крову, изнад оног места куда се обично пролази или где се стоји, нема постављено оно што падом може нашкодити. Ко би учинио супротно овоме, даћу против њега тужбу на основу чињеничног стања на десет златника“.¹² Дакле, забрана се односила на постављење ствари у положај који се сматрао опасним. Да ли се ствар налазила у положају који није био безбедан процењивало се објективно. Стога, позиционо, ствар је била опасна уколико се налазила на висини и уколико је била довољно тешка.

О свакојаким опасностима сведочи и Јувенал у својим Сатирама пишући о „различитим и разноликим ризицима ноћи“.¹³ У том смислу је записао „...како се високо дижу зграде, одатле те може убити свакојаки цреп, ако са прозора падају пробушене или изобличене посуде, којом тежином ударају тротоар скоро га пробуде...“¹⁴

С обзиром на бројне интересе које је требало заштити намера претора била је да обухвати широк круг лица на које се односила забрана постављања ствари у опасан положај. Из тог разлога, едиктом је било прописано „нека нико (*ne quis*)“.¹⁵ „Нека нико“ се односило на све, било станаре, било власнике зграде, било да ту станују било да не станују, али који имају нешто постављено.¹⁵ У циљу заштите било је прописано да се

⁸ Iuvenalis, *Satirae III*.

⁹ М. Богуновић, *Објективна одговорност у римском праву*, Годишњак факултета у Бања Луци, бр. 36, 2014, 198.

¹⁰ Овај едикт је уређивао одговорност за избацивање или просипање нечега на улицу из куће и стана што је за последицу имало повреду или убиство пролазника или оштећење њихове имовине.

¹¹ D. 9, 3, 5, 11.

¹² D. 9, 3, 5, 6.

¹³ Iuvenalis, *Satirae III*.

¹⁴ Коришћен превод: М. Сић, *Praktikum iz rimskog privatnog prava*, Novi Sad 2002, 230.

¹⁵ D. 9, 3, 5, 8.

сматра да има постављено и онај који сам није поставио, али трпи оно што је постављено од стране другог.¹⁶ Ово је значило да се кажњавало не само активно поступање већ и свако пасивно држање лица које се по одредбама едикта сматрало одговорним. Тако, „уколико роб постави, а господар трпи оно што је постављено, господар ће одговарати не по основу ноксалне тужбе, већ у своје име“.¹⁷ Међутим, уколико би се догодило да ствар падне и неком нашкоди онда се тужба подизала против онога који је ствар заиста поставио, а не против онога који је ту становао. Проблем оваквих ситуација била је идентификација пасивно легитимисаног субјекта, јер „не може се са сигурношћу утврдити да је држао нешто постављено онај који је поставио, сем ако није био власник зграде или станар“.¹⁸

По основу *actio de positis vel suspensis* одговорним лицима изрицана је новчана казна од 10 златника.¹⁹ *Actio de positis vel suspensis* могао је иницирати свако ко би приметио опасност (*actio popularis*). Међутим, у конкуренцији истоветних захтева, претор је давао предност лицу чији је интерес најпре требало заштитити.²⁰ Казна од 10 златника била је прописана према Јустинијановом праву, док је раније, лице од власника објекта на име казне могло добити 10.000,00 сестерција. Овако високо одређене новчане казне као и чињеница да се за отклањање опасности користила *actio popularis* указују на идеју превентивног деловања, али и заштите општег интереса. Уосталом, у самом едикту је било прописано „нико не негира да је корисно што је претор ово прописао, у општој је користи да се путевима пролази без страха и опасности“.²¹

III РЕЦЕПЦИЈА ЕДИКТА У СРПСКИ ГРАЂАНСКИ ЗАКОНИК

Доношењем грађанског законика 1844. године, Србија се уврстила међу европске земаље које су имале кодификацију грађанског права. Кодификаторски подухват је сам по себи био веома вредно достигнуће малене Србије која је тек стасавала као држава.²² Изворник грађанском законуку био је Аустријски грађански законик (АГЗ), а Србија је постала део германске правне породице. Иако постоји спор о томе да ли је Јован Хацић, писац СГЗ-а, заиста био идејни творац појединих решења или

¹⁶ D. 9, 3, 5, 10.

¹⁷ D. 9, 3, 5, 11.

¹⁸ D. 9, 3, 5, 12.

¹⁹ I. 4, 5, 1; D. 9, 3, 5, 6.

²⁰ D. 47, 23, 1, 2.

²¹ D. 9, 3, 1, 1.

²² С. Аврамовић, *Српски грађански законик (1844) и правни транспланти-копија аустријског узора или више од тога*, у: Српски грађански законик-170 година (ур. М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић), Правни факултет Универзитета у Београду, центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 14.

преписивач АГЗ-а, чињеница је да из изворника није преузет само мали број одредби. Међутим, с обзиром на Хацићево правничко знање и образовање немогуће је замислити да приликом израде Законика поред изворника није користио и оргиналне текстове римског права.²³ Наиме, сви до тада донети грађански законици су почивали на римском праву, те је и СГЗ био прожет романистичким идејама. Генерално, читав исторјиски живот Срба протекао је у домовини римског права,²⁴ а које се у одредбама наших законика нашло посредно. Први канал кроз који су у Србију продрле наредбе и идеје римског права јесте Фотијев Номоканон, који је превео св. Сава.²⁵ Међутим, након периода турске окупације, римско право у нашој правној традицији оживљава и то управо путем аустријског права. Као што је добро познато, у оној мери у којој је СГЗ представљао верну рецепцију АГЗ-а, овај је, опет, представљао рецепцију римског права.²⁶ Стога, узимајући у обзир српску правну традицију и утицаје под којима се развијала, сасвим оправдано можемо говорити о рецепцији едикта *ne quis in suggrunda* у СГЗ-у. Поред правне традиције, разлог за рецепцију овог римског едикта био је ванвременски карактер његових одредби. Иако је ондашња Србија у стамбеним и другим грађевинским решењима била другачија у односу на антички Рим, уређење постављања ствари у простору на начин да не угрожавају лица било је потребно ако ништа друго онда због могућих несмотрених људских поступака. Стога, међу одредбама СГЗ-а нашле су се и оне које су регулисале одговорност за угрожавање лица положајем ствари. У §814 Законика било је прописано следеће: „Ако је ствар каква где год намештена, или обешена, да лако пасти или друкче кога осакатити може; онда сваки има право ту предстојећу опасност полицајној власти јавити, која ће извидети и уклонити.“ Уколико упоредимо овај параграф СГЗ-а изворником наићићемо на исти приступ и идентичну формулацију. Наиме, у §1319 АГЗ-а било је прописано: „Ако због вероватне опасности да нека ствар, обешена или намештена на кавом месту, куда се пролази, не падне и пролазнике не оштети, нико још нема права тужити суду, али сваки има права ради опште безбедности, доставити опасност политичкој власти“.

Дакле, одговорност за постављање ствари у простору на начин који доводи до угрожавања лица (пролазника) и њихове имовине била је

²³ Е. Станковић, *О значају римског права за Србију*, у: Правна мисао у срцу Шумадије (ур. Б. Влашковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2012, 33.

²⁴ С. Новаковић, *Васкрс државе српске и друге студије*, Београд, 1986, 245.

²⁵ *Ibid.* 253.

²⁶ С. Аличић, *Уговор о послузи у Српском грађанском закону у светлу римског права*, у: Српски грађански законик-170 година (ур. М. Полојац, З. Мирковић, М. Ђурђевић), Правни факултет Универзитета у Београду, центар за издаваштво и информисање, Београд 2014, 220.

уређена на основу принципа едикта *Ne quis in suggrunda*. Овим едиктом утемељен је правни оквир одговорности за створено стање опасности односно кажњавање и за ситуације које могу да нашкоде. Извор опасности била је ствар чији се штетни потенцијал заснивао на положају који је заузимао простору. Међутим, оно што је приметно и у чему АГЗ и СГЗ одступају у односу на римско право јесте одређење пасивне легитимације. Према се то не наводи изричито као у АГЗ-у, према § 814 СГЗ-а нико не може бити тужен²⁷. Уколико је нека ствар тако постављена да се њен положај сматра опасним требало је само пријавити надлежним органима, који ће је уклонити. Према правилима римског права одговорно лице се за створено стање опасности кажњавало врло високим новчаним казнама.

IV ПОЗИТИВНО ПРАВО СРБИЈЕ

А. Одржавање спољних делова зграде

Појам зграде у нашем праву је широко схваћен. Одређује се с обзиром на грађевинске елементе и намену. Према Закон о становању и одржавању зграда под зградом треба подразумевати објект са кровом и спољним зидовима, изграђена као самостална употребна целина која пружа заштиту од временских и спољних утицаја, а намењена је за становање, обављање неке делатности или за смештај²⁸. Међутим, у закону је направљено одступање од полазних критеријума за опредељење зграде, те под појмом зграде треба подразумевати и надстрешнице, склоништа, па и подземне гараже. На овако схватње појма зграда наилазимо и у Закону о планирању и изградњи, где се у одељку *Појмови* наводи да се зградама сматрају и објекти који имају кров, али немају (све) зидове (нпр. надстрешница), као и објекти који су претежно или потпуно смештени испод површине земље (склоништа, подземне гараже и сл.).²⁹ Остављајући по страни оправданост писања законских одредби на овај начин, зграда поред степена функционалности, који се одређује сходно намени, треба да одговара и условима безбедности како за оне који зграду користе тако и за оне који се нађу у близини као случајни пролазници. Из тога разлога, од важности је предузимање одговарајућих мера и активности по питању одржавања.

²⁷ В. Илић, Рецепција два римска едикта у Српски грађански законик, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 4, 2015, 203.

²⁸ Чл. 3. ст. 2. тачка 2. ЗоСиОЗ-а.

²⁹ Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, 81/09 - испр., 64/10 - одлука УС, 24/11, 121/12, 42/13 - одлука УС, 50/13 - одлука УС, 98/13 - одлука УС, 132/14, 145/14 и 83/18., Чл. 2. ст. 1. тачка 23.

Активности на одржавању зграде могу се вршити кроз 1) хитне интервенције, 2) текуће одржавање и 3) инвестиционо одржавање.³⁰ Сем хитних интервенција, за које је јасно да захтевају тренутно предузимање ефикасних мера, остала два облика одржавања, тј. обим и динамика активности уређени су актом који доноси надлежно министарство. Конкретно, реч је о Правилнику о врсти, обиму и динамици текућег и инвестиционог одржавања зграда и начину сачињавања програма одржавања,³¹ који доноси Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре. Текуће одржавање зграде има за циљ да спречи или уклони оштећења која настају употребом, док су инвестициона одржавања усмерена на побољшање услова коришћења зграде. Предмет текућег и инвестиционог одржавања зграде су заједнички делови зграде, односно грађевински елементи, уређаји, опрема и инсталације у згради.³² Међутим, конкретне мере предузимају се тек након што се провери стање појединих елемената. Правилником су прописани временски интервали провере стања. Примера ради, фасадни зидови, тј. завршна обрада (фасада и фасадна облога) се проверавају на период од 5 до 7 година, а кровни покривач као и завршеци изнад кровних равни на период од 3 до 4 године. Међутим, поједине активности на текућем одржавању морају се предузети и пре. Реч је о активностима које се предузимају ради спречавања штетних последица по живот и здравље људи, животну средину, или имовину веће вредности и које имају приоритет у текућем одржавању зграде. Имају се у виду активности које обухватају: скидање и поправку елемената фасаде и крова за које се утврди да угрожавају безбедност људи и имовине (малтера, фасадних облога, кровног покривача и др.)³³ као и активности скидања или поправке оштећених делова балкона, тераса, лођа и степеништа зграде за које се утврди да угрожавају безбедност људи и имовине.³⁴

Обавеза одржавања спољних делова зграде уређује се и одлукама о комуналном реду. Једна од општих обавеза из домена уређености града је одржавање спољних делова зграде. Одлуке о комуналном реду прописују да су спољни делови зграде сви елементи фасаде, кров, димњак, олук и олучне цеви, тераса, балкони, лођа, прозор, врата, излог и други отвори на згради, надстрешница и други спољни елементи зграде. За нас су посебно интересантни елементи фасада, терасе, балкони и надстрешнице, јер се на њих примењује текуће одржавање, које уколико се не предузима

³⁰ Чл. 58 ст. 1. ЗоСИОЗ-а.

³¹ Правилник о врсти, обиму и динамици текућег и инвестиционог одржавања зграда и начину сачињавања програма одржавања (Правилник), *Сужбени гласник РС*, бр. 54/17.

³² Члан 5. Правилника.

³³ Чл. 7. ст. 1. тачка 1. Правилника.

³⁴ Чл. 7. ст. 1. тачка 5. Правилника.

првенствено доводи до угрожавања људи и имовине. Међутим, уколико поједини делови отпадно одговара се по принципима објективне одговорности за штету. Поред тога, поједини спољни делови су подобни да се на њима држе одређени предмети чији положај такође доводи у питање безбедност. Наиме, на прозорима, терасама, лођама и балконима зграда могу се држати одговарајуће посуде са биљним засадом, али се врши тако да се не оштећује зграда или њени посебни делови и не угрожава безбедност грађана, односно исте мора да буду осигуране од пада.³⁵

Конечно, одржавање спољних делова зграде је двојако. С једне стране обухвата обавезу држања спољних делова уредним (забрањено је лепити плакте, исцртавати графите односно предузимати друге активности који утичу на визуелни идентитет зграде), а с друге, предузимање активности у циљу обезбеђења нивоа функционалности и безбедности (средити фасаду, цреп, димњаке), што је, с обзиром на могуће последице, свакако важнији сегмент обавезе одржавања.

Б. Субјекти обавезе одржавања

Субјекти који имају обавезу одржавања зграде могу бити различити, полазећи од тога да ли је зграда у својини једног лица или се има у виду етажно власништво. Из тог разлога, обавезу одржавања зграде на начин да од зграде односно посебних делова не прети опасност имају власник, уколико је једно лице искључиви власник свих делова зграде, власници посебних делова, за породичне куће, стамбена заједница преко својих органа или професионални управник коме су поверени послови управљања, у стамбеној згради која има заједничке делове зграде и најмање два посебна дела чији су власници различита лица, власници посебних делова преко својих органа, у зградама које немају ниједан посебан део намењен за становање.³⁶

Власник посебног дела односно власник самосталног дела зграде дужан је да одржава заједнички део зграде који чини саставни део његовог посебног дела, односно самосталног дела зграде и да учествује у трошковима одржавања и употребе заједничких делова зграде и катастарке парцеле на којој се зграда налази.³⁷ Из ове законске одредбе произилази да је власникова обавеза двојака, али квалитативно различита. Он има обавезу да предузима фактичке радње које су усмерене ка

³⁵ Одлука о комуналном реду града Крагујевца, *Службени лист града Крагујевца*, бр. 18/14-пречишћен текст, 38/14, 9/15, 44/15, 3/16 и 9/2017, чл. 23 ст.1 и ст. 2. Исто је прописано у чл. 12 ст. 1. и 2. Одлуке о комуналном реду града Ниша, *Службени лист града Ниша*, бр. 57/14, 98/15, 18/17, 18/18 - др. одлука и 18/18.

³⁶ Чл. 15. ЗоСиОЗ-а.

³⁷ Чл. 14. ст. 1. тачке 3 и 4 ЗоСиОЗ-а.

одржавању, али и да учествује у трошковима одржавања. Висина наканде³⁸ коју је у обавези да да сваки власник на име учешћа у трошковима одржавања одређује се одлуком стамбене заједнице. Међутим, износ не може бити нижи од износа прописаног актом о текућем одржавању зграда који доноси јединици локалне самоуправе.³⁹ Овде се има у виду издвајање износа на месечном нивоу и који је намењен само за текуће одржавање,⁴⁰ јер новчана средства за инвестициона одржавања не обезбеђују се на овај начин. Уколико обавезна лица не организују одржавање зграде, надлежни орган јединице локалне самоуправе повериће посао одржавања зграде организацији којој је поверено обављање послова од јавног интереса.⁴¹ Иначе, стамбене заједнице могу поверити одржавање зграде уговором правним лицима или предузетницима који се баве пословима одржавање зграда.

Активности на текућем одржавању, који се изводе ради спречавања штетних последица по живот и здравље људи, животну средину или имовину веће вредности предузимају се без одлагања, у зависности од врсте оштећења или квара, а најкасније у року од 30 дана од настанка оштећења или квара.⁴² Поред овога, активности којима се непосредно угрожава живот, здравље и сигурност људи извршавају се без одлагања, а најкасније у року од 48 сати од сазнања за опасност. Од свих мера које одговорна лица треба да предузму, истакли бисмо ону која се односи на обезбеђење угроженог простора (тротора, прилазних стаза) у окружењу зграде. Наиме, постоји обавеза да се упозоравајућом оградном баријером са знаком упозорења укаже на угроженост безбедности људи и имовине, услед делова склоних паду са стамбене зграде, као и леденица. Међутим, нисмо сигурни да се овај поступак у пракси манифестује на прописан начин односно ретки су они који се у потпуности придржавају законских обавеза.

Поред овога, власници посебних делова у згради су обавезни да воде рачуна и о томе какве предмете држе на својим балконима или терасама и да ли постављање таквих предмета задовољава критеријум безбедности.

³⁸ Минимална висина износа трошкова за текуће одржавање утврђује се применом следећих критеријума: 1) просечна нето зарада у јединици локалне самоуправе за претходну годину, 2) намена посебног или самосталног дела зграде и 3) трошкови текућег одржавања лифта за зграде које имау лифт. Мишљење Министарства грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре, о примени појединих одредби закона о становању и одржавању зграда, бр. 401-00-917/2017-12 од 07.12.2017. године.

³⁹ Чл. 64. Ст. 1. ЗоСиОЗ-а.

⁴⁰ Вид. Чл. 42. ст. 1. тачка 5. ЗоСиОЗ-а, такође Мишљење Министарства грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре, о примени појединих одредби закона о становању и одржавању зграда, бр. 011-00-161/2018-12 од 27. 02. 2018. године.

⁴¹ Чл. 60. ст. 4. ЗоСиОЗ-а.

⁴² Чл. 7. ст. 2. Правилника.

Наиме, положај одређене ствари, која иначе, по својој природи и својствима није опасна, може је учинити опасном.⁴³ Судају по законским прописима, одговорност постоји и излази из домена грађанске одговорности. Само држање или постављање ствари у опасан положај је тежи облик кршења друштвене дисциплине и спада у домен прекршајне одговорности.

В. Санкције

Текуће одржавање има за циљ да обезбеди зграде функционалним, а секундарно и безбедним. Потреба за прописивањем санкција за невршење одржавања последица је чињеница да то што се заједнички делови зграде налазе у својини власника станова у њој, ипак није довољна гаранција њихове заинтересованости за очување зграде.⁴⁴ Станари често немарно поступају када је о овоме реч. Додатни проблем јесте и то што се не издвајају финансијска средства која се намењују за одржавање. Законски текстови који се односе на ову материју неодржавање зграда или постављање предмета на спољним деловима санкционишу новчаним казнама. ЗоСиОЗ предвиђа новчане казне за физичка лица, као власнике посебних делова зграде, уколико нису учествовали у одржавању заједничких делова или нису издвајали износ за одржавање, а имали су обавезу да поступе по решењу надлежног инспектора.⁴⁵ Могућност изрицања новчане казне остављена је и за стамбену заједницу. Новчане казне су у распону од 50.000 до 2.000.000 динара.⁴⁶ Поред новчане казне, као последње мере, ЗоСиОЗ установио је надлежност грађевинског и комуналног инспектора по питању одржавања, што можемо сматрати такође неким видом санкционисања. У оквиру својих надлежности имају право и обавезу да врше провере односно дужност да издају налоге о придржавању прописа. Грађевински инспектор ће у вршењу надзора, уколико установи да је стање зграде такво да би могло довести до штетних последица, донети решење о забрани коришћења зграде или дела зграде. Такође, донетим решењем ће утврдити начин извршења решења, а одговорна лица су у обавези да омогуће несметано предузимање радова⁴⁷. Стога, тек уколико стамбена заједница не поступи на напред описан начин долази у обзир новчана казна.

⁴³ S. Stanišić, *Prilog rasparvi o opasnim stvarima i opasnim delatnostima*, Godišnjak fakulteta u Banja Luci br. 3, 2013, 90.

⁴⁴ Н. Планојевић, *Санкционисање неодржавања стамбених зграда*, у: XXI- век услуга и услужног права (ур. М. Мићовић), књ. 3, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2012, 234.

⁴⁵ Реч је о комуналном инспектору јединице локалне самоуправе.

⁴⁶ Чл. 133. ст. 1. ЗоСиОЗ-а.

⁴⁷ Чл. 128 ст. 1. и ст. 2. ЗоСиОЗ-а.

Међутим, надзор над спољним деловима зграде у једном сегменту је у надлежности комуналне полиције и комуналног инспектора. Комунални полицајци су задужени за одржавање комуналног реда док комунални инспектор врши инспекцијски надзор и у оквиру својих овлашћења врши провере и издаје налоге за предузимање конкретних поступака. Комунални инспектор може донети решење којим налаже да се спољњи делови зграде одржавају у уредном стању, односно да наложи да се са прозора, терасе, лођа или балкона уклоне ствари и предмети који нарушавају изглед зграде, оштећују зграду и угрожавају безбедност грађана.⁴⁸ Уколико утврди повреду комуналног реда овлашћен је, као и комунални полицајац, да изда прекршајни налог и обавести друге надлежне органе да предузму мере из своје надлежности.⁴⁹ Овде се нема у виду надлежност по питању одржавања зграде функционалном, већ уредном, а мерама надлежних органа предупредује се штета, која може да настане падом постављених ствари.

На нужност пажљивог поступања приликом постављања предмета на зградама указују и о одредбе Закона о јавном реду и миру.⁵⁰ У закону је чланом 10. санкционисано новчаном казном или радом у јавном интересу стваљање или држање предмета и уређаја испред зграде или оgrade, односно на згради или оgrade, а уколико се тиме угрожава сигурност грађана или им може нанети штету. Судска пракса прекршајних судова јасно је разграничила услове за постојање овог прекршаја. Радња извршења састоји се како у активном тако и пасивном држању одговорног субјекта. Из тог разлога, прекршај ће постојати када неко поставља предмете у опасан положај или држи опасне предмете. Место извршења су стамбене или стамбено пословне зграде односно улица. Сматрају да под улицом треба подразумевати јавни простор у насељу у коме се редови или група зграда налази са једне или са обе стране пута дајући му изглед улице. Улица није само коловоз, већ и део простора између кућа који подразумева тротора, бицикличку стазу, зелене површине, паркин простор и сл.⁵¹ Да би постојао овај прекршај услов је да предмет односно уређај, због начина како је стављен односно како се држи подобан да угрози нека лица или да нанесе штету имовини. Предмети се могу постављати на самој згради или оgrade. Примера ради, постављање реклама или истицање фирми које нису довољно причвршћене, постављање саксија на симс прозора без заштитне оgrade и сл.⁵²

⁴⁸ Чл. 133. ст. 1. тачке 11 и 12 Одлуке о комуналном реду града Крагујевца.

⁴⁹ Чл. 137. Одлуке о комуналном реду града Крагујевца.

⁵⁰ Закон о јавном реду и миру, *Службени гласник РС*, бр. 6/16 и 24/18.

⁵¹ Из Билтена Врховног касационог суда, бр. 2/2016, аутор Мирјана Тукар, судија Прекршајног апелационог суда.

⁵² *Ibid.*

Коначно, учинци заштите од опасности од пада различитих предмета са зграде могу се остварити и на основу одредбе чл. 156. ст. 1. Закона о облигационим односима.⁵³ Наиме, према овој одредби ЗОО-а свако може да захтева да се уклони извор опасности од којег прети знатнија штета њему или неодређеном броју лица, као и да се уздржи од делатности од које произлази узнемиравање или опасност штете, ако се настанак узнемиравања или штете не може спречити одговарајућим мерама. Међутим, о одговорности за штету која би настала падом ствари искључиво би се одлучивало применом одредби ЗОО-а у којем се налазе општа правила о одговорности за штету од опасне ствари (где спадају и ствари на висини).⁵⁴

V ЗАКЉУЧАК

Одржавање зграде у целини, а посебно њених спољњих делова је код нас још увек актуелна тема. Разлог томе, може бити и то што је до скоро брига о одржавању зграда била на држави. Зграде су углавном биле у друштвеној својини, те је као реликт прошлости остала навика да станари о томе не морају водити рачуна. Заправо, једина брига им је био стан у којем живе. Поред тога, не можемо занемарити лош животни стандард, али и одређени степен безобзирности и немарности станара према заједници и простору у којем живе. Проблем неодржавања објеката и поставља различитих предмета на спољним зидовима није проблем данашњице. Наиме, још је римско право предвиђало одговорност по принципима кавзиделиктне одговорности, за сва лица која су несмотрено избацивала ствари на улицу из својих станова или су постављали предмете на спољне зидове и терасе које су окренуте ка улици. Постављени предмети су сваког тренутка могли да падну и повреду случајне пролазнике. Сличне ситуације постоје и данас. Често можемо уочити на терсама необезбеђене саксије, оштећене кровне елементе, фасаде, или у зимским условима леденице и снежне насlage, које прете пролазницима. Ове ствари посебно постају опасне услед временских непогода (јаки ветрови, обилне кише), јер се степен нестабилности повећава. Кроз рад смо доказали да постоји одговорност и пре него што штета наступи односно одговорност за потенцијалну штету. Штетни потенцијал јесу ствари на спољним деловима вишеспратница било да су последица неодржавања објекта или су постављене. Узимајући у обзир позитивно правно наше земље ради се о прекршајној одговорности и новчаном кажњавању одговорних субјеката.

⁵³ Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03 - Уставна повеља.

⁵⁴ Вид. чл. 173. ЗОО-а и даље.

Пошли смо од зграда као најчешћих стамбених решења. Указали смо на нормативне оквире, који предвиђају обавезу одржавања, и на крају указали на то да неодржавање зграде, уколико оставимо по страни питање функционалности самог објекта, представља извор опасности за настанак штете. Начелно, одржавање зграде има двојаки карактер. С једне стране подразумева држање зграде уредном како не би дошло до промене визуелног идентитета, а с друге, предузимање свих мера и активности чији је циљ обезбеђење функционалности зграде што се најчешће одвија кроз текућа и инвестициона одржавања. Дугорочно гледано, и један и други тип неодржавања могу имати озбиљне последице по стање објекта, те предизимање активности на одржавању не одговарају само интересима станара, већ и интересима свих чланова локалне заједнице. Законски прописи упућују на то да обавезу одржавања имају власници посебних делова, стамбена заједница односно управник или друга лица којима се може поверити посао одржавања. Непоступање по законским одредбама се кажњава новчаним казнама. Међутим, у неку руку се и овлашћења грађевинског и комуналног инспектора могу сматрати својеврсним санкцијама. Наиме, они имају *право и обавезу* да проверавају стања стамбених објеката, али искључиво *обавезу* да доносе решења којима налажу предузимање мера, а све у циљу поштовања прописа. Тек уколико се не поступи по њиховим налозима у обзир долазе новчане казне. Међутим, уколико би ствари пале и начиниле штету одговарало би се по принципима одговорности за штету од опасне ствари. Има се у виду пад било које ствари са објекта, односно није од значаја да ли се ради о ствари која је последица текућег неодржавања (пад оронуте фасаде) или о постављеној ствари (пад необезбеђене саксије са цвећем).

Такође, указали смо на историјско-правни аспект ове одговорности тако што смо анализирали одредбе римског едикта *ne quis in suggrunda*. Овај едикт, донет у периоду републике, уређивао је одговорност за само држање ствари у опасном положају. Одговорно лице (власник објекта) се по принципима објективне одговорности кажњавао новчаном казном. Сматрао се одговорним не само уколико је сам поствио ствар, већ и уколико опасну ствар није уклонио односно уколико је трпео оно што је неко други поставио. Указујући на историјски аспект ове одговорности указали смо и на порекло ове одговорности у нашем праву. Српски грађански законик је реципирао римски едикт на шта указује одредба „Ако је ствар каква где год намештена, или обешена, да лако пасти или друкче кога осакатити може; онда сваки има право ту предстојећу опасност полицајној власти јавити, која ће извидети и ствар уклонити.“ Међутим, одговорност за створену опасност у нашем праву није реликт прошлости. Напротив, видимо да је овај вид одговорности заступљен и данас, а због специфичног чињеничног стања на којем се темељи и врло актуелан. Пут од римског права, преко СГЗ-а указује на еволутивни развој

ове одговорности, а идеја која је доминирала у римском праву: заштита лица и њихове имовине приликом свакодневних пролазака или шетњи остала је и данас. Стога, сасвим је могуће говорити о актуелности едикта *ne quis in suggrunda* у српском праву.

Milica Sovrlic*

PRESSENCE OF THE EDICT *NE QUIS IN SUGGRUNDA* IN MODERN SERBIAN LAW

Summary

In Roman law absence of maintenance of the external parts of objects or the placement of various objects on them was sanctioned. The principle of the objective responsibility was applied and the responsible person was punished with a fine for the created state of danger. Even today when passing through the city we can see the plants on the terraces that are not secured, the facades that threaten to fall off, and the broken billboards, etc. For this reason, the issue of responsibility for endangering the safety of citizens and their property is always a priority. To point out historical aspect of legal responsibility, the author in his work starts from Roman law rules, and then analyzes domestic laws which are the backbone of the topic.

Key words: *Roman law, Serbian Civil Code, Serbian positive laws, buildings, maintenance, sanctions.*

* Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Мр Анте Јелавић*

Стручни чланак
УДК: 342(477)

ИЗМЈЕНЕ УКРАЈИНСКОГ УСТАВА ИЗ 2014. ГОДИНЕ

Рад примљен: 16. 08. 2018.

Рад исправљен: 02. 10. 2018.

Рад прихваћен за објављивање: 25. 12. 2018.

У овом раду аутор приказује промјене у Уставу Републике Украјине, њихову бит. Украјина јест млада држава која је до сад имала три уставне промјене. Све те промјене оставиле су дубоки траг у политичком животу Украјине, а и у великом су значају утјецале на живот украјинских грађана. Аутор у овом раду поближе обрађује посљедње промјене украјинског устава, којима се жели промијенити политички сустав Украјине, тако што би се из полупредсједничког сустава вратило у парламентарни сустав. Посебна пажња се придаје институцији референдума, која се у посљедње вријеме јако често злоупотребљава.

Кључне ријечи: *Украјина, Устав, уставне промјене, референдум, полупредсједнички сустав, парламентарни сустав.*

I УВОД

Устав јест темељни закон једне државе и симболички речено представља краљевницу њезиног правног сустава. Тема овог рада јесу уставне промјене у Републици Украјини.

Премда је Украјина млада држава често је била подложна уставним промјенама.

Овај рад је подијељен у два дијела. Први дио се тиче повијести уставних промјена. Прва промјена Украјинског устава је донесена 8. просинца 2004. године и за посљедицу је имала знатно смањивање овласти предсједника републике те увођење мјешовитог полупредсједничког – парламентарног сустава у којем се значајније овласти дају парламенту, тј. Врховној Ради.

Друга измјена десила се 2010. године, када је Уставни суд Украјине, који иначе представља тзв. четврту грану власти одлучио да су уставне промјене из 2004. године неуставне те их је укинуо. Наведена одлука изазвала је бројне нелогичности и неслагања међу свијетом те реакције неких међународних

* БПЗ Домаћин, Сплит, Република Хрватска, antejelavic82@yahoo.com

законодавних тијела. Трећа измјена десила се у просинцу 2013. године на иницијативу опорбених парламентарних заступника. Бит тих измјена био је у повратку на парламентарни сустав и стање из просинца 2004. године.

Други дио рада је посвећен осврту на уставне промјене из 2014. године. Тим промјенама су захваћени сљедећи дијелови Устава: Глава прва-Опћа начела, Глава II-Права, слободе и дужности човјека и грађанина, Глава III-Избори-Референдум, Глава IV-Врховна Рада (Парламент), Глава V-Предсједник Украјине, Глава X-Аутономна Република Крим, Глава XI-Локална самоуправа те Глава XIII-Доношење измјена Украјинског устава. Из овога је видљиво да се промјена односи на чак трећину поглавља у украјинском уставу. Овим промјенама је такођер видљиво да се исте односе на најважнија питања статусна права човјека и грађана, те устројство државне власти.

Трећи дио је закључак у којем ће се дати приједлози за унапређење украјинског устава.

II О ПОВИЈЕСТИ УСТАВНИХ ПРОМЈЕНА

Украјина јест источноевропска земља, смјештена сјеверно од Црног мора, велике површине (603 628 м²) са 45 834 становника. Управно је подијељена на 24 области, два града с посебним статусом и једна аутономну област (Крим).

Украјина је неовисност од бившег Совјетског Савеза прогласила 1. просинца 1991. године, а службено је призната као држава 25. просинца 1991. године. Украјина је република у којој влада полупредсједнички сустав¹, а власт се дијели на законодавну, извршну и судску.

Смиљко Сокол сматра полупредсједнички сустав трећим обликом савременог парламентаризма, односно парламентаризмом поремећене равнотеже у корист извршне власти. По мишљењу Сокола, уставноправна обиљежја парламентарног састава само незнатно одступају од обиљежја чистог парламентарног састава.² Аутор се противи овом мишљењу јер се сматра да се

¹ Полупредсједнички сустав је модел устројства власти, облик парламентаризма поремећене равнотеже у корист извршне власти. Обликовао се унутар парламентарног састава. Док је у чистом парламентарном саставу влада и њезин предсједник темељно, функционално и једино тијело извршне власти, па је она ствар но монистичка, а формално дуалистичка, у полупредсједничком саставу оба тијела извршне власти (државни поглавар и влада) имају и правно и збиљски уставне овласти, при чему су овласти предсједника републике веће и одлучујуће, уз чињеницу да га непосредно бира народ, што га чини и уставно и политички моћнијим од владе, па он *de facto* постаје шеф извршне власти. Овај сустав се често назива и девијантни парламентаризам. Види: *Полупредсједнички сустав* - Wikipedia, <http://hr.wikipedia.org/wiki/polupredsjednicki-sustav>, датум посјете: 15. 05. 2014. године.

² У полупредсједничком саставу Влада произлази из законодавног тијела, односно парламента и одговорна је истом. На приједлог Владе, односно извршног тијела, када му законодавно тијело изгласа неповјерење, шеф државе може распустити законодавно

овдје ради о озбиљном поремећају тродиобе власти. Овдје законодавна власт је подређена извршној.

Полупредсједнички сустав јест институт новијег датума. Овај институт спомиње утемељитељ чувених француских дневних новина „Le Monde“, Hubert Beuve-Méry дана 8. сијечња 1959. године. У уставноправни сустав овај институт је увео француски правни теоретичар Maurice Duverger. По његовом првом мишљењу, полупредсједнички сустав је подразумијевао разне суставе у којима се шеф државе бира путем опћих избора, насупрот институцији шефа државе стоји влада као извршно тијело које управља једино уз подршку законодавног тијела. Трећа карактеристика овог режима јест овласт шефа државе да својом вољом или на приједлог премијера распусти законодавно тијело. Поступно је долазило до модификације ове дефиниције, па је трећа карактеристика избачена. Нова дефиниција је означавала полупредсједнички сустав као *супостојање владе парламентарног типа и шефа државе предсједничког типа*. Посљедња Дувергеова дефиниција овог сустава јест да је полупредсједнички сустав тип система у којем је шеф државе биран на опћим изборима и посједује одређене овласти, али законодавно тијело може остати на власти само уколико му већина његових чланова, тј. заступника изгласа повјерење.³

Украјина је такођер земља богате и занимљиве уставноправне прошлости. Темељни украјински закон јест *Устав Републике Украјине* који је донесен 28. липња 1996. године на сједници Врховне Раде (украјинског парламента) натполовичном већином.

Украјински Устав је тако замијенио Устав Совјетске Социјалистичке Републике Украјине, из 1978. године. Устав Совјетске Социјалистичке Републике Украјине је вриједио до 8. липња 1996. године, кад је тадашњи предсједник Украјине Леонид Кучма донио одлуку о доношењу новог Украјинског Устава те је дао рок од 30 дана за његово доношење.

Украјински Устав је мијењан 3 пута. Прва измјена је донесена у просинцу 2004. године. Тим измјенама су битно срезане овласти Предсједника Републике. Предсједник државе тако више није могао именовати Предсједника Владе, као ни распустити Владу⁴, већ је то све прешло у руке украјинског Парламента (Врховне Раде). Предсједник државе је ипак добио право да распусти парламент уколико исти не изгласа повјерење новом мандатару владе

тијело. Шеф државе је политички неодговоран, а такођер не постоји обвеза супотписа акта којег је донио шеф државе, осим у изнимним случајевима. Види о томе поближе: С., Сокол: *Полупредсједнички сустав и парламентаризам*, Политичка мисао, Вол. XXIX, 1992, 10 -12.

³ Види о томе поближе: М. Јовановић: *Полупредсједнички режим француске В Републике*, у О. Николић, В. Петров: *Увод у право Француске*, Институт за упоредно право / Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 115-116.

⁴ У тексту Устава украјинска влада је наведена као Кабинет Министара.

(чл. 77. Устава Украјине из 2004. године⁵). Овим измјенама је Украјина прешла с полупредсједничког састава власти на парламентарни састав власти. У свом мишљењу о измјенама и допунама Устава Украјине, које су донесене 8. просинца 2004. године, Венецијанска Комисија је похвалила позитивне промјене које је донио измјене и допуне украјинског устава, а то су пораст парламентарних обиљежја политичког састава, те слабљење јаке овласти предсједника.

Венецијанска комисија (Venice Commission) тврди да је овим измјенама уведен тзв. мјешовити парламентарно-предсједнички систем, позивајући се притом на чињеницу да је остала законодавна иницијатива од стране Предсједника државе и владе, као и чињеница да је влада одговорна предсједнику државе и Парламенту.⁶ Аутор ово мишљење сматра исправним јер у чистом парламентарном саставу предсједник државе не би смио имати законодавну иницијативу.⁷ Законодавна иницијатива у парламентарном саставу треба бити искључиво у рукама Владе као носитеља извршне власти.

Друга промјена јест наступила у листопаду 2010. године, када је Уставни суд Републике Украјине донио одлуку да су уставне промјене из 2004. године неуставне те их укинуо.⁸ Ова одлука је изазвала бројне критике међународних и иноземних организација. Тако је Венецијанска комисија донијела мишљење *The Opinion of the Constitutional Situation in Ukraine in Review of the Judgement of Ukraine's Constitutional Court* у којем је изразила чуђење и забринутост што су далекосежне уставне промјене којима је промијењен комплетни политички састав Украјине укинуте након 6 година. По мишљењу Венецијанске комисије, Уставни суд Украјине је везан Уставом, не смије се постављати изнад Устава, и самим тиме ова одлука повлачи политичка питања демократске легитимности и владавине права. Уставни суд није класично судско тијело, већ четврта грана власти. Сходно томе, на ову институцију се не односе уставне норме о судству која се односе на тијела судбене власти. Проф. Арсен Бачић сматра да Уставни суд има ексклузивну уставносудску функцију у којој одлучује о сугласности закона с Уставом.⁹ Аутор се слаже с том дефиницијом, али држи да ни тада уставни суд није потпуно слободан у одлучивању већ је везан уставном и

⁵ Види: Constitution of Ukraine, <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/7111>, датум посјете: 15. 05. 2014.

⁶ Види о томе поближе: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission): *Draft opinions of the amendments of the Constitution of Ukraine as adopted on 8th December 2014*, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2005\)046-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2005)046-e), датум посјете: 15. свибња 2018.

⁷ Слично рјешење има и Устав Републике Хрватске из 1990. године, у чл. 111. који гласи: *Влада је одговорна Предсједнику Републике и Заступничком дому Сабора РХ-Устав РХ*, Народне новине, бр. 56/90.

⁸ Овласти Уставног суда Украјине су прописане чл. 151. Устава Украјине.

⁹ Види: А. Бачић: *Коментар Устава Републике Хрватске*, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Сплит, 2002, стр. 310.

законском нормом. У противном, овакве одлуке би водиле правној несигурности. Стога ова одлука Уставног суда Украјине је нелогична. Овдје ваља узети у обзир мишљење суца Marshalla који је у случају *Marbury vs. Madison* (1903.) који је рекао: „Тко би хтио негирати начело по којему суд мора сматрати да је устав највиши закон, тад прихвата да судови морају затварати очи пред законом и смију гледати само у обичне законе“.¹⁰

Трећа, уједно и посљедња промјена десила се у вељачи 2014. године. Ове промјене су прихваћене након двају читања већином од 386 опорбених заступника и 50 независних правних стручњака. Ове измјене су уствари жељеле повратак на уставно стање из 2004, према којој би био установљен парламентарни сустав. Ове промјене нису никад проглашене од стране председника Јануковича, јер је исти потјеран са функције неколико дана послје.

III УСТАВНЕ ПРОМЈЕНЕ ИЗ 2014. ГОДИНЕ

Уставне промјене из 2014. године односе се на 35 чланака од укупно 152 чланка.

Уставне промјене односе се на следећа поглавља :Глава прва-Опћа начела, Глава II-Права, слободе и дужности, човјека и грађанина, Глава III-Избори-Референдум, Глава IV-Врховна Рада (Парламент), Глава V-Предсједник Украјине, Глава X-Аутономна Република Крим, Глава XI-Локална самоуправа те Глава XIII-Доношење измјена Украјинског устава.

Због дуљине текста аутор се одлучио фокусирати на само неке од њих.

А. Глава I - Опћа начела

У првом чланку Нацрта промјена Украјина је дефинирана као република. Сами појам република потиче од латинске синтагме *res publica* која значи јавна ствар. Појам *република* значи да република има државног поглавару који се именује путем демократских избора, док се у монархији влада државни поглавар који на функцију долази насљеђивањем.

Друга разлика између републике и монархије јесу политичка начела. Унутар републичког уређења владају једнакост и демократија, док у монархији влада начело покорности. Предсједник негдје може владати и доживотно, али

¹⁰ Суца Marshall је одлучио да је Judiciary Act из 1789. године неуставно проширење судбене власти у извршну власт и да је противно начелу диобе власти. John Marshall у пресуди тврди да су одредбе овог Закона у противности с Уставом и да је искључива одговорност судова да подржи Устав као темељни Закон. Ако су два закона у колизији, суд сноси искључиву одговорност за закон који примјењује у поједином случају. Види о томе поближе: *Marbury Vs. Madison establishes judiciary review*, <https://www.history.com/this-day-in-history/marbury-v-madison-establishes-judicial-review>, датум посјете: 18. 07. 2017.

без права наслѣдства. Предсједник се углавном бира на одређено вријеме.¹¹ Додуше, овдје ваља имати на уму да су данашње монархије искључиво парламентарног облика, те да монарси, претежно еуропски, имају искључиво церемонијалне овласти. Основна је грешка што овдје није дефинирано да је Украјина федерална држава¹² јер је састављена од већег броја државних организација, (24 области). Украјина је такођер и демократска држава јер се власт у Украјини бира демократским путем на изборима путем опћег и једнаког права гласа. Према чл. 1. Устава Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 98/2006.) Република Србија јест држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности еуропским принципима и вриједностима. Ова дефиниција је корисна јер убацује и националне мањине у Србији као становништво Србије, потом владавину права као темељно начело правне државе, социјалну правду као темељно начело социјалне државе и припадност еуропским принципима и вриједностима као темељ за будуће приступање Србије Еуропској унији.

Народ је носитељ суверенитета у Украјини и једини извор власти у Украјини. Народ остварује своју власт изравно путем државних тијела власти и тијела локалне самоуправе (чл. 1. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Демократија јест владавина народа за народ и од народа. Демократија јест политички сустав заснован на једнакоправности грађана и њихову судјеловању у избору и контроли власти. Народ није у украјинском уставу дефиниран, већ треба закључити да је то скупина појединаца правних субјеката-носитеља права и обвеза који су повезани заједничком етничком повезаношћу. Француски правни стручњаци Montesquieu и Rosseau тврдили да суверенитет припада народу, те је недјелјив и неотуђив, и налази се у самој опћој вољи, коју не може нитко замислити. Rousseau такођер држи да идеја непосредне демократије спојива с идејом представничке демократије, те предлаже установљавање представничког тијела које ће бирати грађани. Овим је афирмирана и идеја народног суверенитета.¹³ Народни суверенитет у уставној држави, према мишљењу њемачког правног теоретичара грофа Carla Ballestrema, значи да „народ треба бити слободан, доносити постојеће законе, укључујући и темељне

¹¹ Види о томе поближе: С. Стевица: *Краљ је мртав, живио предсједник*, <http://old.radiostudent.si/projekti/demokracija/teksti/06kraljsh.html>, да 15. свибња 2014. године.

¹² Федерација је сложена држава у којој је према савезном уставу савезна држава субјект суверене власти и увијек има у својој надлежности војне, царинске и вањске полове, већином и полицијске послове. Види: Н. Висковић: *Држава и право*, Биротехника, ЦДЮ, Загреб, 1997, 59.

¹³ Народни суверенитет значи да сам народ бира закон, гласује о њему али није њиме везан и може га у свако доба измијенити.

законе, тј. Устав, по својој вољи, као да и у уставној држави је народ везан за постојећи правни поредак који му одређује постојеће права и обвезе.¹⁴

Б. Глава II - Слободе, права и дужности човјека и грађанина

Чл. 15. ст. 4. Нацрта забрањује цензуру.

Цензура наине јест дјеловање структура моћи усмјерено ка промјени или забрани говора или писања које је осуђено као противно заједничком добру. Цензура је своје златно доба доживјела у доба инквизиције, да је 1695. укинута у Енглеској. Данас цензура више нема своју улогу и функцију као некад у мрачно доба средњег вијека и инквизиције. Цензура јест негација, односно уништење слободе. Цензура је данас присутна али искључиво као претходно ограничење које подразумева *ограничење текста који се налази пред објављивањем у јавним гласилима*. Овај тип могао би се назвати рецензија јер врши преглед писаног материјала и утврђивање да ли текст удовољава критеријима за објаву. Данашња сврха цензуре јест надзор протока информација унутар неког друштва и није везана искључиво за тоталитарне режиме, већ се појављује, према мишљењу Ивана Парашчића, у свим типовима друштвених уређења.¹⁵ Чл. 50. Устава Републике Србије такођер забрањује цензуру. У Републици Србији нема цензуре.

В. Глава III – Избори и референдум

Чл. 69. налази се у дијелу уставних промјена који се односи на изборе, односно референдум и непосредно је везан са чл. 15. У чл. 69. дефинирано је да грађани остварају своје право на одлучивање на изборима путем референдума, и других облика директне демократије. Под изравном демократијом аутор жели навести да се овдје упућује на чињеницу да грађани сами одлучују о својој судбини, а не путем изабраних представника. Овдје ваља дефинирати два појма: појам *референдума* и појам *избора*. Референдум јест свеопће гласовање, изравно одлучивање народа, односно читавог бирачког тијела о неком питању од посебног државног или друштвеног значења.¹⁶ Референдум је подвргавање приједлога новог устава, уставних промјена, неког закона или политичке одлуке од битног значења (на државној, регионалној или локалној разини)

¹⁴ Види о томе поближе: С., Ballestrem: *Народни суверенитет у уставној држави*, Политичка мисао, Вол. XXXV, 1998, бр. 3, 64-65.

¹⁵ Види о томе поближе: И., Парашчић: *Цензура у Југославији од 1945 до 1990*, (дипл. рад одбрањен на Филозофском Факултету Свеучилишта у Загребу), властита наклада, Загреб, 2007, 4.

¹⁶ Види одр. *Референдум*, Опћа и национална енциклопедија у 20 књига, Вечерњи лист, Загреб, 2005., св. 17, 76.

гласовању грађана који одлучују о томе.¹⁷ Према дефиницији из Oxford Public International Law, референдум јест право бирача одређене државе да сам одлучује о одређеном питању, умјесто гласовања за појединачне кандидате на локалним или регионалним изборима.¹⁸ Дакле, референдум јест појам супротан изборима. Референдум може бити *државни и локални*. *Државни референдум* јест референдум на разини државе као цјелине и обухваћа непосредно одлучивање свих грађана. *Локални референдум* јест референдум на разини локалне политичко-територијалне јединице.¹⁹ Референдум такођер може бити уставотворни или законодавни, овисно да ли се на референдуму гласује о промјени устава или закона.

Референдум је први пут уведен 1778. године у Massachusetts-у за уставну ратификацију. Ова одредба о референдуму је корисна јер дозвољава и грађанима да се активно укључе у политички живот и и изравно одлучују о својој судбини, тј. грађани сами себи постају законодавци.

Гледе дијела реченице који гласи: „и другим облицима изравне демократије“ треба подразумевати народни вето и народну иницијативу, који постоје у неким државама. Избори јесу поступак којим грађани повјеравају обављање функција политичкој власти парламенту, тј. представничком тијелу, које представља његову суверену вољу.²⁰ На референдуму смију гласати грађани Украјине животне доби 18 и више година. Грађани које је суд прогласио неспособним немају право гласовати (Чл. 70. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Наиме, што то значи „које суд сматра неспособним“ ? Да ли су то особе лишене пословне способности? Уколико се овај појам „неспособни“ односи на такве особе, онда је одредба оправдана. Такве особе не могу расуђивати и нису способне изјаснити се о својим правима. Уколико се одредба односи на особе које су осуђене, онда је ова одредба неоправдана, јер сваки пунољетни грађанин треба имати право гласа, неовисно је ли осуђен или није.

Чл. 72. Нацрта говори о свеукрајинском референдуму, тј. државном референдуму или референдуму од државног значаја. Свеукрајински референдум расписује украјински парламент или предсједник Украјине у складу с овластима даним уставом. Слично рјешење постоји у хрватском уставу. Аутор сматра логичним наведена рјешења, јер су предсједник и сабор два највећа органа власти у Украјини. Чл. 72. ст. 2. наводи да ће се државни

¹⁷ Види о томе поближе: М. Келава: *Реци, Андро, тво то плаћа?*, <http://www.h-alter.org/vijesti/reci-andro-tko-to-placa>, датум посјете: 18. 07. 2017.

¹⁸ Преузето са: Y., Beigbender: *Referendum-definition*, Oxford Public International Law, <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1088>, датум посјете: 14.08. 2018.

¹⁹ Види: Референдум - Wikipedia, <http://hr.wikipedia.org/wiki/Referendum>, датум посјете: 18. 07. 2017.

²⁰ В. одр. *Избори*, Опћа и национална енциклопедија у 20 књига, Вечерњи лист, Загреб, 2005, св. 9, стр. 235.

референдум расписати уколико исто затражи најмање три милијуна грађана који имају бирачко право својим потписима у не мање од 2/3 украјинских области (дакле 16 од 26 области), и то не мање од 100 000 потписа у свакој области.²¹

Наведено је да се референдум о одцјепљењу одређеног дијела Украјине може извршити само на читавом украјинском територију (чл. 72. ст. 2. Нацрта). Ова одредба је логична јер питање одцјепљења одређеног дијела територија Украјине јест питање о државног значења, односи се на територијалну цјеловитост, и у референдум стога треба бити укључен читава држава. Стога су недавни референдуми за одцјепљење Крима, Доњецка и Севастопоља нелегални.

Г. Глава IV - Врховна Рада

У чл. 75. Нацрта дефиниран је парламент (*Врховна Рада*) као законодавно тијело Украјине²² док је чл. 75. ст. 2. дефинирао структуру украјинског

²¹ Талијански Устав наводи да је за референдум потребно поднијети 500 000 потписа Касационом суду који је дужна провјерити исправност података, а потом се попис потписа просљеђује Уставном суду Италије који утврђује јели референдум у складу с Уставом. Види: Referendums of Italy-Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Referendums_in_Italy, датум посјете: 15. 05. 2014. у свези са чл. 75. Устава Републике Италије (Constitution of Italian Republic), https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf, датум посјете: 15. 05. 2014. године. Устав Републике Србије у чл. 108 наводи: На захтјев већине свих народних посланика или најмање 100.000 бирача Народна скупштина расписује референдум о питању из своје надлежности, у складу са Уставом и законом. Овдје је направљена јасна разлика у односу на украјински Устав, јер српски Устав не спомиње области у којима мора гласати најмање 100 000 грађана, већ је довољно да гласа само 100 000 грађана. Република Србија има ефикаснији сунав увјета за расписивање референдума. Према попису становништва из 2016. Србија има 7 057 000 становника, а довољан број потписа грађана износи 100 000 становника. По слободном израчуна то износи само 1,41% бирача Србије. Украјина према попису становништва из 2016. године има 45 000 000 становника, а увјет за расписивање референдума јест 3 000 000 потписа бирача. Према израчуна, најмање 6,6 % украјинских бирача може затражити расписивање референдума.

Предмет референдума не могу бити обавезе које произлазе из међународних уговора, закони који се односе на људска и мањинска права и слободе, порези и други финансијски закони, буџет и завршни рачун, увођење изванредног стања и амнестија, као ни питања која се тичу изборних надлежности Народне скупштине. Ово је проширено рјешење у односу на чл. 74. Устава Украјине према којем референдум не могу бити закони који се тичу пореза, прорачуна и давања амнестије.

²² Парламент, осим законодавне функције има и функцију појашњавања политике, политичких и алтернативних мјера, средстава јавне дебате, те функцију стимулације и контроле административне дјелатности. Види о томе поближе: А. Бачић: *Уставно право и*

парламента те се парламент састоји од 450 народних заступника, изабраних путем опћег, једнаког и изравног бирачког права.²³ Украјински парламент је једнодоман као и хрватски Сабор.²⁴ Такођер је наведено да заступник може бити особа која на најмање на дан избора стара најмање 21 годину и пребива на територију Украјине најмање 5 година(чл. 75. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Аутор сматра да би добну границу требало снижити на 18 година, јер ако пунољетна особа у тој доби може гласати, онда може бити и примљена у парламент. Одређена поредбено правна рјешења имају ригорозније одредбе гледе животне доби за заступничке кандидате.²⁵ Српски устав не прописује животну доб као увјет за обављање дужности заступника.

Особа која је починила казнено дјело с намјером не може бити примљена у законодавно тијело (Чл. 76. ст. 3. Нацрта). Ова одредба је логична јер особа која је починила казнено дјело, огријешила се о законе Републике Украјине и самим тим не може бити дио украјинског законодавног тијела које те законе доноси, и судјеловати у власти. Слично рјешење има и бугарски устав у чл. 65. ст. 1.

политичке институције-Студијски извори, Правни факултет у Сплиту, Сплит, 2006, стр. 222-223.

²³ Бирачко право је несумњиво повезано с појмом избора. Избори за парламент у теорији уставног права имају *консензуални карактер*- јер њима бирач који гласа за одређеног кандидата у ствари жели остварење програма којег тај кандидат промиче. Примјерице, бирач који гласа за социјалдемократску опцију жели остварење социјалдемократског програма и тиме ствара својеврсни уговор бирача и заступника. Избори имају и *натјецатељски карактер*. Наиме, у изборима се међусобно натјечу више различитих политичких опција, које користећи технике увјеравања бирача у исправност свог програма и међусобног оспоравања настоје придобити вољу бирача, освојити што више гласова и остварити свој темељни циљ-освајање власти. Види о томе поближе. Бачић, *ibid*, стр. 195-196.

²⁴ Разлог једнодомности украјинског парламента, која је иначе постала тренд у Еуропи, Louis Massicotte види у чињеници што је Украјина унитарна држава. Види: Петар, Бачић: *Други дом-слање, послање,перспективе*, Зборник Правног факултета у Сплиту, год. 44, бр. 1, 2007, 100. Иначе занимљиво је да само 14 еуропских земаља има дводомне парламенте (Аустрија, Белгија, Француска, Њемачка, Низоземска, Ирска, Италија, Швицарска, Велика Британија, БИХ, Бјелорусија, Чешка, Пољска, Румуњска, Словенија). Устав Републике Србије наводи у чл. 100:

Народну скупштину чини 250 народних посланика, који се бирају на непосредним изборима, тајним гласањем, у складу са законом. У Народној скупштини осигуравају се равноправност и заступљеност сполова и представника националних мањина, у складу са законом. Ова одредба је слична рјешењу хрватског Устава који такођер припадницима мањина осигурава заступљеност у законодавном тијелу. Украјински Устав не спомиње смију ли мањине бити у парламенту.

²⁵ Тако Устав Републике Турске наводи да заступник може бити свака особа у доби од најмање 25 година живота. Види Constitution of Republic of Turkey, http://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf, датум посјете: 15.05. 2014.

Српски Устав не спомиње ову одредбу, а што аутор из напријед наведених разлога сматра битним недостатком.

Чл. 76. ст. 6. наводи да се заступници у парламенту бирају на мандат од 5 година, што је новина у односу на чл. 76. украјинског устава из 1996. који је заступницима мандат ограничио на четири године. Слично рјешење има и Устав Републике Бугарске у чл. 65.²⁶ У многим државама, тако и у Словенији, Хрватској, Србији, Словачкој, заступнички мандат је ограничен на 4 године.²⁷

Задачи украјинског парламента јесу: одређивање начела вањске и унутарње политике, одлучивање о измјенама и допунама Устава, доношење закона, питање покретања одговорности председника Републике, одлучује о државном прорачуну, именује или разрјешава одређене државне службенике, именује или разрјешава једну трећину чланова Уставног суда, ратифицира и отказује међународне уговоре, и обавља одређене средишње овласти (чл. 85 Устава Украјине). Задаће српског парламента прописане су чл. 99. Устава Републике Србије.²⁸ Украјински парламент не може тако одлучивати о рату и

²⁶ Constitution of the Republic of Bulgaria, Chapter Three, http://www.vks.bg/english/vksen_p04_01.htm#Chapter_Three, датум посјете: 15. 05. 2014.

²⁷ Види: *Constitution of the Republic of Slovakia*, Чланак 73. словачког Устава гласи: Народна скупштина Републике Словачке се састоји од 150 заступника које се бирају на мандат од четири године. Текст је преузет са: <http://www.slovakia.org/sk-constitution.htm>, датум посјете: 15. 05. 2014. године. Устав Републике Србије у чл. 102. прописује: Мандат народног посланика почиње течу даном потврђивања мандата у Народној скупштини и траје четири године односно до престанка мандата народних посланика тог сазива Народне скупштине.

²⁸ Народна скупштина:

1. доноси и мијења Устав,
2. одлучује о промјени границе Републике Србије,
3. расписује републички референдум,
4. потврђује међународне уговоре кад је законом предвиђена обавеза њиховог потврђивања,
5. одлучује о рату и миру и проглашава ратно и изванредно стање,
6. надзире рад служби безбједности,
7. доноси законе и друге опће акте из надлежности Републике Србије,
8. даје претходну сугласност на статут аутономне покрајине,
9. усваја стратегију обране,
10. усваја план развоја и просторни план,
11. усваја буџет и завршни рачун Републике Србије, на приједлог Владе,
12. даје амнестију за кривична дјела.

У оквиру својих изборних права, Народна скупштина:

1. бира Владу, надзире њен рад и одлучује о престанку мандата Владе и министара,
2. бира и разрјешава суце Уставног суда,
3. бира председника Врховног касацијског суда, председнике судова, Републичког јавног тужиоца, јавне тужиоце, суце и замјенике јавних тужилаца, у складу са Уставом,
4. бира и разрјешава гувернера Народне банке Србије и надзире његов рад,
5. бира и разрјешава Заштитника грађана, и надзире његов рад,

миру, не проглашава ратно и изванредно стање, усвајати план развоја и просторни план, именовати и разрјешавати суце, предсједнике судова, итд. Чланови парламента се организирају у фракције-односно одговарајуће скупине. Ово је правило несумњиво повезано са слободом удруживања која гласи: „Појединци се удружују с циљем остваривања одређених намјера“.²⁹ Тако се према Пословнику Парламентарне скупштине БиХ чланови парламента (у оригиналном тексту: посланици), могу удруживати у клубове заступника.³⁰

Нацрт дефинира двије врсте избора за парламент у Републици Украјини: регуларне и специјалне изборе (чл. 77. Нацрта Промјене Устава). Регуларни избори се одржавају посљедње недјеље у мјесецу посљедњег дана пете године трајања мандата украјинског парламента (чл. 77. ст. 1. Нацрта Промјене Устава). Ово је корисна новина јер спомиње точно дан кад се избори морају одржати. Хрватски Устав је предвидио да се избори за Сабор требају одржати најкасније 60 дана прије истека мандата. Устав Републике Турске, као ни српски Устав не спомињу датум одржавања избора.

Сљедећи тип избора јесу специјални избори који се одржавају у року од 60 дана након објаве одлуке о распуштању украјинског парламента (чл. 77. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Ово рјешење је несумњиво повезано с чланком 90. Устава Украјине који предвиђа када Предсједник Украјине може распустити

6. бира и разрјешава и друге функционере одређене законом.

Народна скупштина врши и друге послове одређене Уставом и законом (чл. 99. Устава Републике Србије).

²⁹ Види о томе поближе: Центар за директну заштиту људских права, *Слобода удруживања и право на удруживање у Европи и Хрватској*, <http://www.zamir.net/~dphr/hrv/zakoni/sloboda.htm>, датум посјете: 14. 08. 2018.

³⁰ Члан 5. (Оснивање клубова посланика)

(1) У року од седам сљедећих дана, посланици могу основати клубове према члану 16. овог пословника. Клубови достављају предсједавајућем листу својих чланова, коју је потписао сваки члан, укључујући званично име клуба посланика и име његовог предсједавајућег и замјеника предсједавајућег.

(2) Предсједавајући и замјеник предсједавајућег могу се на тој дужности ротирати према договору, што ће бити наведено у листи чланова клуба.

Члан 10. (Права и дужности посланика)

(1) Посланик има право на слободу дјеловања и изражавања.

(2) Посланик је дужан бавити се питањима од политичког и јавног интереса.

(3) Права и дужности из ст. (1) и (2) овог члана посланик остварује у Парламентарној скупштини БиХ, у домаћим и међународним институцијама у које је изабран као посланик - представник Парламентарне скупштине БиХ, комуницирањем с грађанима, невладиним организацијама, представницима свих нивоа власти и политичких странака у БиХ, представницима других држава, међународних организација, на јавним скуповима, те путем средстава јавног информирања.

Види о томе поближе: *Пословник Представничког дома Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине*, <https://www.parlament.ba/data/dokumenti/pdf/Poslovik%20PD%20bs.pdf>, датум посјете: 14. коловоза 2018. године.

парламент.³¹ Слично рјешење има и Устав Републике Србије који у чл. 109. наводи: Предсједник Републике дужан је да указом распусти Народну скупштину у случајевима одређеним Уставом. Истовремено са распуштањем Народне скупштине предсједник Републике расписује изборе за народне посланике, тако да се избори окончају најкасније за 60 дана од дана расписивања. Народна скупштина која је распуштена врши само текуће или неодложне послове, одређене законом. У случају проглашења ратног или ванредног стања поново се успоставља њена пуна надлежност, која траје до окончања ратног, односно изванредног стања.

Заступници у украјинском парламенту не смије обављати ниједну другу дужност, не смију бити у цивилној или некој плаћеној служби, било какву пословну активност, или неку другу активност, усмјерену на стјецање добити, осим наставних и знанствених активности, или бити члан неког тијела или надзорног одбора твртке или организације усмјерене стјецању добити (чл. 78. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Ова одредба је корисна јер говори о томе да заступник јест народни заступник, својеврсни државни службеник и државни дужносник који треба бити у служби државе, а притом не обављати никакав приватни посао. Он мора бити у служби грађана и за грађане, и живјети само од своје парламентарне плаће.³² Он такођер мора бити имун и неовисан од интереса било каквих правних особа. Било какво обављање приватног посла уз заступнички мандат јест кохабитација. Овом одредбом је такођер прописан и *инкомпабилитет* –неподобност, тј. правна неподударност истовременог обнављања функције заступника у парламенту с неком другом професијом. Проф. Арсен Бачић држи да државни дужносник који извршава законе не може у исто вријеме бити и особа ангажирана у његовом правном стварању.³³

Заступници у Украјинском парламенту уживају *парламентарни имунитет*.³⁴ Заступник не може одговоран за изражено мишљење, гласовање и

³¹ Предсједник Украјине може распустити парламент:

1) Ако у раздобљу од најдуже једног мјесеца након проведених парламентарних избора не успије формирати потребна владајућа већина,

2) Ако у раздобљу од најдуже 60 дана од дана оставке Предсједника Владе не формира нови састав Владе,

3) Ако Украјински парламент у року од 30 дана од свог регуларног засједања не започне пленарни састанак. (чл. 90. Устава Украјине).

³² Слично рјешење има и Устав Румуњске који у чл. 69. налаже да заступници у парламенту морају бити у служби грађана. Види: Constitution of the Republic of Romania, http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_2&par1=3#t3c1, датум посјете: 15. 05. 2014.

³³ Види о томе поближе: А. Бачић: *Уставно право и политичке институције*, Студијски извори, Правни факултет у Сплиту, Сплит, 2006, 238.

³⁴ Саша Шегвић и Миа Башић тврде да заштита која се успоставља парламентарним имунитетом, у савременим увјетима има два облика: персонални и функционални. Прво, циљ је заштити заступника у вршењу његовог мандата (имунитет неодговорности), и друго, успоставити заштиту самог парламента преко одређених процесних увјета гледе

изјаве дане у парламенту, осим за казнена дјела увреде или клевете. Овдје је дакле изражено начело парламентарног заступничког имунитета. Овај институт нашао је оправдање у потреби за јамством аутономије одређеним политичким групама које имају различите интересе од интереса државе. Овдје је регулиран имунитет неодговорности који заступника штити од сваког облика казног гоњења који би се јавио тијekom мандата и у свези је с дјелом почињеним у парламенту. Овај имунитет је трајан. Против заступника не смије се покренути казнени поступак нити може бити ухићен или притворен без одобрења Украјинског парламента (чл. 80. Нацрта промјене Устава). Овај имунитет је имунитет неповредивости који значи да заступник без одобрења парламента не може бити лишен слободе нити се против њега може покренути поступак. Овај имунитет није апсолутан, јер вриједи само за вријеме трајања мандата.³⁵ Ово рјешење није логично, јер заступнику даје мандат чак и случају почињења тежег казног дјела. Стога овај имунитет треба искључити уколико заступник тијekom трајања мандата почини теже казнено дјело.³⁶ Такав примјер постоји у њемачком Уставу (Grundgesetzbuch), чл. 46. ст. 2, који гласи: Због једног дјела, које може бити кажњавано, заступник може само уз одобрење Савезне

могућности за покретање и вођење казног поступка и изрицања санкција заступнику (имунитет неповредивости). Види о томе поближе: М. Башић, С. Шегвић: *Парламентарни имунитет-теорија, правна регулатива и пракса у сувереним демократским државама*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год. 49, бр. 3, 2012, 485.

³⁵ Уставноправна теорија разликује двије врсте имунитета:

-имунитет неодговорности -који осигурава несметано дјеловање у законодавном тијелу, односно у другом тијелу чији је носитељ имунитета члан, у расправама и при гласању, односно заштити од казног прогона за изговорене ријечи, мишљење или гласање,
-имунитет неповредивости- који спрјечава лишење слободе или покретање казног поступка против члана законодавног тијела, без претходног одобрења законодавног тијела или неког другог тијела чији је носитељ имунитета члан. Престанком овог имунитета казнени поступак се може покренути, а изнимка су само тежа казнена дјела. Види о томе поближе: С. Барјактаревић, Н. Јелеч, А. Мичић, А. Османовић: *Прописи о имунитету чланова парламента и других дужносника*, Тајништво Заједничке службе Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине, Сарајево, 2014, 3.

³⁶ Мандат заступника у парламенту Републике Србије прописан је чланком 103. Устава Републике Србије: Народни посланик ужива имунитет. Народни посланик не може бити позван на кривичну или другу одговорност за изражено мишљење или гласање у вршењу своје посланичке функције. Народни посланик који се позвао на имунитет не може бити притворен, нити се против њега може водити кривични или други поступак у коме се може изрећи казна затвора, без одобрења Народне скупштине. Народни посланик који је затечен у извршењу кривичног дјела за које је прописана казна затвора у трајању дужем од пет година може бити притворен без одобрења Народне скупштине. У кривичном или другом поступку у коме је успостављен имунитет, не теку рокови прописани за тај поступак. Непозивање народног посланика на имунитет не искључује право Народне скупштине да успостави имунитет.

скупштине бити позван на одговорност или ухићен, осим ако га при извршењу тог дијела или у тијеку слједећег дана ухите.³⁷ Српски Устав у чл. 103. ст. 4. наводи: Народни посланик који је затечен у извршењу кривичног дјела за које је прописана казна затвора у трајању дужем од пет година може бити притворен без одобрења Народне скупштине. Ова одредба јест у потпуности оправдано и логично рјешење.

Престанак дужности заступника дефиниран је у чл. 81. Устава. Заступнику дужност престаје у слједећим ситуацијама:

- оставке коју треба дати особно,
- правомоћне судске пресуде-даном правомоћности пресуде,
- судске одлуке којом је заступник проглашен мртвим или несталим-даном правомоћности пресуде,
- престанка украјинског држављанства или сталног пресељења заступника у иноземство,
- уколико у року од 20 дана од дана наступања околности које чине неспојивим обављање заступничке дужности, не успије отклонити те околности,
- уколико се није, ако је био члан странке, политичког блока, није придружио коалицији коју представља његова политичка странка, или ако је дао оставку на страначку дужност,
- смрти.³⁸

Аутор ову одредбу сматра корисном, те држи да би оставка требала бити јавно овјерена. Само јавно овјерена изјава представља праву вољу особе. Овдје је направљен још један недостатак а састоји се у чињеници што није дефиниран статус заступника који је неправомоћно проглашен кривим и осуђен затворском казном. Аутор сматра да би таквог заступника требало суспендирати до правомоћности пресуде. Мандат заступнику престаје и у случају ранијег престанка рада украјинског парламента, с тиме да се даном престанка заступника узима прва сједница новог сазива украјинског парламента. Чл. 81 ст. 6. је нелогичан. Наиме, тиме је омогућено да заступник у парламенту Украјине буде само страначка особа. Овдје се поставља питање зашто особа која је изашла из странке не може бити парламентарни независни заступник? Вјеројатни разлог лежи у јаком утјецају које странке имају у парламенту. Промјенама Устава Украјине је надлежност парламента проширена и на расписивање државног референдума у складу са законом, расписивањем избора за предсједника Украјине, те установљавању и укинућу градова и опћина, придруживању одређених мањих насеља градовима или опћинама те давања именима ненасељеним мјестима, одређивања граница

³⁷ Текст Устава Савезне Републике Њемачке налази се у: Б. Жепић: „Сувремени политички сустви“, Логос, Сплит, 2000, стр. 283 - 320.

³⁸ Устав Републике Србије не садржи одредбу о престанку мандата заступницима, односно народним посланицима, што аутор сматра битним недостатком.

мјеста, именовања и промјене имена ненасељеним мјестима (чл. 2, 7, 29, 30. Промјена Устава). Логично је да у модерним државама парламентарног облика парламент расписује изборе за шефа државе. Гледе ставка 30. који говори о именовању и установљавању јединица локалне самоуправе, аутор држи да је нелогично да парламент даје имена насељима која немају становника, те би ст. 30. требало избацити.

Д. Глава V - Предсједник Украјине

Предсједник Републике Украјине јест шеф државе. Шеф сваке државе има неколико различитих овласти: *законодавне овласти*-сазивање парламента на изванредно засједање, распуштање парламента, *судске овласти*-које се односе на право *амнестије*- обуставе казног поступка и право *опроста досуђене казне*, те егzekутивне, тј, *извршне овласти*- право законодавне санкције, проглашавања закона, додјеле одликовања, издавања указа и именовања државних дужносника.

Предсједник Републике Украјине бира се на мандат од 5 година темељем опћег, једнаког и изравног гласовања путем гласачких листића (чл. 103. ст. 1. Нацрта Промјене Устава). Трајање мандата предсједника варира од државе до државе. Тако српски, бугарски хрватски предсједник имају мандат од 5 година, док се њемачки канцелар бира на рок од 4 године. Предвиђени су и посебни увјети за статус предсједника Републике.

Овдје је направљан значајан помак јер је напуштен сустав по којем предсједника бира парламент, као што је то случај у Француској, Бугарској и неким другим земљама. Предсједник Републике тако може бити особа с навршених најмање 35 година живота, има бирачко право, која пребива у Републици Украјини најмање 10 година прије избора, и у задовољавајућој мјери влада украјинским језиком (чл. 103. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Сврха ове одредбе је да ограничи могући круг кандидата за предсједника државе. Још у старом Дубровнику кандидати за кнеза су морали бити стари најмање 50 година. У овој одредби непотребан је дио који гласи: *и у задовољавајућој мјери влада украјинским језиком*. Аутор сматра ако нека особа пребива у Украјини најмање 10 година, логично је да у задовољавајућој мјери влада украјинским језиком.³⁹ Давор Бобан наводи да је Јулија Тимошенко научила украјински језик тек у својој 36-ој години, док је Виктор Јанукович

³⁹ Занимљиво рјешење има бугарски устав у чл. 93. ст. 2, а гласи: Предсједник Бугарске мора бити рођени Бугарин, животне доби најмање 40 година, има увјете за заступника у Националној скупштини Бугарске, и који има пријављено пребивалиште у Бугарској најмање 5 година. Види: Constitution of the Republic of Bulgaria, http://www.vks.bg/english/vksen_p04_01.htm#Chapter_Three, датум посјете: 15. свибња 2014. године.

украјински језик научио тек 2002. године, и то јако лош.⁴⁰ Српски Устав није предвидио посебне увјете које мора имати кандидат за функцију председника Републике. Једна те иста особа не може бити председник Украјине за више од два узастопна мандата (чл. 103. ст. 2. Нацрта Промјене Устава). Тиме се жели ограничити дуљина трајања председничког мандата и онемогућити да председничков мандат траје неограничен број пута или доживотно. Једнака одредба вриједи и у румуњском Уставу, Уставу Републике Хрватске и Уставу Републике Србије.⁴¹

Председник Украјине не смије обављати дужност парламентарног заступника, обнашати дужност у тијелима државне власти или у удругама грађана, као ни обављати било које друге плаћени или подузетничке активности, или бити члан управног тијела или управног одбора надзорници у подuzeћу, које је усмјерено стјецању добити (чл. 103. ст. 4. Нацрта Промјене Устава). Проф. Арсен Бачић сматра да је ова одредба темељ за изградњу неовисне функције државног поглавара у односу на сваки парцијални интерес одређене правне особе.⁴² Аутор држи да је ова одредба исправна те сам држи да председник мора бити неовисан фактор који држи равнотежу у власти. Он је председник свих грађана, било оних који су га изабрали и оних који га нису. Он представља своју државу и не смије заступати никакве друге интересе. Аутор сматра да је стога из ових разлога требало увести и одредбу да председник након избора треба дати оставку на чланство у политичкој странци. Редовити избор за новог председника Украјине ће се одржати задње недјеље у посљедњих мјесец дана од пете године његовог мандата (чл. 103. ст. 5. Нацрта Промјене Устава). Аутор сматра да би се избор председника због дуљине трајања избора и могућих двају кругова гласовања могао продужити на 60 дана прије истека мандата, односно посљедња два мјесеца прије истека мандата.

⁴⁰ Види о томе поближе: Д. Бобан: *Украјина између ауторитаризма и демократије*, Политичке анализе, Факултет политичких знаности, Загреб, бр. 2, 2010, стр. 37.

⁴¹ Чл. 81. ст. 4. румуњског Устава гласи: Нитко не може бити председник Румуњске више од два мандата узастопно, Види: *Constiution of Romania*, http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_2&par1=3#3c1

Хрватски Устав у чл. 94. ст. 2. наводи да Нитко не смије дуже од два пута бити председник Републике. Нитко не може више од два пута бити Председник Републике (чл. 116. ст. 2. Устава Републике Србије).

⁴² А. Бачић: *Коментар Устава Републике Хрватске*, Правни факултет у Сплиту, Сплит, 2002, 257. Устав Републике Србије има сличну одредбу која гласи: Председник Републике Србије не смије обављати нити једну јавну или професионалну дјелатност (чл. 115. Устава Републике Србије). Под овом појмом може се подразумевати дужност заступника у законодавном тијелу, тијелима локалне или подручне самоуправе, неку другу наплатну дјелатност.

Сљедећи појам су изванредни избори за председника Украјине. У случају прераног престанка дужности председника Украјине⁴³ избор председника Украјине ће се одржати у року од деведесет дана од дана престанка његове дужности (чл. 103. ст. 6. Нацрта Промјене Устава).

Новоизабрани председник Украјине обвезан је преузети дужност у року од тридесет дана након службене објаве изборних резултата, односно од тренутка полагања присега за људе на свечаној сједници Врховне Раде Украјине (чл. 104. Промјене Устава). Чл. 105. Нацрта Промјене Устава прописан је садржај заклетве-обраћања одређеном ауторитету који има посвједочити истинитост изјаве.⁴⁴

Имунитет председника Републике је дефиниран чл. 106. Нацрта промјене Устава. Председник ужива имунитет тијekom вршења заступничке дужности (чл. 106. ст. 1. Нацрта Промјене Устава). Овдје није дефинирано да ли се имунитет односи на имунитет од политичке или правне одговорности. Аутор сматра да је председник овим чланком заштићен од било какве одговорности, што председника ставља у положај монарха, руководећи се старим начелом: *The King is not wrong*. Ова одредба је погрешна, јер председнику даје потпуно заштићен статус. Председник треба одговарати за почињење сваког казненог дјела које почини тијekom свог мандата. Њемачки Grundgesetzbuch држи да председник може бити судски гоњен због непоштивања основног (устава) или неког другог закона пред Савезним Уставним судом. Румуњски устав је у чл. 95. предвидио да се ако председник почини теже казнено дјело, може бити суспендиран (чл. 95. Румуњског Устава). Андреја Шток наводи да у полупредседничком саставу, какав је у Украјини, председник има велике овласти, и премда је формално одговоран парламенту, у неким подручјима

⁴³ Под тим појмом ваља подразумијевати смрт, тежа болест, неспособност за расуђивање. Српски Устав у чл. 116. ст. 3. наводи: Мандат председника престаје истеком мандата на који је изабран, оставком или разрешењем. У овом су случају оставка или разрешење изванредни начини престанка мандата.

⁴⁴ Ја (име и презиме), изабран вољом народа као председник Украјине, уз претпоставку да ову високу дужност, свечано не заклињу на вјерност Украјини. Заклињем да ћу заштити суверенитета и неовисности Украјине, осигурати за добробит домовине и добробит украјинског народа, заштити слобода и права грађана, да ћу се придржавати Устава Украјине и законима Украјине, вјежбати своје дужности у интересу свих сународњака, те повећати углед Украјине у свијету. Српски Устав наводи да текст заклетве гласи: Приликом ступања на дужност, председник Републике, пред Народном скупштином полаже заклетву која гласи: "Заклињем се да ћу све своје снаге посветити очувању суверености и цјелине територије Републике Србије, укључујући и Косово и Метохију као њен саставни дио, као и остваривању људских и мањинских права и слобода, поштовању и обрани Устава и закона, очувању мира и благостања свих грађана Републике Србије и да ћу савјесно и одговорно испуњавати све своје дужности."

надлежности уопће није политички одговоран.⁴⁵ Додуше постоје и изузеци у неким државама с полупредсједничким саставом, нпр. Руској Федерацији.⁴⁶

Међу дужности предсједника Нацрт промјене устава је ставио и расписивање референдума од државног значаја, расписивање изванредних избора за украјински парламент те доношење одлуке о престанку рада парламента- тј. законодавне власти предсједника (чл. 107. Нацрта Промјене Устава).

Ђ. Глава X - Статус Аутономне Републике Крим

Одређене промјене су вршене и у надлежностима Аутономне Републике Крим.⁴⁷ Аутономна Република Крим је једина украјинска аутономна република смјештена на горњој обали Црног Мора, на истоименом полуотоку. Површина полуотока износи 26.100 км², а посљедње службене процјене из 2007. године указују да на Криму данас живи мање од 1.973.185

⁴⁵ Види о томе поближе: А. Štok: *Šef države-funkcija in pristojnosti*, (magistarski rad odbranjen na Fakultetu za družbene vede Univerze u Ljubljani), vlastita naklada, Ljubljana, 2011, 37.

⁴⁶ Устав Руске федерације наводи одредбе о имунитету шефа државе у Четвртом поглављу које носи назив *Предсједник Руске Федерације*. Према чл. 91. Предсједник Руске федерације ужива имунитет.

Међутим изузетак је предвиђен чл. 95. који гласи: Поступак за утврђивање одговорности Предсједника покреће искључиво Вијеће Федерације, и то само темељем оптужби за велеиздају или неко друго тешко казнено дјело коју је покренула Држава Дума и потврдила закључком Врховног суда Руске Федерације темељем присутних доказа о постојању казног дјела почињеног тијekom обављања дужности предсједника Руске Федерације и закључком Уставног суда Руске Федерације којом је потврђена основана сумња о почињењу казног дјела.

2. Одлука Државне Думе о подизању оптужнице и одлука Вијећа Федерације о пропуштању предсједника усваја се двотрећинском већином гласова укупног броја чланова сваког дома законодавног тијела и на иницијативу најмање трећине заступника Државне Думе и закључка посебне комисије коју је основала Држава Дума.

3. Одлука Вијећа Федерације о одговорности предсједника Руске Федерације донијет ће се најкасније у року од три мјесеца након што је Државна Дума поднијела тужбу против предсједника. Ако одлука Вијећа Федерације није донесена тијekom тог времена, оптужба против предсједника сматра се одбијеном. Види о томе поближе: The Constitution of the Russian Federation, preuzeto s: <http://www.constitution.ru/en/10003000-05.htm>, датум посјете: 14. 08. 2018.

⁴⁷ Аутономија (грчки *αὐτονομία аутономиа*, самосталност) је правни положај/статус одређеног територија, социјалне или економске групе по коме они имају право на самоорганизирање (укључујући и доношење властитих правних прописа) и самоуправљање. Аутономија може значити и самосталност једне државе или дијела њезина територија, покрајине у односу на другу државу, право самосталног уређења и доношења властитих прописа, самосталност појединих институција односно скупина унутар једне државне цјелине. Види о томе поближе: одр. *Аутономија*, Опћа и национална енциклопедија у 20 књига, св. 2, Вечерњи лист, Загреб, 2005, стр. 73.

људи. Етнички састав полуотока и даље је релативно непромијењен; већину од 58.32% чине етнички Руси (углавном досељени након Другог свјетског рата), потом Украјинци са 24.32%, Татари са 12.1% и Бјелоруси са 1.44%.⁴⁸ Аутономна Република Крим је чл. 135. Устава дефинирана као недјељиви дио Украјине и има свој парламент. Нацрт промјене устава је уз одређене овласти парламента Аутономне републике Крим увео и расписивање избора заступника у Верховна Рада Аутономне Републике Крим, као и одређивање састава изборног повјеренства Аутономне Републике Крим, те организовање и провођење локалних референдума (чл. 138. Нацрта Промјене Устава). Локални референдум може се тицати само питања од локалног значења, питања за аутономну републику Крим, нпр. уређење цеста, итд., а никако се не може тицати питања отцјепљења Крима од Украјине, јер је то питање од државног значаја и у то треба бити укључена читава држава. Аутор стога држи да је недавни референдум за одцјепљење Крима нерегуларан и правно неутемељен.

Е. Глава XI - Локална самоуправа

Локална самоуправа је дефинирана чланком 140. Нацрта Промјене Устава као право територијалне јединице, становника села или добровољној удруге становнике неколико села у једној сеоској заједници, становници насеља и градова да самостално рјешавају питања од локалног карактера у границама Устава и закона Украјине. Чланак 141. је дефинирао тијела локалне самоуправе - председник вијећа, председник опћинског вијећа, начелник територијалне заједнице и начелник области као извршна тијела, те вијеће као представничко тијело грађана. Надлежности и задаће тијела локалне самоуправе су дефиниране чланком 143. Нацрта Промјене Устава.⁴⁹ Положај, задаће локалне самоуправе у

⁴⁸ Види поближе: *Република Крим* - Wikipedia, https://hr.wikipedia.org/wiki/Republika_Krim, датум посјете: 13. 08. 2018.

⁴⁹ Надлежности тијела локалне самоуправе јесу:

- управљање имовине која је у заједничком власништву;
- одобрава програме друштвено - економског и културног развоја, те контролирати њихову provedбу;
- одобравати прорачуне појединих управних и територијалних јединица, те контролирати њихову provedбу;
- успоставити локалне порезе и доприносе у складу са законом;
- осигурати одржавање локалних референдума и provedби њихових резултата;
- успоставити, реорганизацију и ликвидацију комунална подuzeћа, организација и институција, али и врши контролу над њиховим активностима;
- рјешавање других питања од локалног значења приписана своје надлежности законом (чл. 143. Нацрта Промјене Устава). Српски Устав наводи под надлежности опћине слиједеће задатке:

Републици Србији су дефинирани Седмом дијелу Устава који носи назив „Територијално уређење“ и то у тачци 3. која носи назив „Локална самоуправа“. Јединице локалне самоуправе јесу опћине, градови и град Београд, а њихов териториј и сједиште је одређен законом. О оснивању, укидању или промјени територија јединице локалне самоуправе доноси се референдум на територију те јединице локалне самоуправе. Послови јединице локалне самоуправе финансирају се из прихода јединице локалне самоуправе, државног прорачуна као и прорачуна аутономне покрајине, у случају делегације надлежности с аутономне покрајине на јединицу локалне самоуправе, а о чему одлуку доноси скупштина аутономне покрајине (чл. 188. Устава Републике Србије). Опћине се оснивају и укидају законом, а град само законом. Град има шире надлежности од опћине, те може обухваћати и послове из надлежности опћине, као и остале надлежности. Град има свој статут, према којем може устројити двије или више опћина, на свом територију. Град Београд, главни Град Србије ужива посебан положај који је уређен Законом о главном граду и уставом. Устројство опћине одређено је статутом, којег доноси скупштина опћине, као главни орган исте. Скупштина, осим статута, доноси и остале опће акте, усваја порачун, завршни рачун, доноси план развоја и просторни план, расписује опћински референдум одлучује о избору извршних опћинских органа (чл. 191., ст. 1.- 4. Устава Републике Србије). Гледе градских извршних органа као и органа Града Београда, Устав

Опћина, путем својих органа, сукладно закону:

1. уређује и осигурава обављање и развој комуналних дјелатности;
2. уређује и осигурава кориштење грађевинског земљишта и пословног простора;
3. брине се о изградњи, реконструкцији, одржавању и кориштењу локалних путева и улица и других јавних објеката од опћинског значаја; уређује и осигурава локални пријевоз;
4. брине се о задовољавању потреба грађана у области просвјете, културе, здравствене и социјалне заштите, дјечје заштите, спорта и физичке културе;
5. брине се о развоју и унапређењу туризма, занатства, угоститељства и трговине;
6. брине се о заштити животне средине, заштити од елементарних и других непогода; заштити културних добара од значаја за опћину;
7. заштити, унапређењу и кориштењу пољопривредног земљишта;
8. обавља и друге послове одређене законом (чл. 189. Устава Републике Србије).

Опћина самостално, у складу са законом, доноси свој буџет и завршни рачун, урбанистички план и програм развоја опћине, утврђује симболе опћине и њихову употребу.

Опћина се стара о остваривању, заштити и унапређењу људских и мањинских права, као и о јавном информирању у опћини.

Опћина самостално управља опћинском имовином, у складу са законом.

Опћина, у складу са законом, прописује прекршаје за повреде опћинских прописа (чл. 190. Републике Србије).

наводи да се избор истих уређује посебним законом (чл. 191. ст. 5. Устава Републике Србије).

Ж. Глава XIII - Измјене и допуне Устава

Посљедње поглавље промјене је посвећено Усвајању Уставних промјена.

Нацрт закона о Измјенама Устава Украјине, с изузетком поглавља I. - "Опћа начела Поглавље III " Избори и референдум" и Поглавље XIII "Увођење амандмане на Устав Украјине", већ усвојио већина уставног састава Врховне Раде Украјине, сматра се да је усвојен, уколико на сљедећој редовитој сједници Украјинског устава, најмање двије трећине свих заступника украјинског парламента буду гласовали у његову корист (чл. 155. Нацрта Промјена Устава). Овим је наглашено да је украјински устав ригидног карактера тј. тзв. чврсти устав који се мијења квалифицираном већином и друкчијим начином у односу на промјену закона. Поступак промјена и усвајања Нацрта Закона у поглављима I- „Опћа начела“, Поглављу III-„Избори референдум“, те у Поглављу XIII „Увођења амандмана на Устав Украјине“. Нацрт закона о увођењу измјена и допуна у Поглављу I. - "Опћа начела", Поглављу III - "Избори референдуму" и Поглављу XIII - "Увод амандмане на Устав Украјине", подноси предсједник Украјине Парламенту, који о томе одлучује двотрећинском већином свих заступника, а потом се расписује референдум.⁵⁰ (чл. 156. ст 1.1 Нацрта промјене Устава).

⁵⁰ Према чл. 203. Устава Републике Србије, приједлог промјене Устава може поднијети најмање једна трећина укупног броја народних посланика, предсједник Републике, Влада и најмање 150.000 бирача.

О промјени Устава одлучује Народна скупштина. Приједлог промјене Устава усваја се двотрећинском већином укупног броја народних посланика. Дакле, и српски Устав јест ригидни Устав.

Српски устав предвидио је и корисну могућност поновног подношења захтјева за промјену Устава: Ако не буде постигнута потребна већина, промјени Устава по питањима садржаним у поднијетом приједлогу који није усвојен, не може се приступити у сљедећих годину дана (чл. 203. ст. 3. Устава Републике Србије).

Ако Народна скупштина усвоји приједлог за промјену Устава, приступа се изради, односно разматрању акта о промјени Устава. Народна скупштина усваја акт о промјени Устава двотрећинском већином од укупног броја народних посланика и може одлучити да га и грађани потврде на републичком, (државном, оп.а.) референдуму. Народна скупштина је дужна да акт о промјени Устава стави на републички референдум ради потврђивања, ако се промјена Устава односи на преамбулу Устава, начела Устава, људска и мањинска права и слободе, уређење власти, проглашавање ратног и ванредног стања, одступање од људских и мањинских права у изванредном и ратном стању или поступак за промјену Устава.

Могуће је и поновно понијети приједлог за уставну промјену и то на сљедећем сазиву украјинског парламента (чл. 156. ст. 2. Нацрта Промјене Устава).

IV ЗАКЉУЧАК

Из овог чланка спознали смо бит и повијест уставних промјена у Републици Украјини. Правно речено, све ове уставне промјене имале су за циљ рјешавање борбе између парламента и председника, дакле извршне и законодавне власти за превласт у Украјини. Украјина спада међу ријетке председничке републике у свијету. Овим измјенама жели се поновно, симболички речено, жезло пребацити у руке парламента, што је корисно, јер данас парламент као законодавно тијело је изабрано од народа, исказива вољу грађана и сукладно теорији власти дужно је надзирати извршну власт и тиме имати владајућу улогу на политичкој сцени државе. Међутим, одређена питања су остала неријешена. Примјерице, одређене промјене се требају извршити гледе одговорности председника Републике који ужива монархистички положај, тј. потпуно је неодговоран за сва своја дјела, што је противно данашњем демократском друштву. Председник треба бити одговоран за дјела која почини тијekom обављања својих дужности. Његов имунитет не може бити ограничен, јер тиме он није председник државе, већ монарх, односно, боље речено, диктатор или тиранин. Надаље, председник не може имати широке овласти и не може влада бити одговорна њему, већ представничком тијелу.

Гледе статуса заступника, Устав је пропустио регулирати статус независних заступника, заступника који нису чланови ниједне политичке странке. Наиме и ове уставне промјене нису се дирале у одредбу према којој заступници даном оставке на страначку дужност престају бити парламентарни заступници.

Када се акт о промјени Устава стави на потврђивање, грађани се на референдуму изјашњавају најкасније у року од 60 дана од дана усвајања акта о промјени Устава. Промјена Устава је усвојена ако је за промјену на референдуму гласала већина изашлих бирача.

Акт о промјени Устава који је потврђен на републичком референдуму ступа на снагу када га прогласи Народна скупштина. Ако Народна скупштина не одлучи да акт о промјени Устава стави на потврђивање, промјена Устава је усвојена изгласавањем у Народној скупштини, а акт о промјени Устава ступа на снагу када га прогласи Народна скупштина.

Ante Jelavić, LL.M*

CHANGES IN THE CONSTITUTION OF UKRAINE FROM 2014.

Summary

The author shows the changes in the Constitution of Ukraine, their essence. Ukraine is a young country that has so far had three constitutional amendments. All these changes have left an indelible mark in the political life of Ukraine, and in the great significance of the impact on the lives of Ukrainian citizens. The author deals in detail recent changes in the Ukrainian constitution, which wants to change politic system of Ukraine, so that would be returned from a semi-presidential system into a parliamentary system. Also, special attention is given to the institution of the referendum, which is in last time very often misused.

Keywords: *Ukraine, Constitution, Constitutional Amendments, referendum, semi-presidential system, parliamentary system.*

* BPZ Domaćin, Split, Republic of Croatia.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

НАУЧНИ И СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ

Научни и стручни чланци могу се објавити на српском (ћирилица или латиница), енглеском, немачком, француском и руском језику. Аутори који своје радове доставе на српском језику дужни су да на почетку рада напишу апстракт, обима до 250 речи, и од пет до десет кључних речи, а на крају рада резиме, обима до 1/10 дужине чланка, и исти број кључних речи на енглеском језику. Аутори који своје радове доставе на страним језицима дужни су да на почетку рада напишу апстракт, обима до 250 речи, и пет кључних речи, а на крају рада резиме, обима до 2/10 дужине чланка, и исти број кључних речи, који ће бити објављени на српском језику. Превод резимеа и кључних речи на српски језик обезбеђује Редакција часописа..

Аутори су дужни да, поред свог имена и презимена, наведу назив установе у којој је аутор стално запослен, као и своју контакт адресу, која укључује и е-адресу.

Обим научних и стручних чланака је ограничен на максимално два ауторска табака. У изузетним случајевима, редакција може одлучити да се прихвате и обимнији радови.

Редакција прима искључиво необјављене радове (научне и стручне чланке) који подлежу двострукој анонимној рецензији и класификацији у складу са [Типологијом докумената/дела за вођење библиографија у систему COBBIS](#). Радови који су прихваћени за објављивање или су већ објављени у „Гласнику права“, аутор може објавити у другим публикацијама, али само уз допуштење Редакције и уз јасну назнаку о њиховом објављивању у „Гласнику права“. Ако је чланак, пре објављивања у „Гласнику права“, био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења (под истим или сличним насловом), податак о томе се наводи у посебној напомени на дну прве странице чланка.

Радови аутора морају бити достављени у WORD, Times New Roman, фонт 12 (фусноте 11), проред 1,5 (фусноте 1), величина стране А4, лева и десна маргина 3цм и горња и доња маргина 2,5цм.

Радови морају бити структурирани на следећи начин :

I., II., III, итд.

A, B, C итд. односно A, B, B, итд.

1., 2., 3.,

a), б), ц) итд. односно a), б), в) итд.

Наслов рада и поднаслови се пишу на средини.

ОСТАЛИ ПРИЛОЗИ

Остали прилози (семинарски радови, избор судских одлука, прикази књига итд.) могу се, такође, објавити на било ком од горе наведених језика и морају бити достављени у WORD, Times New Roman, фонт 12, 1,5 проред.

Редакција задржава право да достављене прилоге (научне и стручне чланке и остале прилоге) прилагођава општим правилима уређивања часописа и стандардима српског језика.

Радови се могу доставити у електронском облику на CD на адресу уредништва или на мејл адресу уредништва (укључујући и адресе главног и одговорног уредника и секретара уредништва).

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

Прво слово имена, презиме аутора, наслов књиге (*italic*), место и година издања, број странице (без скраћенице стр.). Пример: Н. Ђорђевић, *Практикум за облигационо право*, Крагујевац, 2002, 22.

Уколико се у књизи помиње више места издања, наводе се прва два раздвојена цртицом. Пример: F. Bydliniski, *Juristische Methodenlehre*, Wien-New York, 1991, 55.

2. Часописи (чланци)

Прво слово имена, презиме аутора, наслов чланка, број часописа, година часописа, број странице. Пример: Ј. Радишић, *Нацрт кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот бр. 9, 2003, 222.

3. Текстови из зборника радова

Прво слово имена, презиме аутора, наслов текста, у: наслов зборника (ур. име уредника), место и година издања, број странице. Пример: С. Ђорђевић, *Приватноправни односи са елементом иностраности и интернет*, у: Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије (ур. С. Бејатовић), књ. 2, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2003, 261.

4. Електронски текстови

Прво слово имена, презиме аутора, наслов текста (веб странице), УРЛ, датум посете (дан, месец и година). Пример: K. Boele-Woelki, *Internet und IPR*:

Wo geht jemand ins Netz?, <http://cui.unige.ch/~billard/ipilec/BOELED1.HTM>, датум посете: 14. 02. 2002.

5. Нормативни акти

Назив правног акта, назив гласила у коме је објављен, број и година објављивања. Ако ће се наведени пропис цитирати и касније, приликом првог помињања у загради се наводи његова скраћеница под којом ће се даље појављивати. Пример: Закон о парничним поступку (ЗИП), *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

6. Судска пракса

Врста одлуке и назив суда, број одлуке, датум (дан, месец, година) доношења, назив публикације у којој је објављена, и број странице у публикацији. Пример: Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, Избор судске праксе, 2/2005, 62). Ако одлука није објављена, потребно је то и назначити. Пример: Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, необјављено.

7. Остала правила

1. Уколико постоји више аутора књиге или чланка, њихова имена се раздвајају зарезом. Пример: С. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987. Када књига има више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме првог аутора, уз додавање скраћенице *et al.* (*et alia*). Пример, Т. Варади *et al.*, *Међународно приватно право*, Београд, 2008.

2. Када се цитира више тачно одређених страница, оне се раздвајају цртицом, а када се цитира више страна које се не одређују тачно, после навођења броја прве странице додају се речи „и даље“. Пример: Н. Ђурђевић, *Практикум за облигационо право*, Крагујевац, 2002, 22-27. Пример: Ј. Радишић, *Нацрт кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот бр. 9, 2003, 222 и даље.

3. Код поновљеног цитирања текста одређеног аутора, после првог слова имена и презимена аутора, следи, уместо наслова текста, скраћеница *op.cit.*, после које следи број странице. Пример: Ј. Радишић, *op.cit.*, 222.

4. Ако се цитира исто дело и иста страница као и у претходној фусноти (узастопно) користи се само скраћеница *Ibid.* А ако се цитира текст дела, наведеног у претходној фусноти, који се налази на различитој страници, после *Ibid.* назначује се број странице (пример: *Ibid.*, 55.).

5. За „видети“ се користи скраћеница „Вид.“, а за „Упоредити“ скраћеница „Уп.“

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

ГЛАСНИК права = Herald of Law : часопис из области права и сродних друштвених наука / главни и одговорни уредник Нина Планојевић.
- Књ. 1, св. 3 (1992)-1997, књ. 6 ; 2016, br. 1-2 ; Год. 8, бр. 1 (2017) -
Крагујевац : Правни факултет, 1992-1997 ; 2016 ; 2017- (Крагујевац :
Графопромет) . - 24 cm

Полугодишње. - Је наставак: Гласник Правног факултета у Крагујевцу =
ISSN 0351-2207. - Друго издање на другом медијуму: Гласник права
(Online) = ISSN 1821-4630
ISSN 1450-8176 = Гласник права
COBISS.SR-ID 65313282