



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LX

Број
1

2022

Почасни главни и одговорни уредник

Проф. др Мирко Васиљевић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Главни и одговорни уредник

Проф. др Татјана Јевремовић Петровић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Уређивачки одбор

Чланови извршног одбора редакције

Зоран Арсић (Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Србија), Никола Бодирога (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Филип Бојић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Драган Вујисић (Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Србија), Катарина Долковић Бојић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Милена Ђорђевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Марко Ђурђевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Гордана Илић Попов (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Светислав Јанковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Марко Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Небојша Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Марија Караникић Мирић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Љубинка Ковачевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Јелена Лепетић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Слободан Марковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Мирослав Пауновић (адвокат у Београду, Србија), Јелена Перовић Вујачић (Економски факултет Универзитета у Београду, Србија), Наташа Петровић Томић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Душан Поповић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Вук Радовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Мирјана Радовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Ненад Тешић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Наташа Томић Петровић (Саобраћајни факултет Универзитета у Београду, Србија), Александар Ћирић (Државни универзитет у Новом Пазару, Србија).

Чланови саветодавног одбора редакције

Радован Вукадиновић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Шиме Ивањко (Правни факултет Универзитета у Марибору, Словенија), Christa Jessel-Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка), Горан Коевски (Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правни факултет „Јустинијан први“, Република Северна Македонија), Leaua Crenguta (Leaua Damcali Deaconu Paunescu – LDDP, Румунија), Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка), Марко Рајчевић (Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, БиХ – Република Српска), Katia Fach Gómez (University of Zaragoza, Шпанија), Helmut Heiss (University of Zürich, Швајцарска), Silvi Chernev (Burgas Free University Faculty of Legal Studies, Бугарска), Драган Радоњић (Правни факултет Универзитета Црне Горе, Црна Гора), Andreas Reiner (ARP, Аустрија), Mykola Selivon (Уставни суд, Украјина), Pilar Pelares Viscasillas (University Carlos III of Madrid, Шпанија).

Секретар

Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Технички секретар

Милена Митровић, Институт за међународну политику и привреду, Србија

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Београд, Теразије 27, V спрат

Електронска адреса удружења: office@pravnicuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: casopis@pravnicuprivredi.org.rs

Интернет страница: www.pravnicuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Тираж

200

Секундарне публикације у којима се индексира часопис

SCIndeks (Српски цитатни индекс), Cobiss

Часопис *Право и привреда* излази тромесечно.

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LX

Број
1
2022

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

Мирко ВАСИЉЕВИЋ

Привредно друштво без уговора о друштву – „друштво као фактичко“ 1

Александар ЈАКШИЋ

Утицај пандемије изазване вирусом ковид-19 на парнични поступак..... 25

Владимир ЧОЛОВИЋ

Статус страних поверилаца у секундарном стечајном поступку..... 62

Ахмедин ЛЕКПЕК

Фактори пореске евазије..... 80

Слађана ГЛИГОРИЋ

Правна заштита од злостављања на раду у домаћем и међународном праву..... 99

Маша МИШКОВИЋ

Комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника... 122

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Јована МИХАЈЛОВИЋ, Ивана ДАНИЛОВИЋ ТЕРЗИЋ

Пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама –
поједини статусноправни елементи 138

Ксенија ЦИПКОВИЋ

Вансудска евикција 161

Александра СТЕФАНОВИЋ

Субјективни елементи исплате недугованог 182

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 199

TABLE OF CONTENTS

SCIENTIFIC ARTICLES

<i>Mirko VASILJEVIĆ</i>	
Company Without Act of Incorporation – “De Facto Company” ..	1
<i>Aleksandar JAKŠIĆ</i>	
The Impact of Covid-19 Pandemic on Civil Proceedings.....	25
<i>Vladimir ČOLOVIĆ</i>	
Status of Foreign Creditors in Secondary Bankruptcy Proceedings.....	62
<i>Ahmedin LEKPEK</i>	
Factors of Tax Evasion.....	80
<i>Sladana GLIGORIĆ</i>	
Legal Protection Against Harassment at Work in Domestic and International Law	99
<i>Maša MIŠKOVIĆ</i>	
Combining Methods of Sale of Bankruptcy Debtor’s Property.....	122

STUDENT PAPERS

Jovana MIHAJLOVIĆ, Ivana DANILOVIĆ TERZIĆ

Virtual Currency Services Providers – Certain Issues of Legal
Status 138

Ksenija DŽIPKOVIĆ

Extrajudicial Eviction 161

Aleksandra STEFANOVIĆ

Subjective Elements of the Payment of Indue. 182

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 199

НАУЧНИ РАДОВИ

УДК: 347.72.02(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22101A

др **Мирко ВАСИЉЕВИЋ**^{*}
редовни професор (у пензији) Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

ПРИВРЕДНО ДРУШТВО БЕЗ УГОВОРА О ДРУШТВУ – „ДРУШТВО КАО ФАКТИЧКО“

Сажетак

Опшња теорија привредних друштва заснована на специјализованим законима који их уређују заснива се на њиховом именовању и класификовању према сродним карактеристикама (именована друштва). Сва привредна друштва имају прописане опште конститутивне (битне) елементе заједничке за њих и без којих нема поноважног друштва, али свако појединачно друштво зависно од врсте има и неке своје посебне елементе који се придодају тим опшћим елементима са истовешним правним дејством.

У контексту постојања концепције законом именованих форми привредних друштва, поставља се питање могућности постојања „друштва као фактичког“ као својеврсне форме неименованог друштва. Иако ово друштво у концепцијском смислу не постоји (законодавац га не препознаје), оно постоји у функционалном смислу и као такво га препознаје уредна судска пракса. У српској правној пракси (праћанској и спровољачкој) у овом смислу иакође постоји ово друштво, али га српска

* Електронска адреса аутора: vaske@ius.bg.ac.rs.

судска пракса још увек не прејознаје. По нашем уверењу, прејознавање постојања овој друштва у низу фактичких ситуација удруживања правних и/или физичких лица, те на тој основи одговарајуће примене режима привредних друштва (у главном друштва лица) на ово друштво, допринело би дизању прага правне сигурности и побољшању положаја поверилаца овој друштва и његових чланова, на основама инстинктивна правичности и тиме морализовања права.

Кључне речи: „Друштво као фактичко“ – Констиитивни елементи. – Правичности. – Судска пракса. – Разграничење од фактичкој друштва. – Морализовање права.

I Постављање проблема

Привредно друштво без уговора о друштву, реалност или фикција, факт или право? Ако је концепт закона који уређује привредна друштва, као што је то случај са српским правом (по угледу на романску правну традицију),¹ правни субјективитет свих привредних друштава, по класичној класификацији и категоризацији и друштва лица (ортачко и командитно) и друштва лица и капитала (друштво с ограниченом одговорношћу) и друштва капитала (акционарско – отворено и затворено), чији су конститутивни елементи и формални уговор о друштву, и упис у прописани регистар, онда постојање „привредног друштва без уговора о друштву“ није реалност нити право. Ипак, пословноправна пракса подсећа правну теорију на потребу тражења одговора на питање статуса овог друштва у околностима евидентног фактичког постојања.

Привредно друштво без уговора о друштву, самим тим и без уписа у прописани регистар, је фактичка ситуација у којој су се два или више лица (у признатом концепту могућности постојања једночланог друштва отвара се питање и таквог постојања) сагласили да испуњавајући друге конститутивне елементе привредног друштва (улог, добит и ризик, евентуално и *affectio societatis*) и да буду чланови неке заједнице с економским циљем без изражавања жеље да оснују друштво (нема закључења уговора о друштву и нема уписа у регистар). Овакав фактицитет са елементима институционалности могао би се назвати „друштво као фактичко“, по некој аналогiji са „фактичким друштвом“ које је основано и уписано у регистар, али је због постојања неког законског основа ништаво (јер је оснивачки акт таквог друштва ништав).²

1 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21, чл. 3 и 8.

2 ЗОПД, чл. 13 и 14.

Овакве фактичке (да ли и правне?) ситуације постоје одувек у области пољопривреде, у области извршења слободних професија, у неким трговачким делатностима, при развргнућу ванбрачних заједница или раскиду брачних заједница, при трансформацији (конверзији) неких уговора у привреди и слично.

Законска инсуфицијенција? Да ли ова чињеница може да буде сметња за својеврсну кохабитацију права и факата, макар и крхку, за ход права ка социолошким феноменима („социјалогизација права“, „морализација права“), за узимање у обзир од стране судије ситуација непрепознатих у праву? Правна догматика или ортодоксност би свакако рекли да је ово својеврсна „правна сметња“, али би телеолошки концепт права свакако морао однети превагу. Овакво својеврсно „правно признање“ фактицитета води и признању правних дејстава овог феномена, што је пут решењу побуна чињеница против права. Ово, ако ништа друго, налажу и разлози правичности (заштита савесних трећих лица) ослоњени на „*тхеорију њривида*“. Чини се да је ово друштво и инструмент правичности који као такав користи упоредна судска пракса у ситуацијама сарадње више правних или физичких лица у неком подухвату када не постоји неки споразум који би је подвео под правни режим уговора у друштву. У сваком случају постоји снажан интерес поверилаца да се у оваквим случајевима примене правила солидарне или заједничке одговорности или да се обавеза напише друштву креираном као такво, а не да буде индивидуална обавеза појединачних учесника подухвата.

II Конститутивни елементи привредног друштва и „друштво као фактичко“

1. Уговор о оснивању привредног друштва – оснивачки акт

Често се догађа да уговорне стране закључе одређени уговор не дајући му квалификацију правне природе или дајући погрешну квалификацију, те је потребно одређивање његове природе, са циљем утврђивања заједничке намере уговорних страна. У сваком случају, привредно друштво се увек базира на формалном уговору (*forma ad solemnitatem*) с посебним карактеристикама (оснивачи и чланови друштва са посебним чланским правима у том својству у привредном друштву),³ а никад на самом закону или другом извору или уговору који нема карактеристике уговора о оснивању привредног друштва (нпр. савнаследници, заједница поверилаца у стечају, сусвојина, плодoуживање, уговор између супружника, фидуција, залога итд.). С друге стране, уговор о оснивању привредног друштва увек има неки заједнички циљ

3 Paul Le Cannu, Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, 2012, 76–79.

оснивача и изражен *affectio societatis* који не постоји у другим сродним уговорима⁴ (*заједнички циљ* и *affectio societatis* не постоји у уговорима о продаји где продавац и купац у принципу имају одвојене уговорне циљеве по правилу интересно супротстављене; исти је случај и за уговор о делу, уговор о закупу, уговор о раду, уговор о услугама, уговор о мандату, уговор о остави, уговор о превозу, уговор о заступању, уговор о концесији, уговор о зајму и кредиту, уговор о размени, издавачки уговор, уговор о удруживању привредних друштава ради остварења других циљева а не добити, али заједнички циљ у смислу грађанског или привредног друштва постоји код уговора о конзорцијуму и слично).⁵

Општи услови уговорног права који се траже за пуноважност уговора⁶ захтевају се подједнако и за овај уговор, будући да и он има облиациона дејствија – материјални услови (*сјособности уговорних страна* – искљученост малолетника и пунолетних лица лишених или ограничене пословне способности,⁷ *йредмети* – дозвољеност и одређеност,⁸ *сајласности воља* – без заблуде, претње и принуде, *кауза* – мотив)⁹ и формални услови (формализам – писмена форма, овера потписа,¹⁰ упис у прописани регистар и објава).¹¹ Мане воље у настанку уговора о оснивању привредног друштва могу бити значајне за његову судбину,

4 Michel D. Juglart, Benjamin Ippolito, Jacques Dupichot, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999, 114–119; Ivan Tchoutourian, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Paris, 2011, 483–602.

5 Више вид.: Laurence C. V. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London, 1992, 265–287; Hardy E. R. Ivamy, *Company Law*, London, 1978, 49–79; Robert Pennington, *Company Law*, London, 1995, 3–31; John Charlesworth (ed. Geoffrey Morse), *Company Law*, London, 1995, 51–95; John H. Farrar, *Company Law*, London – Edinburgh, 1988, 82–121; John Birds *et al.*, *Company Law*, London, 1995, 61–84; Robert Ruedin, *Droit des sociétés*, Berne, 1999, 73–115; André Tunc, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, 1985, 43–48; Robert Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991, 34–51; Joseph Hamel, Gaston Lagarde, Alfred Jauffret, *Droit commercial*, Paris, 1980, 20–58; René Rodière, *Droit commercial*, Paris, 1980, 14–22; Yves Guyon, *Droit des affaires*, Paris, 2003, 93–129; Maurice Cozian, Alain Viandier, Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 1998, 53–86; P. L. Cannu, B. Dondero, 63–80.

6 Вид. Слободан Перовић, *Облиационо йраво*, Београд, 1980, 245–366; Оливер Антић, *Облиационо йраво*, Београд, 2007, 212–331.

7 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 46.

8 Предмет треба разликовати од: каузе уговора о оснивању привредног друштва (то је стицање профита за друштво и чланове или макар само уштеда трошкова), од интереса друштва (који је мера одговорности чланова органа друштва који имају дужности према друштву) и делатности друштва (ужи појам од предмета). Вид. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 47–48.

9 *Ibid.*, 43–45.

10 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 123–128.

11 Philippe Merle, Alain Fauchon, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001, 63–82; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 46–56, 128–138.

посебно заблуда (о предмету, о личности), уговор може бити симулован и фиктиван – који је често преваран („друштво фасада“).¹²

За разлику од општих правила уговорног права, која важе за уговоре који имају облигациона дејства, будући да уговор о оснивању друштва може да има и *сџајтусна* – *инсџијџиуционална дејсџива* (када на његовој основи настаје привредно друштво као правни субјект),¹³ у овом уговору има и одређених посебних правила која произлазе из овог дејства – *џеорија инсџијџиуџије*.¹⁴ Управо ова статусна својства

12 Симулована сагласност је чешћи случај од сагласности са манама воље. Симулована сагласност може бити тројака: да се односи на постојање самог уговора; на природу уговора (нпр. *уовор о друшџџџу џокрива уовор о џоклону, џиџо може џовређивајџи џраво наслеђивања*); и да се односи на личност могућег сачлана. У погледу дејства привидног (симулованог) уговора, треба разликовати однос према трећима и однос међу уговорним странама. Кад је реч о односу према савесним трећим лицима, привидност уговора не може се истицати према њима (могу се, међутим, позивати на прикривени дисимуловани уговор ако он испуњава услове за пуноважност), док с друге стране у односима између уговорних страна постоје извесне недоумице. Наиме, према решењу српског закона који регулише облигационе односе, *џривидни уовор нема дејсџиво међу уоворним сџџранама* (Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лисџ СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лисџ СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лисџ СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени џласник РС*, бр. 18/2020, чл. 66). Како су уговорне стране закључивале привидан/очевидан/симулован уговор управо да би прикриле стварни дисимуловани уговор, није логично да ће се позивати на тај дисимуловани-прикривени уговор. Отуда, *чини се лоџичнијим решење француској џрава* (француски Грађански законик [*Code civile*], чл. 1321) које се разликује код овог института од српског права у томе што прописује дејство очевидног – привидног уговора и међу уговорним странама. У прилог овоме, француска теорија наводи карактеристичан случај одлуке трговачког суда Версаја. У конкретном случају, уговорне стране су закључиле уговор о оснивању акционарског друштва са уговореним улозима чланова. Како ови улози нису у целости унети у имовину друштва, односно уплаћени у целости до покретања поступка ликвидације друштва, ликвидатор друштва је тражио од чланова уношење и уплату преосталог дела уговореног улога, али се један оснивач бранио приговором да он није стварни оснивач, већ да је из услужности потписао уговор о оснивању друштва за другог члана чији је био ванбрачни партнер. Судови нису уважили овај аргумент, јер је и тај „тобожњи“ оснивач потписао уговор о оснивању друштва са знањем ствари и да тиме што је по сопственој тврдњи „тобожњи“ оснивач (оснивач из услужности) није мање оснивач. Суштински, међутим, с обзиром на природу уговора о оснивању друштва, који ствара и међусобне обавезе уговарача, али и обавезе према трећем (будуће друштво), овде је *џре реч о уовору у корисџ џређеџ лица (неџо о дејсџиву уовора међу уоворним сџџранама)*. Вид. М. Cozian, А. Viandier, F. Deboissy, 44–45.

13 P. L. Cannu, B. Dondero, 163–186.

14 О уговорној и институционалној концепцији привредног друштва и ставу да је оно по својој природи и уговор и институција: Robert P. Austin, Ian M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007, 25–26; Ph. Merle, A. Fauchon, 32–34. Други аутори говоре да је привредно (трговачко) друштво уговор по свом настанку, а институција са правним субјективитетом по свом функционисању (мада

и чине овај уговор специфичним у односу на уговоре који имају само облигациона својства (по правилу, уговором основано друштво траје неодређено време, друштво има неке корпорацијске органе, уговор се региструје, могуће је искључење члана и иступање члана из друштва, могућ је спор члана друштва са другим чланом као уговорном страном, али и са друштвом, уговор се може променити и већинском вољом,¹⁵ подразумева различитост права чланова, неравноправност чланова уз равноправан третман, права мањинских чланова, дејство према трећим лицима, принудни престанак).

„Друштво као фактичко“, напротив, не почива на неком уговору као формалном правном послу, већ се по правилу заснива на фактици-тету, који некад може бити праћен (али не и нужно) и неформалном сагласношћу (као начин постојања неформалних уговора). Овакав начин настанка овог друштва је и кључни разлог да га именујемо „друштво

уговорни елементи не ишчежавају у потпуности не само код друштава лица, код којих и поред субјективитета друштва скоро у потпуности остају и током трајања друштва, већ у доброј мери и код друштва с ограниченом одговорношћу – случај кад се тражи једногласност за промену оснивачког акта), посебно код друштава капитала, код којих влада „закон већине“, те је тешко прихватити да се то уклапа у теорију уговора, као и сâм правни субјективитет који од друштва чини „правно биће“ и, посебно, континуитет друштва и оснивање с намером трајања: М. D. Juglart, В. Ippolito, J. Dupichot, 41–42, 119–120; Р. L. Cannu, В. Dondero, 165–171.

Институционална теорија привредног друштва има и неке посебне форме: теорија организације предузећа (потврда је форма једночланог друштва које се не уклапа ни у уговорну основу настанка привредног друштва), теорија колективног акта (одликује је став о конвергенцији више конститутивних интереса). Вид. Р. L. Cannu, В. Dondero, 175–179.

- 15 Промена оснивачког акта већинском вољом не сме бити преварна, малициозна или против интереса мањине по капиталу, већ мора бити савесна и у интересу компаније као целине (не изван граница разумности – *шестй дискриминације*), у противном таква промена може бити ништава. У систему два конститутивна акта, промена статута: нема правно дејство ако је супротна уговору о оснивању; промене статута које увећавају обавезе чланова друштва (промена одговорности, додатне уплате, нови улози, рестрикције располагања акцијама и уделима) могуће су само уз сагласност чланова којих се тичу; промена права класе акција могућа је само уз прописану (по правилу квалификованом већином) сагласност скупштине те класе акција; промена не може лишити чланове права које им је дао суд, промена је подложна судском поступку и може бити ништава ако није вршена у интересу компаније као целине. Промена оснивачког акта може бити не само вољна, већ и принудна (усклађивање са законом), промена може бити условљена неким рестрикцијама (већа већина од законског минимума и друга ограничења у складу са законом), промена мора бити у складу са законом и код котираних друштава у складу с берзанским правилима, промене не могу стварати права и обавезе за трећа лица, компанија не може гарантовати непромену оснивачког уговора или статута: J. Birds *et al.*, 79–84; Charles Wild, Stuart Weinstein (eds.), *Smith & D. Keenan's Company Law*, London, 2005, 104–111; R. P. Austin, I. M. Ramsay, 201–205.

као фактичко“, с обзиром на то да се разликује од фактичког друштва и да не настаје кроз процес оснивања.¹⁶

2. Обавеза уношења улога у друштво и „друштво као фактичко“

Заједнички циљ привредног друштва у обављању економске делатности и расподели добити није довољан за конституисање друштва, јер би се он могао остварити и у једночланом друштву. Отуда, потребно је да се оснивачи друштва удруже и да на основу уговорно изражене воље удруже свој рад (управљање, истраживање, савети) или се обавезу на уздржавање од конкуренције и/или удруже одређени други уговорени улог. *Стицање чланској њрава у друштву везано је, дакле, за уношење улога*¹⁷ (не сме бити фиктиван – *нпр. заснароо њајенџ*, потраживање од стечајног дужника и слично) на начин који зависи од природе улога, те се на другој основи не може стећи. Уношење улога није карактеристика само трговачких друштава, већ и разних привредних удружења, али се тамо улог не уноси ради директних лукративних циљева. Улог уједно представља лимит обавеза оснивача (и свих чланова друштва) према друштву (изузетак је обавеза додатних уплата код друштва с ограниченом одговорношћу), па чак и у случају да друштво касније прибегне операцији повећавања основног капитала (члан друштва може остати при свом дотадашњем улогу).

Улози могу бити у новцу (разлика уписа и уплате),¹⁸ у природи – разлика уписа и уноса¹⁹ (који морају бити процењени на прописани начин – непокретне и покретне ствари, права индустријске својине, потраживања, делатност или бизнис, у раду и услугама – ако су такви улози законом дозвољени, као код форми затворених друштава). *Улог у раду и услугама је иначе аргумент за моћну квалификацију „друштва као фактичког“*. Ипак, улог у раду и услугама, сам за себе, није довољан за ову квалификацију, без неких других битних елемената друштва. У француској судској пракси се инсистира на елементу заједничког уноса улога, а не индивидуалног (заједнички улог је оличење воље да се учествује у заједничком подухвату). На овој основи могућа је и примена правила и третман „друштва као фактичког“ и на брачну и посебно

16 Француска правна теорија говори о „креирању“ овог друштва, што има дистинктивност у односу на „оснивање“: Sabine Vacrata, *La société créé de fait, essai de théorisation*, Paris, 2003.

17 Ph. Merle, A. Fauchon, 39–47; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 57; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 49–55; P. L. Cannu, B. Dondero, 125–146.

18 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 50.

19 *Ibid.*, 51–54.

ванбрачну заједницу,²⁰ с тим што сам заједнички живот, без обзира на дужину трајања, није довољан да оправда примену правила „друштва као фактичког“ (улог у раду и услугама помаже пракси детектовања заједничког живота који превазилази везе узајамног симпатисања и сентименталности). У истом смислу је правни третман заједничког извршења делатности слободних професија.²¹

Улој у раду и услугама (ако је евентуално дозвољен, чиме улагач овог улога стиче својство члана са одређеним специфичностима свог удела на основу тог улога, посебно на плану преноса: стављање на располагање друштву свог имена, знања, „носа“ за индустрију парфема, „чула укуса“ за дегустацију вина и слично) треба *разликовајти од уговора о раду* (и улагач овог улога је, наравно, равноправан са улагачима других врста улога и није у подређеном положају као у уговору о раду).²² Улог у натури преноси се *у својину друштва* (као и приликом продаје, *улајач који има позицију продавца* одговара за скривене мане и за евикцију), а ако улагач задржава својину, на друштво се преноси право коришћења (*улој живања* – вредност прихода од таквог добра, ако је такав споразум, улази у основни капитал друштва, а не и вредност тог добра) и успостављају се односи из плодоживања, употребе, закупа, лизинга. Ипак, *разлика између улоја у натури и улоја у услугама* није увек сасвим јасна (нпр. улог пословног имена или његових елемената: клијентеле, *know-how*, кредита – угледа који неко ужива и сл.).²³

а) *Заједнички циљ друштва и „друштво као фактичко“*

Уговор о оснивању привредног друштва има елементе алеаторног уговора. Неспорно је, наиме, да се привредно друштво оснива по правилу ради обављања одређене лукративне делатности у циљу стицања

20 У српској судској пракси, напротив, за сада, деоба заједничке имовине супружника или имовине ванбрачних партнера стечене током трајања брачне или ванбрачне заједнице не врши се применом правила која важе за „друштво као фактичко“, мада сама чињеница да није искључена могућност (што породично законодавство и допушта) утврђивања различитог доприноса настанку заједничке имовине (*одстицање од њеднакој доприноса* – Породични закон, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005–26, 72/2011–73 и 6/2015–6, чл. 180), суштински води признању могућности различитог процента удела у заједничкој имовини по угледу (аналогно) на расподелу имовине „друштва као фактичког“ након његовог развргнућа. Вид. Пресуда: Основни суд Параћин, П. Бр. 435/15; пресуде Апелационог суда у Крагујевцу: Гж. 2428/17, Гж. 1955/20, Гж. 2508/20, Гж. 3098/20 и Гж. 361/21.

21 S. Vacrate, 43–45.

22 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 55.

23 P. L. Cannu, B. Dondero, 125–146; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 57–64; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 53–54.

профита (правило и претпоставка), а изузетно се може основати и за неке друге неекономске циљеве (изузетак и изричито означавање у оснивачком акту: на пример, уштеда трошкова, заштита животне средине, едукација и побољшање здравственог стања запослених у другим друштвима и слично). Није искључена ни комбинација ова два циља у истом друштву.²⁴ Циљ оснивача друштва остварује се обављањем делатности чији је избор у принципу слободан, ако је та делатност законита, могућа и у складу са добрим обичајима (узетим објективно и независно од субјективне процене и мотива оснивача).²⁵

Сваки оснивач (члан, ортак, акционар) друштва има право *да учествује у добити* у друштвима са економским циљем (правило). Ипак, како уговор (или одлука) о оснивању трговачког друштва има у извесном смислу *алеаторни карактер* (добит није извесна), то чланови друштва носе ризик губитака друштва (што треба разликовати од обавеза друштва према трећим лицима). Отуда, чланови друштва (у својим међусобним односима код друштава капитала, а код друштава лица и према трећим лицима) преузимају и ризик пословања (покривање губитака друштва на терет резерви и нераспоређене добити, смањење основног капитала друштва, непостојање ликвидационог вишка, банкротство основаног друштва и сл.).²⁶ *Дужности учествовања чланова друштва у губицима друштва* у директном смислу се и не тиче чланова, већ њиховог друштва и капитала друштва, што их индиректно такође погађа.²⁷ Ову дужност треба *разликовати од одговорности чланова друштва за дугове (обавезе) друштва према трећим лицима*, која зависи од врсте друштва.²⁸

24 Француски закон о трговачким друштвима новелама из 1978. године први пут утврђује дуплу циљну функцију: „деоба добити и уштеда трошкова“ („*partager le bénéfice ou profiter de l'économie*“): P. L. Cannu, B. Dondero, 159.

25 P. L. Cannu, B. Dondero, 157–161.

26 „Чланови друштва се удружују и за ‘најбоље’ и за ‘најгоре’ и постоји симетрија учешћа у добити и допринос губицима друштва“: S. Vacrate, 29–30.

27 Ph. Merle, A. Fauchon, 48–56; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 65–69; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 58–61; P. L. Cannu, B. Dondero, 157–161.

28 Финансијске обавезе члана друштва према друштву (изузетно и према трећим лицима) су вишеструке: прво, обавеза уношења уговореног улога у друштво (потраживање друштва); друго, додатне уплате код друштва с ограниченом одговорношћу; треће, обавезе по основу уговора ван својства члана друштва; четврто, обавезе чланова друштва да носе ризик пословања друштва и покривају губитке друштва; пето, обавезе чланова ортакског друштва и комплементара према повериоцима друштва по основу неограничене одговорности, обавезе чланова друштва капитала за обавезе друштва према трећим лицима (пробијање правне личности, евентуално такве обавезе код стечаја друштва). У француском праву, ту је и уставна гаранције пасиве код уступања контроле код затворених друштава, која често

Постотак удела (акција) у друштву уједно је и мера учешћа у добити друштва, односно сношења ризика друштва, али ово правило није когентно, те је могућ и други споразум (разликовање и на овај начин *активних и пасивних чланова*).²⁹ Ипак, искључене су као недозвољене, по правилу, такозване „лавовске клаузуле“ (алузија на Фонтенову басну о „јарцу, кози и јарићима у друштву са лавом“) које могу имати различите изражајне облике (*дозвољене неједнакости и недозвољене неједнакости*).³⁰

У *ширем смислу*, ове клаузуле обухватају и недозвољена располагања (ограничења плаћања), која се првенствено тичу самог друштва и његових поверилаца (нпр. фиксно означавање процента по којем ће се обрачунавати дивиденда независно од добити).³¹

У *ужем смислу*, ове клаузуле обухватају односе који се тичу интереса једног или више чланова друштва: прво, није дозвољено уговарање учешћа само у губитку, али не и у добити – клаузула искључивости; друго, није дозвољено уговарање учешћа само у добити, изузев евентуално за улог у раду и услугама – *клаузула искључивости* (данас се све више и ова клаузула сматра недозвољеном);³² треће, као принцип (који дозвољава уговорно одступање) нису дозвољене клаузуле које би чланове

може имати и природу „лавовске клаузуле“. Вид.: P. L. Cannu, B. Dondero, 123–124; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 60–62.

29 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 58.

30 У француској теорији и пракси су, на пример, подељена мишљења око дозвољености (или недозвољености, као *лавовских*) клаузула у оснивачком акту или статуту друштва о обећању продаје или уступања удела или акција затвореног друштва по цени стицања у току трајања друштва другим члановима друштва у неком каснијем времену. Поставило се, наиме, питање да ли је фиксна цена делимично искључење тог члана друштва у партиципацији нове касније вредности просперитетног друштва (искључење из учешћа у вредности увећаног капитала друштва), а посебно ако би продаја тог удела значила и преузимање управљачке контроле у том друштву, што се у време уговарања такве клаузуле није могло претпоставити. Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 112–116; Ph. Merle, A. Fauchon, 56–60; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 68.

31 P. L. Cannu, B. Dondero, 110.

32 Нема спора да су *лавовске клаузуле искључивости* (неравнотежа права и обавеза: добит и губитак) недозвољене, али спорно је питање да ли су те клаузуле дозвољене *ако нису искључиве, већ делимичне* (било процентуално, било временски): ако сразмера учешћа у добити није сразмерна капитал учешћу у друштву, или сразмера учешћа у губицима није такође сразмерна том капитал учешћу, као и да ли је ова делимична несразмера такође једнострано делимично искључива (искључива несразмера на страни добити и искључива несразмера на страни губитака друштва), или је, пак, ова несразмера учешћа у добити и губицима и у једном и у другом правцу једнострано делимично искључива и у истом обиму (временски или процентуално). Нама се чини да би само *делимична равнотежна искључивост* (и у једном и у другом правцу) могла да буде прихватљива, под условом да нема елеме-

друштва стављале у неравноправан положај, због начелне равноправности – *принцип једнакости* (у мери удела у друштву и акција) свих чланова друштва. Ово правило, међутим, трпи и одређена ублажавања (на пример, имовинска права непропорционална у стриктном смислу акцијама или уделитема, издавање преференцијалних акција и акција са двоструким или вишеструким правом гласа – које се све више забрањују у условима промоције принципа једна акција – један глас итд.). У пракси се, међутим, ретко срећу овакве радикалне клаузуле, већ *клаузуле које су суицилније* али са сличним циљем, а тиме и дејством. Све ове клаузуле сматрају се *ништивим* – *као да нису ни написане*, али је уговор о оснивању привредног друштва пуноважан (*делимична ништивост*).³³

У принципу, ако се „друштву као фактичком“ признаје статус друштва и тиме и статус његових учесника као статус чланова друштва, онда нема посебног разлога да се ова општа правила привредних друштава (првенствено друштава лица) која произилазе из заједничког циља (*циљна функција друштва*) не примењују и на ово друштво.

б) *Affectio societatis* (воља да се оснује друштво) и „друштво као фактичко“

Битан конститутивни елемент привредног друштва је и воља да се створи друштво и прихвати ризик пословања (да се тиме одвоји приватна имовина чланова друштва од имовине друштва – *теорија наменске имовине*) и да се у њему сарађује са другим оснивачима и члановима друштва, изузев код једночланог друштва (*affectio societatis*),³⁴ пошто се сваки улог у циљу стицања добити не сматра трговачким друштвом.³⁵ Ова намера претпоставља активан, заинтересован

напа злоупотребе већине, док би се у осталим случајевима радило о варијантама недозвољених клаузула. Упор. P. L. Cannu, B. Dondero, 112.

33 У француској теорији се заузима доминантан став да је санкција забрањености лавовских клаузула, *као принцип*, ограничено поништење (делимична ништивост) – клаузула се сматра ненаписаном (*la clause est „répétée non écrite“*). Као изузетак, сматра се да санкција треба да буде ништивост самог уговора јер је, у суштини, ништаво и само друштво ако без те клаузуле оно практично не може опстати (на пример, ако је друштво основано за неко специјализовано истраживање, а само један од чланова може учествовати у добити, или ако је друштво основано за уштеду енергије у локалу чије је коришћење резервисано само за једног члана и слично). Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, 56–60; P. L. Cannu, B. Dondero, 111–117; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 58–59.

34 Ph. Merle, A. Fauchon, 60–62; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 69–72; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66; P. L. Cannu, B. Dondero, 58–62.

35 У једној одлуци Апелациони суд Тулуза одбио је да призна постојање овог друштва с мотивом да постојање улога није доказано, као ни постојање учешћа у добити и

приступ,³⁶ конвергенцију интереса и равноправност чланова. Интензитет ове намере зависи од врсте друштва – ако је већи ризик ортака (неограничена одговорност) *affectio societatis* је јаче изражен. Што је друштво мање, чвршћа је веза оснивача и чланова друштва са друштвом. Чак и унутар истог друштва *affectio societatis* није увек подједнако изражен код свих чланова (нпр. акције са правом гласа и без права гласа, куповина акција на берзи или удела у затвореним друштвима и слично). Ова карактеристика истовремено открива постојање трговачког друштва (ако не постоји при оснивању, трговачко друштво не постоји – друштво је ништаво),³⁷ регулише живот друштва (*јринципијелна једнакост чланова и искључење субординације*) и омогућује разликовање члана друштва од нечлана („позајмљено име“, симуловани/привидни уговор) и самог трговачког друштва од блиских института (уговори о кооперацији, уговори о саиздаваштву или коауторству, фактичко друштво, контролни члан друштва и, просто, члан инвеститор).³⁸ *Affectio societatis* мора да постоји и током трајања чланског статуса у друштву (ако тога нема, друштво може престати по тужби мањинских чланова и слично – током трајања друштва тиме је постало фиктивно и престаје ликвидацијом) или ако не постоји код неког члана друштва – члан је постао фиктиван (стекао се прави разлог за иступање из друштва).³⁹

Намера удруживања је субјективна категорија и као таква је несикурна, стога је потребна објективизација овог појма, што је нарочито изражено код „друштва као фактичког“, с тим што се неки елементи субјективног не могу занемарити. У овом контексту француска правна

губицима, што сведочи о (не)присутности *l'affectio societatis* – дакле није постојало кретање између рачуна ванбрачних партнера и није постојао заједнички рачун. С друге стране, Апелациони суд Ренса судио је недовољним постојање заједничког рачуна за доказ постојања „друштва као фактичког“. Француски Касациони суд захтева строгу карактеризацију воље чланова у конститутивном акту друштва и прецизира „чим нема воље удруживања, ни воље за реализацијом добити, чињеница да постоји улог у раду за постојање друштва није довољна“. Ова одлука Касационог суда изричито, међутим, не каже да се односи и на „друштво креирано као фактичко“, што чини с разлогом с обзиром на то да ово друштво, за разлику од општег појма привредног друштва, постоји и ван воље чланова у субјективном смислу посматрано. Вид. S. Vacrate, 36–39.

36 Руковођени одлукама трговачких судова, неки француски аутори на питање да ли се може уписати једна акција да би се надзирало шта се дешава у неком трговачком друштву, да би се сматрало да постоји „душа удруживања“, одговарају негативно: M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 65.

37 P. L. Cannu, B. Dondero, 60.

38 Вид. Y. Guyon, 125–126.

39 Вид. Ph. Merle, A. Fauchon, 60–62; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 64–66; I. Tchotourian, 21–194; P. L. Cannu, B. Dondero, 58–62.

теорија говори о унитарној концепцији *affectio societatis* и плуралистичкој концепцији. У пракси, иако воља удруживања и заједничког подухвата код овог друштва није изражена, судови морају утврдити постојање такве воље учествујућих страна да буду чланови овог друштва (по последицама: заједничко ефективно извршење делатности за заједнички рачун), с тим што се упозорава да је неприхватљиво да се свака сарадња карактерише као постојање овог друштва имајући у виду правна дејства која из тог произлазе и у односу на „чланове“ и у односу на трећа лица.⁴⁰ У сваком случају, *affectio societatis* је у самом срцу садржаја „друштва као фактичког“, што може допринети победи правичности и савесности, а што опет доприноси снижењу правне несигурности. У извесном смислу, учешће у заједничком подухвату ствара претпоставку постојања *affectio societatis*, те француски судови ретко и утврђују постојање активне воље (претпоставка је инструмент који маскира ову судску празнину).⁴¹

III Разграничење „друштва као фактичког“ од сродних института

„Друштво као фактичко“ није друштво у оснивању. Оснивачи који намеравају да оснују привредно друштво могу да закључе тзв. предговор о закључењу уговора о оснивању привредног друштва, у складу са *ојшћим йравилима облијационој йрава* (тражи се иста форма као и за уговор о оснивању друштва, који је и *кауза овој йредујовора* – писана форма као битна и свечана форма: овера потписа или форма нотарског акта). *Йредујовор (йредоснивачки ујовор)* мора садржати све битне елементе будућег оснивачког уговора да би био пуноважан као предговор (да би обавезивао на склапање оснивачког уговора), у противном, конституисао би само одређене обавезе за уговорне стране, будући да је створио елементе ортачке заједнице („*joint venture*“ у америчком праву, који по већинском ставу престаје да постоји кад се корпорација региструје, када престаје однос из орташтва и када корпорацијски штит формира права, обавезе и одговорности акционара уместо ортака).⁴²

„Друштво као фактичко“ није *йреддруштво*. У традицији германског права постоји установа тзв. *йреддруштва* (друштво грађанског

40 S. Vaccate, 51–63.

41 Занимљива француска судска пракса утврђивања постојања овог друштва код ванбрачних заједница у контексту расподеле заједничке имовине након њиховог престанка у S. Vaccate, 64–68.

42 ЗОО, чл. 45. Вид. R. Hamilton, 79–80; P. L. Cannu, B. Dondero, 199–208; Jakša Barbić, Vilić Gorenc, Zoran Parać, Siniša Petrović, Boris Porobija, Branko Vukmir, *Vodič za čitanje Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 1997, 26–27.

права, а не трговачко друштво). Преддруштво, иако није правни субјект, може да преузима права и обавезе за будуће друштво, као права и обавезе заједничке нејодељене имовине оснивача чланова *преддруштва*, а не *јосебне имовине свакој члана преддруштва* и не *преддруштва* (нема субјективитет). У правном промету преддруштво не наступа за своје осниваче, него за будуће трговачко друштво које ће из њега настати, односно чијим настанком преддруштво престаје. Дакле, у овом случају се *права и обавезе са преддруштва настанком друштва аутоматски преносе на њега* и преддруштво престаје да постоји. По правилу, и оснивачи који наступају као својеврсни „заступници“ одговарају солидарно за те обавезе преузете у име будућег друштва (осим ако су у конкретном уговору искључили ту одговорност), поред преддруштва заједничком неподељеном имовином чланова. Настанком друштва, по правилу, аутоматски престаје и одговорност оснивача својеврсних „заступника преддруштва“.⁴³

„Друштво као фактичко“ није ни уговор о оснивању друштва *нији сродни уговор*.⁴⁴ Привредно друштво се увек базира на уговору с посебним карактеристикама (оснивачи и чланови друштва са посебним чланским правима у том својству у привредном друштву),⁴⁵ а никад на самом закону или другом извору или уговору који нема карактеристике уговора о оснивању привредног друштва (нпр. санаследници, заједница поверилаца у стечају, сусвојина, плодуживање, уговор између супружника, фидуција, залога итд.). С друге стране, уговор о оснивању привредног друштва увек има неки заједнички циљ оснивача и изражен *affectio societatis* који не постоји у другим сродним уговорима.⁴⁶

„Друштво као фактичко“ није уговор о раду. Нема сумње да код овог друштва постоји могућност кумулације својства члана овог друштва и својства запосленог, али ово не значи да између ова два института постоји знак једнакости. Наиме, код уговора о раду не постоји *affectio societatis* и постоји начело субординације запосленог послодавцу, што су кључне тачке њиховог разграничења.

„Друштво као фактичко“ није фактичко друштво. Привредно друштво које је основано у прописаном поступку и које је регистрацијом стекло субјективитет, а које не испуњава све услове за оснивање, ништаво је. Овакво друштво се у теорији назива *фактичко друштво – њобожње друштво (société de fait)*. Дакле, за фактичко друштво намера оснивача да оснују друштво није спорна – они су јасно испољили своју

43 Вид. J. Barbić *et al.*, 27–32.

44 P. L. Cannu, B. Dondero, 76–79.

45 *Ibid.*

46 M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 114–119; I. Tchoutourian, 483–602.

вољу да оснују друштво у одређеној форми. Код *фактичкој друштва* постоји регистрација друштва и оно је попримило форму трговачког друштва према трећим лицима (његова ништавост не може се истицати од стране оснивача према савесним трећим лицима), те га отуда треба тако и прихватити, као и његове осниваче, зависно од форме друштва. *Ништавост фактичкој друштва, међутим, нема ретроактиван карактер (делује pro futuro – ex nunc).*⁴⁷ Уговор о оснивању друштва је, наиме, уговор са трајним престацијама и извршава се у дужем периоду, те за то време производи дејства, па и са становишта правне сигурности трећих лица било би врло ризично да ова ништавост има ретроактиван карактер (и тобожњи брак производи дејство за прошлост у корист деце и савесног супружника) – *ништавост је, дакле, изједначена са иресанком друштва* и валидношћу правних аката и радњи до тада склопљених или предузетих, са изузетком тзв. паулијанске тужбе и могућности ограниченог дејства у прошлост (*nullité-dissolution*).⁴⁸

47 ЗОПД, чл. 14, ст. 4; Директива о појединим питањима компанијског права (*Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law, OJ L 169, 30. 6. 2017;* даље у фуснотама: Кодификована директива ЕУ [2017/1132]), чл. 12.

48 ЗОПД, чл. 14; Кодификовна директива ЕУ (2017/1132/1132), чл. 12.

У француској теорији истиче се да ништавост друштва може постојати само по основима стриктно прописаним законом. У првом реду, основ ништавости друштва је *ништавост оснивачкој акти* (по општим правилима грађанског права: мане воље, неспособност уговорних страна, недозвољеност предмета делатности, непостојање каузе, непостојање битних елемената, недостатак прописане форме, непостојање *affectio societatis*), осим ако дође до његове регуларизације (усклађивање са законом). У принципу, одриче се могућност ништавости оснивачког акта друштва капитала због мана воље и неспособности уговорних страна. Ништавост ће уследити и у случају *преваре (fraus omnia corrumpit)*. Ништав је у односу на трећа лица и симулован уговор (фиктивно друштво), али је пуноважан дисимулован уговор (ако се докаже). Ако је реч о позајмљеном имену оснивача, *лице – њогајмљено име* лично је одговорно према друштву, осталим члановима и савесном трећем лицу (а за друштво се може применити институт преваре ако се докаже). Ништавост друштва не мора уследити ако је оснивачки акт *делимично ништав* (нпр. у односу на неке осниваче који немају пословну способност). Ништавост не мора уследити ни када се ради о неким недозвољеним клаузулама за које се сматра да нису ни написане (нпр. *clausula leonina*). У француском праву, *недостаци формалности регистрације и објаве* традиционално се сматрају апсолутном ништавошћу јер немају за циљ да заштите осниваче, већ трећа лица, с тим што се признаје да то скоро не постоји у пракси. Француска теорија и пракса генерално, међутим, сматрају да ништавост привредног друштва као институт има лошу репутацију и *залажу се за обесхрабљивање ових њогајмљеника и охрабљивање институција који би ошклањали основе ништавости*: превентивна контрола, „разређивање“ основа ништавости (уговорни капацитет, кауза, сагласност, предмет, превара и злоупотреба права, симуловани и фиктивни чланови, специфични основи везани за природу уговора о оснивању привредног друштва; поштравање услова за подношење тужбе за ништавост – застарелост тужбе, могућност регуларизације; ублажавање дејстава ништавости: одсуство ретроактивности, заштита трећих савесних лица; увођење

„Друштво као фактичко“ није фактичка група друштва. Непостојање субјективитета групе друштва (фактичке) чини тачку спајања са „друштвом као фактичким“, с једне стране, а с друге стране правила која се примењују на ово друштво омогућују превазилажење неких правних дејстава групе друштва која нису повољна за повериоце (попут непостојања солидарне одговорности чланова групе за шта је потребно постојање много више унитарности међу члановима групе), као и чланове групе (попут олакшане примене правила учешћа чланова у добити и сношењу губитака). С друге стране, између групе друштва и овог друштва нема идентитета код питања улога ради заједничког интереса, као ни код питања постојања *affectio societatis*, те постојања субординације код чланова групе што је страно овом друштву. У сваком случају, „друштво као фактичко“ неверно одражава реалитет групе друштва (група није један субјект, група није један подухват са централизованим одлукама и слично).

„Друштво као фактичко“ није друштво с учешћем. У правима која познају посебну правну форму друштва под именом „друштво с учешћем“ (*la société en participation*) постоји и потреба разграничења с „друштвом као фактичко“. Заједничка им је одлика да су оба без правног субјективитета и тиме без регистрације. Ипак, код „друштва с учешћем“ постоји уговор о оснивању овог друштва чланова друштва

*субинституција ништавости: клаузуле које се сматрају да нису најисане, њужба за реуларизацију, тужба за покретање питања одговорности за ништавост; други могући супститути ништавости: „неиспоређе друштво“, ништавост саме регистрације). Вид. P. L. Cannu, B. Dondero, 227–243; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, 129–130, 133–134; M. D. Juglart, B. Ippolito, J. Dupichot, 147–164; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, 66–75; Мирко Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштва*, Београд, 2019, 106–111; Татјана Јевремовић Петровић, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 71–94.*

У немачком праву (немачки Закон о друштву с ограниченом одговорношћу [*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*], чл. 75) се сматра да се већина недостатака оснивачког акта, и поред захтевне претходне контроле (нотарска природа), отклања самим чином регистрације. Ипак, озбиљнији и важнији недостаци (ако оснивачки акт нема одредбе о минималном основном капиталу, ако оснивачки акт не садржи одредбе о сврси компаније а недостатак није отклоњен једногласном одлуком скупштине чланова друштва) могу водити његовом поништају од стране суда, по поднетом захтеву било ког члана друштва или члана надзорног одбора или директора. У *принципу*, ради се о *испуним основима који обавезују суд да њо службеној дужности њокрене њоспунуак принудне ликвидације компаније*. У мери у којој су ови основи идентични, предузети кораци могу водити или ликвидацији компаније, или декларисању ништавости која, супротно општим правилима уговорног права, не води дејству од настанка компаније (*ex tunc*), већ само од тренутка проглашења ништавим уписа у регистар – *pro futuro (ex nunc)*, што је дејство и ликвидације друштва. Вид. Burkhardt Meister, Martin Heidenhain, Joachim Rosengarten, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010, 97–98.

(„друштво као фактичко“ је неформалног типа), постоји јасно изражен у субјективном смислу посматран *affectio societatis*, друштво с учешћем може се трансформисати у друштво општег типа и слично.

IV Правна природа „друштва као фактичког“

1. Негативно одређење – шта ово друштво није

Поставља се, на првом месту, питање да ли је „друштво као фактичко“ друштво у смислу теорије о друштвима (грађанским, трговачким)? Полазећи од потребе постојања формалног уговора о привредном друштву као његовог битног конститутивног елемента (изузетак је једночлано друштво које такође има свој формални конститутивни акт), који код овог друштва неспорно изостаје, чини се да одговор на ово питање може бити само негативан. Уговорна природа привредних друштава, без обзира на форму, у чину самог настанка (оснивања) је, без сумње, у теорији и пракси (законодавној, судској, пословној) неспорна, иако у чину функционисања насталих друштава она има у формама друштава лица и даље несмањену улогу и значај (што опредељује њихову природу као друштва-уговори), док код форме друштва капитала (акционарско друштво) и делом код међуформе друштва капитала и друштва лица (друштво с ограниченом одговорношћу), уговорна природа у доброј мери уступа пред институционалном природом (друштво-институција или друштво-институција и друштво-уговор).

Одсуство уговорне основе код „друштва као фактичког“ чини отежаним одређење правне природе овог друштва као друштва у смислу теорије о друштвима (грађанским, привредним – трговачким). Како непостојање уговора о друштву као формалног акта (тима и свих услова пуноважности уговора у смислу теорије уговора, попут сагласности воља, предмета, способности страна, каузе) онемогућује и претпоставку понашања учесника заједничког подухвата као да такав уговор постоји (ћутање је неизражавање сагласности за уговор и тиме неприхватање удруживања), чиме се уједно отклања претпоставка постојања овог друштва, то овај факт, како то сматрају заступници негаторске теорије постојања овог друштва, води закључку да у овом случају нема друштва и да је искључено његово термилошко одређење као „друштво“. На овој основи француска правна теорија критикује изједначавање правног режима овог друштва као законски непризнатог са „друштвом са учешћем“, као законски признатог.⁴⁹

49 S. Vacrata, 249–258, 278–294.

Постојање форме „друштва као фактичког“ негира се и по основу оспоравања постојања *affectio societatis* код овог друштва (намера удруживања за заједнички подухват као својеврсна кауза овог уговора).⁵⁰ И поред контроверзности овог појма, те непостојања директне законске референце (иако она индиректно произлази из такве дефиниције друштва) или крајње редуцирање значаја код прихвата постојања једночланог друштва (нема удруживања лица, нема заједничког подухвата, нема заједничког улога), те најзад постојање различитог интензитета овог института код различитих форми друштва (најизраженије постојање код друштва лица), *affectio societatis* је неизбежни елемент квалификације друштва као кауза заједничког подухвата (како при оснивању друштва тако и при функционисању, а такође и код одређења права и обавеза чланова, престанка друштва због постојања важног разлога, разграничења овог уговора од сродних уговора и чланова друштва од нечланова и слично).

У концептуалном смислу, као статички приступ, дакле, заступници ових теорија постојања овог друштва негирају његово постојање као друштва. Ипак, постоји функционално поимање овог друштва, као динамички појам, које позитивно гледа на постојање ове форме друштва (*теорија привида – сивољнеї изіледа*).

2. Позитивно одређење – шта ово друштво јесте

Да ли је „друштво као фактичко“ фикција или реалност? Судија је по правилу у позицији да арбитражира између фикције и реалности. Да ли су конститутивни елементи, или бар неки, овог друштва видљиви или не? Чини се да је свет социјетарних чињеница код овог друштва више свет фактичких чињеница него правних, више виртуелни него стварни. По својој вокацији, право често није у стању да обухвати укупност животних ситуација. Ипак, применом *теорије сивољнеї изіледа (йојаве)*, као творевине упоредне судске праксе, могуће је ићи и до претпоставке постојања овог друштва у одређеним животним ситуацијама: удруживање више лица, заједнички улог (на пример невраћање дуга може се по теорији привида претпоставити да је у питању новчани улог – постојање воље за заједнички подухват), узајамна помоћ и слично. Правна интерпретација ових и сличних животних ситуација од стране судије⁵¹ може бити различита и различитог степена, при чему је свакако

50 *Ibid.*, 263–272.

51 Иначе, судско откривање постојања овог друштва и својства његовог (фактичког) члана *a posteriori* води практично ретроактивном дејству (да ли је ово друштво

максимум признање права над фактима (легализација), док минимум може бити признање доминације чињеница над правом.⁵²

У одсуству законске помоћи упоредна (нарочито француска) судска пракса креирала је, дакле, теорију спољњег изгледа (појаве) која има супсидијарну природу – покривање ситуација нерешених правом, чиме се задовољавају потребе правичности и правне сигурности. Применом ове теорије (целина спољних знакова којима се манифестује неко стање) могуће је доћи и до претпоставке постојања уговора о овом друштву.⁵³ У грађанском праву примена ове теорије постоји, на пример, код државине (појавни изглед права), ванбрачни статус који има изглед према трећима као постојање брака, постојање фактичког директора, конклюдентни заступник, симуловани правни посао и слично у другим ситуацијама када је у питању правна сигурност савесних трећих лица (производ: солидарна одговорност лица која нису у том смислу изричито изразила своју сагласност) и њихове вере у регуларност операције извршене од видљивог титулара.

Применом теорије спољњег изгледа (привида) на „друштво као фактичко“ могуће је, дакле, доћи до претпоставке постојања уговора о овом друштву (као и претпоставке својства фактичког члана друштва у „друштву као фактичком“) на основу спољних материјалних елемената: постојање стања удруживања (битан је континуитет, а не епизодно или изоловано и одсуство двосмислености). Ипак, правна интерпретација може бити двојака: да је спољни изглед (привид) сагласан са реалношћу или да спољни изглед (привид) није сагласан са реалношћу (и поред спољње претпоставке постоји слобода доказа чињеница стања удруживања). У сваком случају, по правилу, вера савесног клијента, снабдевача, банкара и слично, на основу спољњег изгледа (привида) да се ради о члану неког друштва има неспорну (по правилу и непобитну) доказну вредност (олакшање терета доказа за савесна трећа лица – на пример, постојање заједничког закупа два закупца и извршење идентичне делатности под истим заштитним знаком).

реално функционисало или се претпоставља да је постојало – залог правичности који води заштити индивидуалних права, залог сигурности савесних трећих лица – солидарна одговорност и залог сигурности његових чланова – учешће у подели ликвидационог вишка: на пример, кад два ванбрачна партнера стекну непокретност на име једног од њих или расподела дивиденде код заједничког подухвата из заједничког улога и слично). Вид. *Ibid.*, 111–116.

52 Упор. *Ibid.*, 298–304.

53 „У стварном животу није ретко да је неко лице у очима свих титулар неког права, неког стања или неког овлашћења, док у стварности оно то није. Ако то лице учини неки правни акт са трећим лицем (савесним) тај акт мора бити одржан уместо да логички буде ништав.“ *Ibid.*, 306.

Позитивно одређење „друштва као фактичког“, супротно негаторском одређењу, сугерише признање реалитета овог друштва применом теорије привида (спољњег изгледа). Ипак, стављање знака једнакости између овог друштва непризнатог правом и других форми друштава признатих правом пати од правне недоследности (немогућност потпуне примене општег правног режима привредних друштава на ово друштво). Чини се отуда праву примереније тражење „трећег пута“, попут у праву присутног (ауторитет римског права),⁵⁴ иако спорног, класификовања правних послова на уговоре, деликте и квази уговоре (правно неосновано обогашење, обављање туђих послова без овлашћења – *negotiorum gestio*, случајна заједница, обавезе из туторства и облигације настале из легата *per damnationem*) и квази деликте. Прихватањем ове класификације, која има своје заступнике (као и опоненте) могуће је смештање овог друштва у категорију „квази друштва“, односно уговора о овом друштву у категорију „квази уговора“.⁵⁵ Наиме, нема спора да ово друштво не настаје на уговорној основи (уговор о оснивању друштва као конститутивни акт), већ настаје на основу факата: *кохабиџација фикције и реалности* која креира одређене правне чињенице. На овој основи, наиме, могуће је успостављање хипотезе о постојању својеврсне правне везе у ситуацијама на које указује спољни привид иако нема уговорне сагласности воља са правним дејством које је слично оном које настаје на неспорно уговорној основи (привид постојања уговора о друштву – „квази уговор о друштву“ – нема активне али има пасивне воље и привид постојања друштва према трећима – „квази друштво“ или „квази друштво као фактичко“).

V Ликвидација „друштва као фактичког“

Примена општег правног режима ликвидације привредног друштва типа правног лица неспојива је на ликвидацију „друштва као фактичког“ због изостанка својства правног лица. „Друштво као фактичко“ је наиме својеврсна империја факата, а не империја права и оно функционише као својеврсни *инструмент правичности* (појам који је тежак за дефинисање, како рече један аутор, али који се осећа и види), те се отуда ради о потреби тражења фактичког основа ликвидације. Уместо ликвидације овог друштва (термина и института који је неодговарајући и неприменљив на ово друштво) субјект процедуре ликвидације могу бити појединачни чланови овог друштва, уз тенденцију увођења

54 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1985, 302–306; Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2013, 425–430.

55 Упор. S. Vaccate, 327–330.

заједничке ликвидације за све чланове. У основи, по правилу се уместо „ликвидације“ овог друштва прибегава различитим атипичним процедурама наплате поверилаца овог друштва: потребан је доказ постојања друштва (на пример, код ванбрачне заједнице време трајања, заједница живота и становања, стабилност везе и постојање заједничке имовине и управљања), као и утврђење понашања члана према саговорницима да би се извршило „регулисање рачуна“ између чланова.⁵⁶

VI Закључне опсервације

„Друштво као фактичко“ излазећи изван оквира законског фокуса и тиме и општег и посебног режима друштава (привредних и грађанских), препознато као такво у упоредној судској пракси (нарочито француској) и правној теорији, присутно, без сумње, и у нашем правном животу (углавном пословном) тражи већу пажњу и српске правне мисли (теоријске и судске). Овај рад мотивисан је управо том потребом и тим захтевом. Низ је, наиме, животних правних ситуација које се могу подвести под институт „друштва као фактичког“, а које се неоправдано интерпретирају с позивом на неке друге правне институте (углавном именоване), а богатство права омогућује више инвентивности и управо призива шире коришћење свог арсенала.

Појам права, наиме, далеко је шири од самог појма позитивног права (оно што важеће право са свим својим изворима прописује и уређује), што посебно доказује и правни феномен „правичности“, који управо и стоји у самој позадини института „друштво као фактичко“. Правичност је посебна правна вредност, којој и закони и кодификације поклањају „дужну пажњу“. Правичност помаже индивидуализацији случаја омогућавајући судији да се више „удуби“ у чињенично стање, чиме је у стварној могућности да нађе ближе тачке спајања нормативног и фактичког. Правичност је важан инструмент „морализовања позитивног

56 У француској судској пракси тријумфује критеријум учешћа у заједничкој економској активности – судови истражују истинску вољу партнера да се уједине – трагови постојања *affectio societatis*. Стицање непокретности која је искључиво намењена за становање партнера не може водити карактеризацији друштва као фактичког због изостанка лукративног циља, али стицање непокретности која има изглед заједничког економског подухвата (на пример, ванбрачни партнери узму заједнички зајам ради изградње те непокретности и заједнички га враћају) може водити правном третману овог подухвата „друштвом као фактичким“. Најзад, у француској судској пракси и у случају брака код постојања одвојених имовина, према брачном уговору, у сваком конкретном случају (*in concreto*) на захтев поверилаца једног од супружника суд може прибећи примени режима „друштва као фактичког“, утврђујући ефективно учешће тог супружника у делатности другог супружника. Вид. S. Vacrate, 205–233.

права“ на основу идеје еквиваленције престација⁵⁷ (у том смислу и институт „друштво као фактичко“ доприноси отклањању неоснованог обogaћења једне имовине на рачун друге).⁵⁸ Иако правичност води извесној правној несигурности, неспорно је да „неправичност може компромитовати право и више и дубље него и сама несигурност.“⁵⁹

Идеја и вредност правичности, дакле, доприноси животу „друштва као фактичког“ у ситуацији кад је неспорно да се општи режим друштава (како оснивања, тако и функционисања и ликвидације) не може као такав применити на ово друштво (осим ако ово друштво не регуларизује свој статус у складу с општим режимом друштава) због изостанка постојања оснивачког уговора и упитног постојања *affectio societatis* и поред флексибилног поимања овог института. Иако нема концепцијског појма овог друштва (нема адекватне дефиниције и правног режима) оно постоји у функционалном смислу (живот му даје судска пракса). Отуда се ово друштво креће између својеврсне фикције и реалности. Наиме, у складу с *теоријом сивољнег изгледа (irivida)* може се доћи до претпоставке постојања оснивачког уговора и тиме и постојања овог друштва и својства чланова овог друштва. Теорија привиде дакле стоји у основи објашњења правне природе овог друштва и постојања његових конститутивних елемената, чиме ово друштво постаје својеврсни „квази уговор“ и „квази друштво“ с утемељењем у идеји и вредности правичности у функцији морализације права.

Коришћена литература

Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2007. (Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2007)

Austin Robert P., Ramsay Ian M., *Ford's Principles of Corporations Law*, Chatswood, 2007.

Barbić Jakša, Gorenc Vilim, Parać Zoran, Petrović Siniša, Porobija Boris, Vukmir Branko, *Vodič za čitanje Zakona o trgovačkim društvima*, Zagreb, 1997.

Birds John *et al.*, *Company Law*, London, 1995.

57 Више вид. Мирко Васиљевић, *Право, правда и иривреда*, Београд, 2009, 53–57.

58 Истина, правичност као правна вредност предмет је бројних критика, посебно да води претераном субјективизму у одлучивању судије, те се чине напори да се она објективизира, али „дефинисана правичност не би више била правичност“. Божић С. Марковић, „Правичност и правни поредак“, *Преображаји идеје права* (ур. Данило Баста), Хрестоматија, Београд, 1991, 280.

59 *Ibid.*, 271–273.

- Бујуклић Жика, *Римско приватно право*, Београд, 2013. (Bujuklić Žika, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 2013)
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право – право привредних друштва*, Београд, 2019. (Vasiljević Mirko, *Компанијско право – право привредних друштava*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Право, правда и привреда*, Београд, 2009. (Vasiljević Mirko, *Pravo, pravda i privreda*, Beograd, 2009)
- Gower Laurence C. B., *Principles of Modern Company Law*, London, 1992.
- Guyon Yves, *Droit des affaires*, Paris, 2003.
- Ivamy Hardy E. R., *Company Law*, London, 1978.
- Јевремовић Петровић Татјана, „Ништавост оснивачког акта у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017. (Jevremović Petrović Tatjana, „Ništavost osnivačkog akta u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2017)
- Juglart Michel D., Ippolito Benjamin, Dupichot Jacques, *Les sociétés commerciales*, Paris, 1999.
- Le Cannu Paul, Dondero Bruno, *Droit des sociétés*, Paris, 2012.
- Марковић Божидар С., „Правичност и правни поредак“, *Преображају идеје права* (ур. Данило Баста), Хрестоматија, Београд, 1991. (Marković Božidar S., „Pravičnost i pravni poredak“, *Preobražaji ideje prava* (ur. Danilo Basta), Hrestomatija, Beograd, 1991)
- Meister Burkhardt, Heidenhain Martin, Rosengarten Joachim, *The German Limited Liability Company*, Frankfurt am Main, 2010.
- Merle Philippe, Fauchon Alain, *Droit commercial – sociétés commerciales*, Paris, 2001.
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1980. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1980)
- Pennington Robert, *Company Law*, London, 1995.
- Rodière René, *Droit commercial*, Paris, 1980.
- Ruedin Robert, *Droit des sociétés*, Berne, 1999.
- Стојчевић Драгомир, *Римско приватно право*, Београд, 1985. (Stojčević Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1985)
- Tchotourian Ivan, *Vers une définition de l'affectio societatis lors de la constitution d'une société*, Paris, 2011.
- Tunc André, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, 1985.
- Vacrate Sabine, *La société créée de fait, essai de théorisation*, Paris, 2003.
- Wild Charles, Weinstein Stuart (eds.), *Smith & D. Keenan's Company Law*, London, 2005.
- Farrar John H., *Company Law*, London – Edinburgh, 1988.

Hamel Josphe, Lagarde Gaston, Jauffret Alfred, *Droit commercial*, Paris, 1980.
Hamilton Robert, *The Law of Corporations*, Minnesota, 1991.
Charlesworth John (ed. Geoffrey Morse), *Company Law*, London, 1995.
Cozian Maurice, Viandier Alain, Deboissy Florence, *Droit des sociétés*, Paris, 1998.

Mirko VASILJEVIĆ, PhD

Professor (retired) at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMPANY WITHOUT ACT OF INCORPORATION – “DE FACTO COMPANY”

Summary

The general theory of companies based on specialized laws governing them is based on their naming and classification according to related characteristics (named companies). All companies have prescribed general constitutive (essential) elements which are common to them, the lack of which would entail invalid company, but each individual company, depending on the type, has some special elements which are added to the general ones with identical legal effect.

In the context of the existence of the concept of legally named types of companies, the question arises of the possibility of the existence of “de facto company” as a kind of unnamed company. Although this company does not exist in the conceptual sense (the legislator does not recognize it), it exists in the functional sense, and it is recognized as such by comparative case law. In the Serbian legal practice (civil and commercial), this company also exists in this sense, but Serbian case law still does not recognize it. In our opinion, recognizing the existence of this company in a number of factual situations of association of legal and/or natural persons, and on that basis the appropriate application of the regime of companies (mainly partnerships) to this company, would raise legal security threshold and improve the position of creditors of this company, its members, on the basis of the institute of fairness and thus moralizing the law.

Key words: “De Facto Company”. – Constitutive Elements. – Fairness. – Case Law. – Differentiating from Factual Company. – Moralizing the Law.

Датум пријема рада: 1. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 22. 3. 2022.

УДК: 347.91:[616.98:578.834(497.11)]

CERIF: S 142

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22102A

др *Александар* ЈАКШИЋ*
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

УТИЦАЈ ПАНДЕМИЈЕ ИЗАЗВАНЕ ВИРУСОМ КОВИД-19 НА ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК**

Сажетак

Пандемија Ковид-19 је указала на све моћне слабости правосудној сисџема у свим државама света. Пандемија је посебно ојолила недосџајке у Закону о парничном посџујуку Србије који се јављају у вези са роковима у посџујуку, начину одржавања и нарочито одлагања рочишћа. Државе су различито реајовале на пандемију. Неке, међу којима и Србија, иредузеле су крајкорочне мере ради ублажавања ирвој удара пандемије. Друје су, иак, биле ојрезније, узеле у обзир моћност итрајања шошасћи, ие посебним законима ирилајодиле начин одвијања посџујка у новонасџалим условима. У сушћини, пандемија уииче на моћност очувања ирава из корјуса ирава на иравично суђење. С друје сџране, иак, посџујци ујркос пандемији морају да се одвијају у оквирима шошћовања основних ироцесних ирава која чине шемељ иравне државе.

Кључне речи: *Ковид-19. – Право на иравично суђење. – Рокови и рочишћа. – Вирћуална рочишћа. – Право на ишужбу.*

* Електронска адреса аутора: jaksic@ius.bg.ac.rs.

** Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Епидемија. Право. Друштво“ за 2021. годину.

I Увод

Избијање корона пандемије захтевало је од државе да у првом реду заштити здравље људи. У основи, широм света предузете су мере у складу са правилима медицинске струке које имају за циљ забрану или ограничење контакта између људи како би се спречило ширење вируса.

Неке државе су увеле ванредно стање, друге су, пак, имале иницијално далеко лабавији однос ка пандемији. Ограничена су окупљања на јавним местима, ограничена или забрањена путовања унутар земље, као и прекогранична. Упркос томе, и данас, 18 месеци након избијања пандемије, сваки међуљудски контакт повлачи за собом висок ризик инфекције појединаца, па и читавих група људи.

Овакве околности имале су и имају значајан утицај на правилно функционисање правосуђа. Тако, ограничења контаката и путовања имају одлучујући утицај на могућност подношења тужбе (*access to justice*), као и могућност спровођења ванпарничног поступка. Такође, пандемија је креирала ситуацију у којој је доведена у питање могућност одржавања рочишта уопште,¹ као и допуштеноост одржавања виртуалних рочишта.

Мере које су предузете ради обуздавања пандемије тангирају готово све фазе и основне принципе свих поступака (парнични, ванпарнични, управни, кривични). Отуда, није могуће у чланку елаборирати утицај пандемије и мера предузетих против њеног ширења за свако појединачно питање које може да се јави у поступку. У даљем излагању се ограничавамо на мере које су државни органи предузели у Републици Србији (PC) ради несметаног одвијања поступка (II), на стање законодавства и мере предузете у упоредном праву (III), на подобност важећих решења ЗПП-а да одговоре захтевима фактичке могућности одржавања рочишта (IV). Такође, посебна пажња посвећена је предностима и недостацима одржавања виртуалних рочишта (V), и нарочито допуштеноости одржавања таквих рочишта с обзиром на захтев правне државе да рочишта буду јавна (VI).

1 У литератури, али и у пракси, централна тема је постало питање одржавања рочишта. Вид. ближе Reto Mantz, Jan Spoenle, „Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung“, *Monatsschrift für deutsches Recht*, Nr. 11/2020, 637–644; Benedikt Windau, „Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung“, *Neue juristische Wochenschrift*, Nr. 38/2020, 2753–2754.

II Ковид-19 – мере предузете у Републици Србији

1. У време ванредног стања

Ванредно стање због избијања пандемије Ковид-19 проглашено је Одлуком од 15. марта 2020. године,² а укинато је 6. маја 2020.³ Током ванредног стања донета је Уредба о мерама за време ванредног стања која је мењана дванаест пута, у зависности од последица проузрокованих пандемијом, као и политичких оцена државног врха.⁴

Чланом 1 Уредбе предвиђено је да се Уредбом одређује мера у којој се одступа од зајемчених људских и мањинских права предвиђених Уставом. Од значаја за наша излагања јесу следеће мере:

1. ограничење слободе кретања на јавним местима лицима старијим од 70, односно 65 година (члан 1а); забраном кретања нису обухваћена лица која су „изабрана, постављена или запослена у државном органу“ којима МУП издаје посебну дозволу за кретање. У ова лица свакако спада судско особље и јавни тужилац. Да ли се под „лицем запосленим у државном органу“ сматра и судија, ирелевантно је, јер судије окончавају свој радни век са 65 година, осим судија Врховног касационог суда;⁵
2. забрана слетања и полетања ваздухоплова у и из РС који врше превоз путника у међународном саобраћају (чл. 4а);
3. забрана сваколиког окупљања у затвореном простору, осим окупљања која су од посебног интереса за рад државних органа и служби, уз дозволу МУП-а (чл. 4 ст. 2).

Уредба не помиње рад судова нити, пак, осталих субјеката правосудног система (адвокати, јавни бележници, јавно тужилаштво, јавни извршитељи). Међутим, Уредба о роковима у судским поступцима за време ванредног стања од 15. марта 2020. године предвиђа прекид тока рока за подношење тужбе у парничном поступку, приватне тужбе у кривичном поступку, предлога за покретање ванпарничног поступка,

2 Одлука о проглашењу ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 29/2020.

3 *Уредба је пресјетала да важи даном укидања ванредног стања, односно 6. маја 2020. године (види члан 2 Закона о важењу уредаба које је Влада уз суйојийис председника Републике донела за време ванредног стања и које је Народна скупштина потврдила, Службени гласник РС, бр. 65/2020).*

4 Уредба о мерама за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 31/2020.

5 Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС, 47/2017 и 76/2021.

прекид рока за изјављивање правних лекова и предузимање других процесних радњи у судским поступцима.⁶ Уредба је престала да важи окончањем ванредног стања.⁷ Органи локалне самоуправе су одлукама проглашавали ванредну ситуацију на својој територији у складу са којима су надлежни органи били дужни да донесу предлог мера ради сузбијања и спречавања ширења вируса ковид-19.⁸

2. Након престанка ванредног стања

Након престанка ванредног стања, уследила је Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19.⁹ Уредбом се, између осталог, регулише режим уласка странаца у РС, мере лечења и карантина за особе оболеле од ове болести или за особе за које се сумња да могу бити заражене вирусом. Такође, регулише се боравак лица у затвореном простору, при чему су особе у питању дужне да користе заштитне маске, те да одржавају међусобно растојање од најмање 2 метра (чл. 6). Рад судова и осталих органа у систему правосуђа РС се у овој Уредби не помиње.

С друге стране, пак, Министарство правде је 17. марта 2020. донело Препоруке за рад судова и јавних тужилаштава за време ванредног стања.¹⁰ У суштини, препоручено је да судије Врховног касационог суда, Привредног апелационог суда и апелационих судова рад обављају код куће, изузев када је неопходно да се одрже седнице судских већа и у другим хитним предметима. Према овој препоруци, судије виших, основних, привредних и прекршајних судова рад би требало да обављају у згради суда, осим ако је могуће обављање послова од куће, о чему одлучује председник суда. Председницима судова се препоручује да донесу упутства у складу са законом и Судским пословником. Непосредна комуникација странака са првостепеним судовима предвиђена је у

6 Уредба о роковима у судским поступцима за време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 38/2020.

7 Закон о важењу уредаба које је Влада уз супотпис председника Републике донела за време ванредног стања и које је Народна скупштина потврдила, чл. 2 тач. 5.

8 На пример, Одлука о проглашењу ванредне ситуације на територији града Београда, *Службени лист града Београда*, бр. 84/2020.

9 Уредба о мерама за спречавање и сузбијање заразне болести COVID-19, *Службени гласник РС*, бр. 151/2020, мењана закључно са 6. децембром 2021. 23 пута.

10 Препоруке за рад судова и јавних тужилаштава за време ванредног стања проглашеног 15. марта 2020. године, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/29154/preporuke-za-rad-sudova-i-javnih-tuzilastava-za-vreme-vanrednog-stanja.php>, 19. 12. 2021. године. Препоруке су важиле и у време ванредног стања.

случајевима који не трпе одлагања, док се за другостепене судове писмена искључиво предају путем поште.¹¹

Такође, Високи савет судства је донео Закључак 18. марта 2020. године, у коме се предвиђа да ће се у току ванредног стања одржавати само суђења која не трпе одлагања (одређење привремених мера, заштита од насиља у породици и сл.). У свим осталим предметима, до окончања ванредног стања, главни претреси, односно рочишта су одложени.¹²

У горе наведеној Препоруци, готово је неприметно наведено да рад од куће подразумева послове који су погодни за рад на даљину, као послове који садрже употребу телефона, интернета, имејлова и сл. (тач. 12). У даљем тексту нема нити једног слова о организацији виртуалног рочишта или претреса. Колико је познато, виртуална рочишта у грађанском судском поступку нису одржавана, али зато јесу у кривичном и прекршајном.¹³ Одржавање виртуалних рочишта у кривичном и прекршајном поступку иницирало је питање уставности и законитости Уредаба које су донете за време ванредног стања.¹⁴ Према неким неутемељеним схватањима,¹⁵ одредбе члана 32 (1) Устава РС о праву на правично суђење не могу да се дерогирају нити за време ванредног стања.¹⁶

Супротно том схватању, јасно је да, у оквиру примене Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕКЉП), право на правично суђење не спада у права која држава не може да дерогира у време ванредног стања (в. члан 15 ЕКЉП).¹⁷ Спорно је да ли је право на правично суђење, онако како је дефинисано у Пакту о грађанским и политичким правима, право које не сме да се лимитира у време ванредног стања. С друге стране, пак, једино се у оквиру примене Интер-америчке конвенције о људским правима право на правично суђење схвата као

11 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода – ЕКЉП, *Службени лист СЦГ – међународни ујовори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр., и *Службени гласник РС – међународни ујовори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

12 Закључак Високог савета судства, доступно на адреси: <https://vss.sud.rs/sites/default/files/attachments/%D0%97%D0%B0%D0%BA%D1%99%D1%83%D1%87%D0%B0%D0%BA.pdf>, 29. 11. 2021.

13 Вид. Милена Васић, Софија Мандић, *Рад судова њаком епидемије болести COVID-19: Анализа и ирејоруке*, ОЕБС, Београд, 2021, 28 и даље.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*, 11.

16 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

17 United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Administration of Justice During States of Emergency*, Computer slide No. 41, доступно на адреси: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/training9chapter16en.pdf>, 20. 11. 2021.

non-derogable, и то у било којој ситуацији: било да се ради о рату или ванредном стању.¹⁸

Коначно, Високи савет судства је 11. маја 2020. донео Закључак којим се судови враћају у режим уобичајеног рада, уз обавезу поштовања Правила понашања запослених и странака у судовима, која обухватају правила о путевима уласка и изласка из суда, обавезном коришћењу заштитних средстава (дезобаријера, маски), посебна правила о коришћењу појединих просторија у суду и лифта, проветравању просторија и слично.¹⁹

Из горњег излагања о мерама предузетим за време трајања пандемије ковид-19, да се закључити да законодавац није приступио доношењу *lex specialis*, који би регулисао предузимање парничних радњи у време пандемије или, пак, изменама и допунама Закона о парничном поступку (ЗПП)²⁰ или других процесних закона, како би обезбедио неметано одвијање парничног и других поступака. Као и у готово свим државама, вирус је шокирао и готово паралисао правни систем.

III Мере предузете у упоредном праву

1. Уопште

Иницијално, као и у РС, избијање пандемије је довело до, махом тромесечне, парализе правосудног система (*lockdown*).²¹ У неким од држава (СР Немачка) није постојала потреба да се интервенише у област парничног законодавства, у другим, пак, је законодавац морао да интервенише, јер другачије поступак не би могао уопште да се одвија (Швајцарска, Француска). За разлику од евроконтиненталног права, у англосаксонском праву постоји аутономија судова да *ad hoc* конституишу процесне норме, што има за последицу да је судовима било далеко лакше да промптно реагују на изазове настале избијањем пандемије.

18 За више детаља вид. Aleksandar Jaksic, *Arbitration and Human Rights*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2002, 47–48.

19 Закључак Високог савета судства од 7. 5. 2020. године, доступно на адреси: <https://vss.sud.rs/sr-lat/saop%C5%A1tenja/saop%C5%A1tenje-normalizacija-rada-sudova-i-pravila-pona%C5%A1anja-zaposlenih-i-stranaka-u-sudovima>, 30. 11. 2021.

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

21 Вид., на пример, David Bamford, „Responding to Covid-19, Australian Civil Courts in 2020“, *Civil Courts Coping with Covid-19* (eds. Bart Krans, Anna Nyland), Den Haag, 2021, 1.

2. СР Немачка

У СР Немачкој је до сада донето 57 општинских правних аката, закона или уредаба на савезном нивоу, 351 општи правни акт на нивоу савезних држава и 626 општинских правних аката на нивоу округа и општина који се односе на борбу против кризе изазване вирусом ковид-19.²² Предузете мере су сличне онима које су предузете у читавом свету и односе се на карантин, забрану кретања, обавезу ношења заштитних маски и обавезу одржавања социјалне дистанце.

У области парничног поступка законодавац није интервенисао никаквим општинским правним актом, у смислу прекида тока материјално-правних и процесноправних рокова.²³ Напротив, иницијални став суда је био да епидемија нема за последицу престанак рада суда који је, као и у нас, један од услова за прекид поступка *ex lege*.²⁴ Само наступање епидемије није довољан разлог за престанак рада суда у смислу § 245 ZPO (*Zivilprozessordnung*).²⁵ Могуће је да је у Немачкој то и непотребно, јер странка увек може да захтева одлагање рочишта ако учини вероватним да за то постоје важни разлози.²⁶

Посебност немачког у односу на друге евроконтиненталне правне системе се састоји у томе да је немачки ZPO још 2002. године новелиран одредбом § 128a, у коме се предвиђа да усмено рочиште може да се одржи, а извођење доказа може да се изведе помоћу техничких средстава за пренос тона и слике. Циљ ове норме је био да се свим процесним субјектима омогући учешће у поступку и када се не налазе у сали у којој се рочиште одржава, те да се омогући саслушање сведока и вештака који налазе у неком удаљеном месту ради смањења трошкова поступка.²⁷

У најкраћем, § 128a ZPO се примењује на следећи начин.

22 Доступно на адреси: <https://lexcorona.de/doku.php>, 30. 11. 2021.

23 Вид. ближе Wolfgang Hau, „Covid-19, Civil Justice 2020 and German Courts 2021?“, *Civil Courts Coping with Covid-19* (eds. Bart Krans, Anna Nyland), Den Haag, 2021, 93.

24 LG Sarbrücken: AZ 15 ОН 61/20 vom 12. 5. 2020.

25 Супротно томе, у литератури се епидемија наводи као разлог за престанак рада суда. Вид. Richard Zöllner (Hrsg.), ZPO, 33. Auflage, Köln, 2020, § 245, Rn. 1; исто Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско процесно парнично право*, VII izdanje, Zagreb, 2004, 557; Volkert Vorwerk, „Corona/Covid-19 – Widereinsatz oder Unterbrechung“, *Neue juristische Wochenschrift*, Nr. 17/2020, 1196.

26 Немачки Закон о парничном поступку (*Zivilprozessordnung*; даље у тексту и фуснотама: ZPO), чл. 227 ст. 2.

27 Hans-Joachim Musielak, Wolfgang Voit (Hrsg.), ZPO, 17. Auflage, München, 2020, § 128a, Rn. 1; BeckOK/ZPO, 36. Auflage, доступно на адреси: <https://beck-online.beck.de/>, 30. 11. 2021, § 128a; R. Zöllner (Hrsg.), § 128a, Rn. 1.

а) Решење суда: суд мора да донесе решење да се одржи виртуално рочиште, које не може да се побија правним леком. Решење се доноси на предлог једне, обе или свих странака или по службеној дужности (§ 128а (3) ZPO). Према у норми горе наведеног параграфа стоји да решење не може да се побија правним леком, у доктрини има схватања да решење може да се побија у жалби против пресуде због повреде начела усмености (§ 128 ZPO), као и у склопу повреда релативно битних одредаба поступка када суд пропусти да у решењу одреди извођење каквог доказа којим треба да се утврди спорна и важна чињеница.²⁸

Суд је у решењу дужан да наведе место и време одржавања виртуалног рочишта, тачније место у коме су учесници у поступку дужни да се у одређено време налазе како би рочиште могло да се одржи.²⁹ Ово је нарочито важно, јер ће се сматрати да је учесник изостао са рочишта ако се у време одређено решењем не налази на одређеном месту или, пак, у сали суда.³⁰ Одређење места налажења учесника у поступку подразумева све могуће варијанте. На пример, странка или њен пуномоћник може увек да се одлучи да присуствује рочишту у сали суда у којој се налазе судије.³¹ У време пандемије, најсигурнија варијанта је да се сваки процесни субјект налази у властитом дому или канцеларији,³² јер се само на тај начин остварује циљ норме – онемогућавање физичког контакта између лица која учествују у поступку.³³

С друге стране, у доктрини постоје схватања да је виртуално рочиште организовано на овакав начин супротно норми која предвиђа да се рочишта одржавају у згради суда (§ 219 ZPO), те да боравак странке или сведока у властитој кући омогућава да поступак у целости буде неправичан, с обзиром на могућност инструирања сведока током видео конференције.³⁴

За разлику од странака, судија појединац или чланови већа морају да се налазе у сали суда одакле руководе рочиштем на исти начин као да се оно одржава у суду.³⁵

28 У том смислу BeckOK-ZPO, § 128a, Rn. 10; R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 3; H.J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), ZPO, 17. Auflage, Köln, 2020, § 128a, Rn. 5.

29 R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 4; BeckOK/ZPO, § 128a Rn. 6; Hans-J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 128a, Rn. 9.

30 BeckOK/ZPO, § 128a, Rn. 7.

31 BeckOK/ZPO, § 128a, Rn. 7; R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 3.

32 У том смислу LG Düsseldorf, Urteil vom 13. 1. 2021, 12 Sa 453/20. Може да се ради о било ком погодном месту. Неприкладно место би било, на пример, ресторан, кафић, фудбалски стадион, итд.

33 R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 4.

34 *Ibid.*

35 Reinhard Greger, „Der Zivilprozess in Zeiten der Corona-Pandemie“, *Monatsschrift für deutsches Recht*, Nr. 9/2020, 509–513; R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 6; H.J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 128a Rn. 2.

б) Доказна средства: сходно § 128a (2), на виртуалном рочишту се саслушавају сведоци, вештаци и странке.³⁶ Извођење доказа исправама није могуће, док судска пракса допушта и вршење увиђаја на предметима, фотографијама, документима и сл.³⁷

в) Техничка питања: одржавање виртуалног рочишта има смисла само ако суд располаже високо квалитетном аудио-визуелном техником за пренос тона и слике. Оваква техника је чак и у развијеној Немачкој реткост, доступна у великим центрима и углавном у судским салама у којим се води кривични поступак.³⁸ У осталом, судије, странке и остали субјекти у поступку су упућени на властите компјутере и *software* (*Skype; Zoom; Cisco Webex* и сл.). § 128a ZPO не забрањује да судије користе властите компјутере и софтвер.³⁹

г) начело јавности: одржавање виртуалног рочишта повлачи за собом питање поштовања начела јавности у суђењу које је једно од постулата правне државе.⁴⁰ У суштини, за поштовање овог начела било би довољно да се цео ток рочишта преноси у другу салу суда која је снабдевена аудио-визуелним уређајима (екраном), путем којих би заинтересована лица, новинари могли да прате ток рочишта.⁴¹ Сматра се да је начело јавности одржано ако је сала у којој седе чланови већа била отворена, под условом да су у њу могли да приступе трећа лица и медији.⁴²

3. Швајцарска

У Швајцарској је донета Уредба о мерама у правосуђу и процесном праву у вези са коронавирусом.⁴³ У основи, чл. 2 Уредбе уређује могућност одржавања рочишта у парничном поступку путем видео-кон-

36 H.J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 128a, Rn. 5; R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 7; BeckOK/ZPO, § 128a, Rn. 10.

37 Jörn Fritsche, „§ 128a“, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, München, 2016, Rn. 12; R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 7; BeckOK/ZPO, § 128a, Rn. 10; супротно томе: сматра се да је § 128a ZPO изузетак од правила, те да су, због тога, доказна средства ограничена на текст норме. Вид. H.J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 128a, Rn. 5.

38 R. Mantz, J. Spoenle, 640.

39 KG, Urteil vom 15. 5. 2020/21 U 125/19.

40 Anne Paschke, *Digitale Gerichtsöffentlichkeit*, Berlin, 2018, 32.

41 A. Paschke, 45; R. Mantz, J. Spoenle, 642.

42 KG, Urteil vom 15. 5. 2020/21 U 125/19.

43 Уредба о мерама у правосуђу и процесном праву у вези са коронавирусом (*Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 16. April 2020*), измене и допуне од 25. 9. 2020, рок важења 31. 12. 2021.

ференције. Такође, у истој норми предвиђена је могућност саслушања сведока и вештака на исти начин.

Међутим, за разлику од § 128а ZPO, швајцарска Уредба суспендује дужност одржавања усменог рочишта ако су испуњени следећи услови: а) странке морају да се сагласе са одржавањем рочишта путем видео конференције; б) странка или њен пуномоћник су дужни да поднесу суду захтев у коме морају да учине вероватним да неко од њих припада кругу лица које коронавирус посебно угрожава; в) судија или члан већа мора да припада кругу људи који су посебно подложни ризику од заразе коронавирусом; г) не смеју да постоје важни разлози који говоре против одржавања виртуалног рочишта; и д) мора да постоји хитност у поступању.

Најзад, швајцарска Уредба дозвољава и искључење јавности са виртуалних рочишта (чл. 2 ст. [3]), изузев акредитованих представника медија. Суд је дужан да обезбеди пренос тона и слике истовремено свим учесницима у поступку, те да обезбеди заштиту података о личности (чл. 4). За разлику од § 128а ZPO, читаво рочиште се снима и ставља у списе предмета. Са друге стране, у Немачкој обавеза тонског и видео записа рочишта не постоји. Напротив, и о виртуалном рочишту се води записник. У хитним поступцима странке могу да се одрекну права на одржавање усменог рочишта. У том случају суд спроводи само писмени поступак (чл. 5). Процесноправни и материјалноправни рокови не теку у време одређено Уредбом о застоју тока рокова у грађанским и управним стварима ради очувања правосуђа у време короне.⁴⁴

4. Енглеска

У Енглеској је 22. 3. 2020. године донет Протокол о одржавању рочишта на даљину на основу *Coronavirus Act 2020*.⁴⁵ Циљ доношења овог Протокола је да се судови охрабре да у што је то могуће више случајева одржавају виртуална рочишта. За разлику од Уредаба са сличним садржајем на континенту, енглески Протокол посвећује далеко више пажње одржању начела јавности у суђењу. Тако, рочиште мора директно да се преноси аудио-визуелно у какву другу салу суда у којој могу да се окупе заинтересовани грађани и акредитовани новинари.

44 Уредба о застоју тока рокова у грађанским и управним стварима ради очувања правосуђа у време короне (*Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit Coronavirus (Covid 19) vom 19 März 2020*), са важењем до 19. 4. 2020.

45 Протокол о одржавању рочишта на даљину (*Remote Hearings Protocol v2*); Вид. ближе британски Закон о коронавирусу (*Coronavirus Act*), доступно на адреси: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7>, 17. 12. 2021.

Такође, рочишта могу директно да иду у етар путем *livestream*-а на интернету. Најзад, уз дозволу судије, свако заинтересовано лице може да добије увид у аудио-визуелни снимак рочишта или, пак, у његов транскрипт.⁴⁶ Начело усмености и одржавање рочишта у згради суда је постало изузетак, а виртуелна рочишта правило.⁴⁷

5. САД

Видели смо да су судови у многим државама *ad hoc* реаговали на појаву пандемије тиме што су *ex lege* прекинули поступак или продужили рокове за извођење парничних радњи.⁴⁸ Међутим, то не мора нужно да буде случај. У САД,⁴⁹ где је продужење рокова ствар дискреције судова, постоје и ставови окружних и федералних судова да ковид-19 није сам по себи довољан разлог за прекид поступка (нарочито *discovery proceedings*), те да странке нису довољно оправдале свој захтев да се продуже рокови за *discovery*, јер у заједничком захтеву нису учиниле вероватним да поступак нису могле да спроведу телефоном или неким другим средством комуникације.⁵⁰ Такође, правило је да апелациони судови у САД од избијања пандемије уопште не одржавају усмене расправе.⁵¹ С обзиром на устројство правосуђа у САД (Врховни суд, федерални судови, државни судови),⁵² сваки суд (код државних – окружни суд) доноси своја правила о спровођењу заштитних мера током трајања пандемије у грађанским и кривичним стварима.⁵³

Што се тиче поступка пред федералним судовима, правило 43 (а) Федералних правила о парничном поступку предвиђа да сведок

46 *National Bank of Kazakhstan the Republic of Kazakhstan v. The Bank of New York Mellon SA/NV & Ors*, 22. 4. 2020.

47 J. Sorabji, 64.

48 Вид. ближе Sarah L. Büthe, Henning H. Kraus, „Covid-19 and the Courts: U.S. and German Courts Managing Civil Dockets in a Crisis“, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 29, Nr. 2/2020, 213, 215.

49 Richard Marcus, „Covid-19 and American Civil Litigation“, *Civil Courts Coping with Covid-19* (eds. Bart Krams, Anna Nyland), Den Haag, 2021, 197. Практично, интервенција законодавца није била потребна.

50 S. L. Büthe, H. H. Kraus, 217.

51 *Ibid.*, 218.

52 *Ibid.*, 213 и даље.

53 Федерална правила о парничном поступку (*Federal Rules of Civil Procedure*), чл. 2071 предвиђа: „the Supreme Court and all Courts established by Act of Congress may from time to time prescribe rules for the conduct of their business.“ Према правилима Врховног суда „a district court has discretion to adopt local rules that are necessary to carry out the conduct its business...“ The Courts and Covid 19, Congressional Research Service, March 30, 2020, доступно на адреси: <https://sgp.fas.org/crs/misc/>, 10. 12. 2021.

може да да свој исказ усмено на расправи, осим ако федералним законом, федералним правилима о доказивању, федералним правилима о грађанском поступку или другим правилима које је усвојио Врховни суд није предвиђено другачије.

У време избијања пандемије, пред Врховним судом биле је дозвољено само аудио-конференцијско расправљање, и то телефоном. Такође, сви рокови за подношење захтева и правних лекова Врховном суду продужени су за 150 дана. Како пандемија слаби, Врховни суд омогућава и непосредно усмено излагање, под условом да се учесници у поступку придржавају строго прописаних мера.⁵⁴

У појединим државама и окрузима судови доносе наредбе у зависности од епидемиолошких околности. Тако је, на пример, окружни судија за округ Масачусетс донео наредбу којом је отказао сва рочишта од јануара до краја марта 2021. у појединим окрузима.⁵⁵

Држава Мериленд се тренутно налази у петој фази борбе ради спречавања заразе. Судови се охрабрују да спроводе виртуална рочишта према инструкцијама које издаје секретар суда. Суђења пред поротом у кривичним и парничним стварима се одлажу. У принципу, ток свих процесних и материјалноправних рокова (застарелост) се прекида за време у коме суд не ради.⁵⁶

Ваља напоменути да је у САД Судијска конференција (*U.S. Judicial Conference*), тело које доноси прописе за поступак пред федералним судовима изричито одобрило да се рочишта одржавају путем видео и телефонских конференција за време трајања пандемије.⁵⁷ Отуда, од септембра 2020. године, 90% окружних судова и сви федерални апелациони судови држе рочишта искључиво путем аудио-видео или телефонске конференције.

54 Наредбе у том смислу доноси секретар суда (*Clerk of the Court*). Вид, на пример, Supreme Court of the United States Office of the Clerk Washington, DC 20543–0001 од 21. септембра 2021.

55 United States District Court/District of Massachusetts, Standing Order of January 11, 2021, In Re: Coronavirus Public Emergency, Standing Order Cancelling In-Person Proceedings in Springfield Court Building. Mastroianni, U.S.D.J, доступно на адреси: <https://www.mad.uscourts.gov/general/pdf/announce/MGM%20Standing%20Order%20cancelling%20in-person%20proceedings%20V3.pdf>, 30. 11. 2021; За потпуну листу држава и округа у којима су отказана суђења пред поротом вид. Federal Jury Trials and Covid 19, Congressional Research Service, April 30, 2020, доступно на адреси: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IN/IN11346>, 30. 11. 2021.

56 Maryland Courts: Coronavirus updates, доступно на адреси: <https://mdcourts.gov/coronavirusupdate>, 30. 11. 2021.

57 S. L. Bütthe, H. H. Kraus, 220.

IV COVID-19 и парнични поступак у РС

1. Ванредно стање

Светска здравствена организација је 11. марта 2020. прогласила епидемију COVID-19, која још увек има значајан, ако не и одлучујући утицај на све сфере друштвеног живота, укључујући овде и право и правосуђе.⁵⁸

10. јуна 2020. године, Европска комисија за ефикасност правосуђа усвојила је на пленарној седници Декларацију о наученим лекцијама и изазовима са којима се суочава правосуђе за време и после пандемије COVID-19.⁵⁹ У Декларацији се, између осталог, наводи да текућа криза захтева хитан и одлучан одговор који, међутим, мора да буде у складу са принципом владавине права и заштитом људских права.

За разлику од Србије, видели смо да су многе државе поступиле по препорукама садржаним у Декларацији, те законом регулисале кључне проблеме које у парничном поступку може да изазове пандемија.⁶⁰ У нас је, како је то речено, важила Уредба којом је прекинут ток рокова за подношење тужбе, као и свих процесно-правних рокова, али је Врховни савет судства већ 11. маја 2020. донео Закључак којим враћа судове у нормалан ток рада.

Поставља се питање да ли су се избијањем пандемије ковид-19, као и доношењем иницијалне Уредбе о мерама које треба предузети ради сузбијања и превенције ширења епидемије стекли законом предвиђени услови за прекид поступка. Уз то, у Препоруци Министарства правде од 17. марта 2020. предвиђено је да судије виших судова раде од куће, да судије првостепених судове рад по предметима обављају у згради суда, да се рочишта одлажу на неодређено време, те да се поступа само у хитним стварима, као и да се рад запослених у суду организује на начин који би обезбедио минималан број запослених и тиме несметан процес рада.

Сходно чл. 222 ст. 1 тач. 6 ЗПП, суд утврђује прекид поступка када услед ванредних догађаја престане рад у суду. Дакле да би дошло

58 World Health Organization Regional Office for Europe, „WHO announces COVID-19 outbreak a pandemic“, доступно на адреси: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/3/who-announces-covid-19-outbreak-a-pandemic>, 30. 11. 2021.

59 CEPEJ, „Lessons Learnt and Challenges Faced by the Judiciary during and after the COVID-19 Pandemic“, доступно на адреси: <https://rm.coe.int/declaration-en/16809ea1e2>, 30. 11. 2021.

60 Такав је случај, на пример, чак и са Украјином. Вид. ближе Oleh Rozhnov, „Towards Timely Justice in Civil Matters Amid COVID-19 Pandemic“, *Access to Justice in Eastern Europe*, Nr. 2–3/2020, 100–114.

до прекида поступка *ex lege*, неопходно је да постоји ванредни догађај, те да је, услед његовог наступања, престао рад у суду. Решење суда о прекиду поступка је деклараторне природе.⁶¹

Питање је који орган констатује да је дошло да престанка рада суда. Јер, могуће је да је читаво особље суда заражено, да се налази у карантину и сл., те да није могуће омогућити замену особља. Према одлуци суда у Сарбрикену,⁶² сам суд утврђује да ли је престао рад суда или не, што је у складу са принципом независности судске власти. С друге стране, пак, у Аустрији постоји схватање да о томе одлуку мора да донесе Савезно министарство правде.⁶³ С обзиром на то да закони у РС који се односе на правосуђе (Закон о судијама и Закон о уређењу судова) не регулишу ову околност, остаје да се примени општа норма из Закона о министарствима, који предвиђа да Министарство правде обавља послове државне управе који се односе на поступак пред судовима (чл. 10).⁶⁴

Заправо, читава норма чл. 222 ст. 1 тач. 6 ЗПП редигована је тако да је практично непримењива. Јер, ако престане рад у суду, претпоставка је да не постоји судија који би могао да донесе решење о прекиду поступка нити, пак, особље које би требало да отпрати решење учесницима у поступку. Станковић предлаже да се у таквој ситуацији решење о прекиду поступка изради и достави учесницима тек након што су престали разлози за прекид и када суд отпочне са радом, јер су прекид и последице прекида поступка наступиле по сили закона.⁶⁵ Међутим, овакво решење је проблематично, јер се поступак наставља решењем суда када престану разлози за прекид, при чему се решење доноси на предлог странке (чл. 225 ст. ЗПП).⁶⁶ Престанак рада суда може да се спречи тако што ће судија из другог суда исте врсте бити упућен да обавља дужност у суду истог или непосредно нижег степена.⁶⁷

До прекида поступка може да дође, али овај пут факултативно, по решењу суда, ако се странка због ванредних догађаја налази на подручју

61 Вид. ближе Гордана Станковић, „Прекид парничног поступка“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 1974, 325.

62 LG Sarbrücken, AZ: 15 OH 61/20 vom 12. 5. 2020.

63 Florian Kremslehner, Alexander Karl, „Welche Auswirkungen haben Covid-19 und die von der Bundesregierung kürzlich gefassten Massnahmen auf Zivilprozesse?“, доступно на адреси: <https://www.dorda.at/news/zivilprozesse>, 30. 11. 2021; Florian Scholz-Berger, Julius, Schumann, „Die Videokonferenz als Krisenlösung für das Zivilverfahren“, *Ecolex*, Nr. 6/2020, 469.

64 Закон о министарствима, *Службени гласник РС*, бр. 128/2020.

65 Г. Станковић, 325.

66 На пример, у Хрватској или Немачкој поступак се у овој ситуацији наставља по службеној дужности. Вид. S. Triva, M. Dika, 561; Hans-J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 245, Rn. 1.

67 Закон о судијама, чл. 20.

које је одсечено од суда (члан 223 став 1 тачка 2 ЗПП). У овој ситуацији решење суда је конститутивне природе, тако да до прекида поступка долази тек након доношења решења о прекиду. Такође, премда то закон изричито не каже, до прекида поступка долази тек по предлогу странке.

У суштини, овај разлог за прекид поступка се битно не разликује од разлога наведених у чл. 222 ст. 1 тач. 6, те је нејасно због чега у овој ситуацији до прекида поступка не долази по сили закона.⁶⁸ Јер, од момента када су наступиле ванредне околности, па до момента доношења решења о прекиду рокови и даље теку, парничне радње могу и даље да се предузимају. Тиме је странка која се налази на подручју погођеним епидемијом стављена у битно неравноправан положај у односу на свог супарника.

Прекид поступка може да се спречи и када постоји ситуација у којој месна надлежност суда мора нужно да се делегира. Према схватању неких аутора, нужна делегација више не постоји у ЗПП, већ само делегација из разлога целисходности (чл. 62 ЗПП).⁶⁹ Међутим, чл. 62 ЗПП допушта и делегацију надлежности из „других оправданих разлога“. Раније у ЗПП 2004 се радило о ситуацији у којој су изузете све судије једног суда. У хрватској варијанти ЗПП-а задржана је иста формулација уз додатак „други оправдани разлози“⁷⁰ § 36 Abs. 1 (1) немачког ЗРО предвиђа нужну делегацију за случај да су судије једног суда спречене у вршењу делатности суђења, што осим искључења или изузећа, обухвата и постојање ванредног стања.⁷¹ На исти начин би требало тумачити и норму чл. 62 ЗПП.

Основни постулат парничног поступка јесте правичност у поступку која се, између осталог, остварује стриктним поштовањем начела равноправности странака. Кроз ту призму треба посматрати све институте парничног поступка, укључујући и прекид поступка. У том смислу, прекид поступка који за собом повлачи прекид тока рокова, као и немогућност предузимања парничних радњи странака и суда, са дејством за све учеснике у поступку, био би далеко правичније решење од мера које су власти у Европи и широм света предузимале *ad hoc* у циљу да одрже рад судова у животу.

Ванредно стање је проглашено у Србији на дан када је 55 лица било заражено вирусом ковид-19. Након престанка ванредног стања, тај

68 Вид., на пример, Одлука о проглашењу ванредне ситуације на територији града Лознице, *Службени лист града Лознице*, бр. 18/2020.

69 Боровоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Београд, 2015, 186. Супротно Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, 12. издање, Београд, 2020, 1978.

70 Вид. S. Triva, M. Dika, 281.

71 H.J. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 36, Rn. 14.

број је био каткад и стоструко већи. Отуда, прекид поступка би спречио или, у најмању руку, ограничио могућност даљег заражавања становништва, нарочито судија, странака и осталих субјеката правосудног система. С друге стране, пак, генерални прекид поступка у недоглед ишао би на уштрб остварења субјективних права грађана. Не само да би се довело у питање остварење права на суђење у разумном року, већ и права на приступ суду уопште.

У том смислу, генерално одређење прекида поступка у смислу чл. 222 ст. 1 тач. 6 ЗПП било би ирационално, с обзиром на то да време трајања пандемије не може да се предвиди. С друге стране, пак, прекид поступка у смислу горње норме, као и у смислу чл. 223 ст. 1 тач. 2 ЗПП било би сасвим рационално и логички оправдано решење, с обзиром на то да би прекид поступка био прилагођен конкретним околностима случаја, тј. важио би ограничено за сваки поједини суд.

2. Након ванредног стања

Након што је ванредно стање укинато, судови су се вратили у „нормални режим рада“, премда је епидемиолошко стање већ скоро две године значајно лошије него што је то био случај у време ванредног стања. С обзиром на то да је стање „нормално“, законодавац и није осећао неку потребу да интервенише законом како би поступке прилагодио стварности, тј. предвидео мере да како-тако без прекида теку, уз поштовање процесних норми, нарочито оних који спадају у корпус права на правично суђење (чл. 32 ст. 1 Устава РС; чл. 6 (1) ЕКЉП).

Ваља напоменути да ЗПП нема никаква посебна решења која би могла да допринесу остварењу два дијаметрално супротна циља: не-сметаном одвијању поступка и спречавању ширења заразе. Отуда, као посебан проблем јавља се начин одржавања рочишта током пандемије, као и ток процесних и материјалноправних рокова који су од утицаја на могућност подношења тужбе (државинске парнице, поништај рушљивог уговора и сл.). ЗПП не предвиђа могућност одржавања виртуалних рочишта.

а) Право на тужбу

Право на тужбу представља фундамент права на правично суђење.⁷² Јасно је да је управо у овом времену остварење права на тужбу угрожено, и то због ограничења слободе кретања и путовања грађанина, нарочито прекограничног, ограничења могућности комуникације тужи-

72 ЕСтHR, *The case of Zubac v. Croatia* (GC), пресуда од 5. 4. 2018, пара. 76.

оца са адвокатом и сл. Отуда је важно нагласити неколико ствари: прво, Европски суд за људска права (ЕСЉП) даје епитет праву на тужбу као „универзално прихваћеном основном правном принципу“, али му одриче да је део *jus cogens* међународног права.⁷³

Право на тужбу није апсолутно. Оно се може ограничити, али само под условом да се на тај начин право на тужбу не учини илузорним.⁷⁴ Такође, ограничење права на тужбу мора да следи легитиман циљ, као и да мере предузете ради ограничења буду пропорционалне остварењу легитимног циља.⁷⁵

Појединац може да се одрекне права на тужбу, па и читавог права на правично суђење.⁷⁶ То се најчешће чини закључењем арбитражног споразума. У вези са тим, поставља се питање које би могло да буде од утицаја на ток парничног поступка у време пандемије, и на то да ли је допуштено, и у којој мери, да странке закључују процесне уговоре којима би поступак прилагодили захтевима регуларног тока поступка, али и спречавања ширења заразе.

Argumentum ad majoris minus,⁷⁷ сматрамо да је допуштеност закључења процесних уговора дериват могућности одрицања од права на правично суђење. Јер, ако тужилац може да се одрекне права на тужбу, не види се разлог због чега са туженим не би могао да закључи уговор којим би се обавезао да неће да подноси тужбу током трајања пандемије.⁷⁸ У даљем ћемо испитати да ли је допуштено закључење и других процесних уговора.

б) Достављање

Закони о парничном поступку темеље се на идеји да је кретање људи неограничено, те да су учесници у поступку увек доступни. Овакав постулат је непримењив у време короне. Учесници у поступку могу да буду болесни, одсечени карантинном од седишта суда. Комуникација странка – адвокат може да буде значајно отежана, јер су многе адвокатске канцеларије принуђене да раде од куће. Отуда, могућност да странка пропусти рокове или рочишта је огромна. Да би странка уопште приступила рочишту, мора о њему да буде уредно обавештена.⁷⁹

73 ECtHR, *The case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, пресуда од 21. 6. 2016, пара. 131.

74 ECtHR, *The case of Stanev v. Bulgaria* (GC), пресуда од 17. 1. 2012, пара. 229.

75 ECtHR, *The case of Nait Liman v. Switzerland* (GC), пресуда од 15. 3. 2018, пара. 115.

76 ECtHR, *The case of Tabbane v. Switzerland*, Decision, пресуда од 1. 3. 2016, пара. 27.

77 У српској доктрини има схватања да постоји *numerus clausus* процесних уговора.

78 Вид. А. Јакшић, 1120.

79 ECtHR, *The case of Dilipak and Karakaya v. Turkey*, пресуда од 4. 3. 2014, пара. 79–87.

Принципе о уредном достављању садржи пресуда ЕСЉП *Zavodnik v. Slovenia*.⁸⁰ Рокови за извођење парничних радњи почињу да теку од уредног достављања.⁸¹ Уредно достављање је темељ правичног поступка, основа за туженог да може да искористи своја средства одбране. С обзиром на то да тужба мора да се достави лично туженом (чл. 141 ст. 1 ЗПП), спорно је фиктивно достављање тужбе остављањем обавештења туженом да тужбу може да подигне у суду у року од 30 дана од дана покушаног достављања, те да се достављање сматра уредним ако тужени тако не поступи након истека рока од 30 дана (в. чл. 141 ст. 2 и 3 ЗПП).

Премда оваквом начину достављања могу да се упуте замерке и у нормалним временима,⁸² у време ковид пандемије фиктивно достављање је потпуно непримерено ситуацији. Јер, тужени може у време када је достављање покушано да се налази у болници, у каквом рехабилитационом центру на опоравку од прележане болести и сл. Такође, познато је да значајан број грађана проводи време ван места свог пребивалишта у предграђима великих градова ради избегавања могућности заражавања, при чему нису дужни да пријаве боравиште ако је боравак краћи од 90 дана.⁸³

Најзад, и сам начин достављања може да буде непримерен ковид-ситуацији. Тако, било да је у питању лично (члан 141 став 1 ЗПП) или посредно достављање (члан 140 став 1 ЗПП), или достављање адвокату на начин предвиђен у члану 136 ЗПП, достављање подразумева непосредан контакт достављача са адресатом што може да представља ризик за здравље било достављача или адресата.⁸⁴ У том смислу, достављање би требало да се обавља електронским путем у складу са правилима садржаним у члану 129 ЗПП.⁸⁵ Туженог пандемија погађа чак и када уредно прими тужбу, јер кретање може да му буде ограничено, па самим тим и потрага за адвокатом, а доцније и комуникација са њим.

Ако се достављање врши адвокату и он може да се нађе у сличној ситуацији као и странка. Тада, ако је адвокат оптирао да му суд доставља

80 ECtHR, *The case of Zavodnik v. Slovenia*, Пресуда од 21. 5. 2015, пара. 80–82.

81 Bernhard Klose, „Die Folgen der Corona-Krise für die Versäumnis von Fristen und Terminen im Zivilprozess“, *Neue Justiz*, Nr. 5/2020, 191; Christian auf der Heiden, „Prozessrecht in Zeiten der Corona-Pandemie“, *Neue Juristische Wochenschrift*, Nr. 15/2020, 1023.

82 Вид. ближе А. Јакшић, 1359 и даље.

83 Вид. Закон о пребивалишту и боравишту грађана, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011, чл. 15 у вези са чл. 3.

84 Вид. исто R. Marcus, 197 са реакцијом америчке судске праксе која приликом достављања допушта достављање поштом или чак имејлом.

85 Аутору није познато да су судови у РС вршили до сада достављање на овакав начин.

полагањем писмена у преградка (в. чл. 137 ЗПП), адвокат може да буде спречен, из истих разлога као и странка, да подигне писмена из судског преградка у року од 8 дана. Додуше, адвокат мора да овласти неко лице које је запослено у његовој канцеларији које би подизало писмена из судског преградка, све док му здравствено стање то дозвољава. За разлику од странке, адвокат је овде дужан да покаже далеко виши степен пажње у вршењу професионалне делатности.⁸⁶

в) Рочишћа

1) Општа правила

Да би се испуниле претпоставке за одржавање рочишта неопходно је да се испуне следеће процесне претпоставке: а) суд мора да одреди време, место и просторију у којој ће се рочиште одржати (чл. 105 ЗПП); б) суд мора да позове на рочиште странке и сва друга лица чије присуство је неопходно; в) рочиште мора да се одржи у згради суда. На другом месту – само ако је то оправдано (чл. 107 ЗПП). У суштини, овде се мисли на предузимање парничних радњи ван зграде суда, као што је то увиђај, саслушање оболелог сведока и сл.⁸⁷ Такође, овде се мора имати у виду да члан 14 ЗПП прописује да странке предузимају усмене парничне радње на рочишту, те да се докази изводе на главној расправи (чл. 223 ЗПП).

Дакле, српски ЗПП не садржи могућност одржавања виртуалног рочишта. Рочиште се мора одржати у суду. Такође, не постоји могућност да странке процесним уговором предвиде могућност одржавања виртуалног рочишта, јер би у том случају једна од уговорних страна морао да буде суд, што је немогуће јер су норме о парничним радњама суда императивне природе и не могу се дерогирати.

2) Рочишта и опасност од заражавања

Укидањем ванредног стања створена је могућност да се рочишта и претреси у кривичном поступку одржавају у згради суда. На тај начин се повећава и опасност од заражавања. Када се узме у обзир техничка опремљеност српских судова (величина просторија у којима се рочишта организују), веома мали број судских просторија може ефикасно да спречи ширење инфекције. Иста је ситуација и у другим државама,

86 Проблем је што члан 27 Закона о адвокатури (*Службени гласник*, бр. 31/2011) не садржи минималне персоналне захтеве ради организовања адвокатске канцеларије, тако да практично адвокат може да буде једини члан своје канцеларије.

87 Вид. S. Triva, M. Dika, 383; Боривоје Познић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2009, 266.

на пример у Немачкој, САД.⁸⁸ Ово чак и у најједноставнијој констелацији, у којој учествује судија појединац, тужилац и тужени са својим пуномоћницима, у којој је могуће да се замисли да ученици у поступку одрже међусобно растојање од 1,5 или 2 метра или да сваком ученику у поступку припадне најмање 4м².

У сложенијим парницама, у којима учествују супарничари, умешачи, њихови пуномоћници или законски заступници, сведоци, вештаци, тешко је замислити да рочиште у парничном или ванпарничном поступку може да се одржи уз поштовање мера које је Влада Србије донела ради спречавања ширења пандемије. Јер, капацитети сала за суђење не обезбеђују минималну заштиту од ризика преношења заразе. Исто важи и за ходнике испред сала за суђење када се у њима нађе више сведока, вештака који чекају свој ред ради извођења парничних радњи. Када се овоме додају и остале мере заштите, као што су то дезинфекција просторија и лица, израда заштитних преграда од плексигласа, ношење заштитних маски, проветравање просторија, чини се да услови за одржавање рочишта постоје у неколицини судова.

Уз ово ваља напоменути да нико није дужан да се излаже ризику заражавања. Напротив, према чл. 68 ст. 1 Устава РС свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља. Норма Устава не делује само вертикално према органима власти, већ и хоризонтално у односима између приватних лица. У суштини, примарни субјект заштите је дужан да најпре заштити самог себе, а затим и да се суздржи од могућности заражавања трећих лица. Најзад, право на заштиту физичког и психичког здравља обухвата и лица која су због тзв. „коморбидитета“ подложна заражавању вирусом ковид-19. На пример, овакво лице које је позвано да сведочи у поступку у коме није обезбеђена заштита против ризика преношења вируса могло би да се позове на своје право на заштиту свог физичког и психичког здравља, те да, следствено томе, без последица одбије да се појави пред судом.

Такође, ваља узети у обзир да Кривични законик РС предвиђа два кривична дела која су релевантна приликом одлуке да ли ће суд да одреди одржавање расправе. Прво, чл. 248 Кривичног законика предвиђа да се непоступање по здравственим прописима за време епидемије кажњава свако ко за време епидемије какве заразне болести не поступа по прописима, одлукама или наредбама којима се одређују мере за њено

88 Вид. Reinhard Greger, „Möglichkeiten und Grenzen der Videokommunikation im Zivil-, familien und Arbeitsverfahren“, *Monatsschrift für deutsches Recht*, Nr. 16/2020, 509, 511; S. L. Büthe, H. H. Kraus, 213–215. Чак и у Баден Виртембергу, можда најбогатијој покрајини Немачке, од 103 основних судова само 33 је опремљено аудио-видео опремом за одржавање виртуалног рочишта. Вид, фн. 83.

сузбијање или спречавање.⁸⁹ Такође, сходно чл. 249 КЗ кажњава се свако ко не поступа по прописима, одлукама и наредбама за сузбијање или спречавање заразне болести, па услед тога дође до преношења заразне болести. Субјект ових кривичних дела може да буде „свако“, па и судија који одреди одржавање расправе упркос томе што зна да на тај начин крши норме које су предвиђене за сузбијање или превенцију ширења вируса ковид-19. Дело може да буде учињено било с умишљајем, било из нехата.

Најзад, и када се стекну услови за одржавање рочишта у складу са мерама Владе за сузбијање пандемије ковид-19, неминовно је да суд у највећем броју случајева искључи јавност са расправе. Међутим, присуство јавности на рочиштима представља један од главних постулата правне државе. Пресуда донета уз незаконито искључење јавности је ништава (чл. 372 ст. 2 тач. 11 ЗПП).

Следећи проблем са којим суд може да се сусретне приликом заказивања и одржавања рочишта јесте ограничена могућност одлагања рочишта. Тако, суд може изузетно да одложи рочиште ако је то потребно ради извођења доказа или због спречености судије (чл. 108 ст. 1 ЗПП). Норма не садржи уобичајену формулацију која се налази у процесним законима страних земаља⁹⁰ „и из других оправданих разлога“. У Немачкој, на пример, рочиште се одлаже ако странка учини вероватним да за одлагање постоје важни разлози (§ 227 ЗРО). Тако, осим болести странке или пуномоћника, изолације и сличних мера којима су подвргнути учесници у поступку, свака опасност која подразумева обавезу избегавања социјалних контаката и одржавања дистанце (на пример, путовање аутобусом на рочиште) требало би да представља разлог за одлагање рочишта.

Овде би требало имати у виду да је заштита здравља учесника у поступку примаран циљ који се мора остварити, док је одржавање уредно заказаног рочишта секундарно. Јер, свака од странака или њихови пуномоћници, сведоци, вештаци би могли да се позову на заразну болест ковид-19, опасност од могућности заражавања у нормалним околностима, опасност од могућности заражавања ако учесник у поступку спада у тзв. ризичне групе,⁹¹ с позивом на горе наведени члан Устава

89 Кривични законик, *Службени гласник*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

90 ЗРО, чл. 227 ст. 2.

91 Интересантно је схватање LG Sarbrücken (AZ: 15 ОН 61/20 vom 12. 5. 2020), према коме су припадници ризичних група дужни да се сами старају о властитом здрављу, те да су дужни да на рочиште пошаљу пуномоћнике. Ово може да важи за странке, али не и за сведоке и вештаке.

РС, забрану вршења кривичних дела у вези са преношењем заразних болести и сл. Такође, с обзиром на то да болест изазвана вирусом ковид-19 може да изазове и смртни исход, сваки од учесника поступка може да се позове на своје право на живот које гарантује Устав РС (чл. 24 ст. 1) или чл. 2 ЕКЉП. Право на живот спада у *jus cogens* међународног права. Дерогација овог права није допуштена ни у време рата или ванредног стања.

Ако би суд ипак истрајао на одржавању рочишта под околностима у којима прети опасност од заражавања, тј. одбио захтев странке или њеног пуномоћника који су оптерећени коморбидитетима да одложи рочиште, тада постоји основана сумња у непристрасност судије, која има за последицу његово изузеће.⁹² У суштини, странка и/или њен адвокат су дужни да се појаве на рочишту све док то околности дозвољавају.⁹³ О спречености да странка и/или њен адвокат присуствују рочишту из разлога који се односе на корону суд мора да буде благовремено обавештен. Најзад, ако странка пропусти рочиште или рок за предузимање неке радње у поступку и услед тога изгуби право на предузимање те радње, суд ће тој странци на њен предлог да дозволи да накнадно изврши ту радњу (враћање у пређашње стање) кад постоје оправдани разлози за пропуштање (чл. 109 ЗПП). Несумњиво је да у случају постојања пандемије заразних болести оправданост разлога за реституцију мора широко да се тумачи. Јер, ситуација није идентична оној у којој је тужени на лечењу у болници због прелома ноге, када је у стању да комуницира са евентуалним пуномоћницима, изда пуномоћје и благовремено предузме парничну радњу. Код пандемије ковид-19 странку, која је чак и под сумњом заразе, адвокати избегавају не би ли отклонили могућност да се и сами заразе. Посета већ оболелом у болници није могућа.

Пресуда због пропуштања (чл. 350 ст. 1 тач. 4 ЗПП и чл. 351 ст. 1 тач. 5 ЗПП) или изостанка се неће донети ако постоје општепознате околности које указују на то да странка из оправданих разлога није могла да одговори на тужбу, односно да се појави на рочишту. Појединачно знање судије је ирелевантно. Одлучујуће су уредбе, али и други правни акти које је донела Влада ради сузбијања ширења пандемије.

Ако су, на пример, одређене мере карантина на одређеном подручју, односно ограничено кретање, за претпоставити је да странка у року од 30 дана није била у стању да пронађе пуномоћника – адвоката који би израдио благовремено одговор на тужбу.

92 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 2. 7. 2020, 3 W 41/20.

93 Исто и В. Klose, 192.

Најзад, ако је суд утврдио да постоје услови за одржавање рочишта у складу са мерама које је Влада прописала ради сузбијања пандемије ковид-19 потребна је нарочита опрезност приликом одлучивања да ли постоји фикција повлачења тужбе (чл. 304 ст. 1 и чл. 311 ст. 1 ЗПП). Јер, могуће је да суд утврди да је тужилац уредно позван, али да није оправдао свој изостанак (чл. 310 ЗПП). Ако је изостанак тужиоца или његовог пуномоћника био условљен неком од ситуација проузрокованом вирусом ковид-19, тужиоцу као једино правно средство остаје захтев за враћање у пређашње стање. С обзиром на веома ограничену могућност одлагања рочишта, поставља се и питање да ли би саме странке које су погођене вирусом ковид-19 (или само једна од њих) да процесним уговором предвиде да се поједино рочиште одложи или, пак, да заједнички поднеском траже од суда да се рочиште из тог разлога одложи. Такав процесни уговор не би био дозвољен, био би без дејства на парницу. Јер, заказивање рочишта спада у парничне радње суда. Суд одређује рочиште када је то прописано законом и када то захтевају потребе поступка (материјално управљање парницом, члан 105 став 1 ЗПП). Такође, без ефекта би био и заједнички предлог странака да се рочиште одложи.

і) Рокови

Након престанка ванредног стања, пандемија начелно нема утицај на ток законских рокова (чл. 102 ст. 1 ЗПП). Рокови у одређени законом, а судске одређује суд у зависности од околности случаја (чл. 102 ЗПП). Законске рокове суд не може да продужи. Исто важи и за инструкционе рокове (на пример, достављање тужбе на одговор [чл. 296] или заказивање припремног рочишта за главну расправу [чл. 301 ст. 2 ЗПП]). Проблематично је са судским роковима које суд одређује на основу околности случаја у складу са временским оквиром парнице (чл. 102 ЗПП). Јер, ако странке најкасније на припремном рочишту за главну расправу не изнесу све чињенице којима образлажу своје предлоге или не предложе доказе којима би потврдиле постојање тих чињеница (чл. 308 ст. 1 ЗПП), тада су оне преклудирани да их изнесу доцније, тј. на рочишту за главну расправу (чл. 314 ст. 2 ЗПП).⁹⁴ Тачније, странке могу, у поднесцима или на каснијим рочиштима, све до закључења главне расправе да износе нове чињенице и предлажу нове доказе, само ако учине вероватним да без своје кривице нису могле да их изнесу, односно предложе на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано (чл. 314 ст. 1 ЗПП).

94 О уском тумачењу шта се има сматрати новим чињеницама и новим доказима вид. А. Јакшић, 764 и даље.

С обзиром на то да се овде ради о судским роковима, нема сметњи да их суд продужи све до закључења главне расправе ако за то постоје оправдани разлози изазвани короном. Осим околности које спречавају или ограничавају делатност странака и њихових пуномоћника у вези са прикупљањем процесног материјала, немогућност или ограничења у вези са процесном грађом могу да се јаве и на страни трећих лица са којима је контакт ограничен због могућности заражавања (на пример, контакт са сведоком до припремног рочишта за главну расправу није био могућ, јер се сведок налази у карантину).

С друге стране, пак, еластично поступање суда приликом одређивања судских рокова наилази на неразумну препреку садржану у чл. 10 ЗПП, према којој непоступање судије у временском оквиру је основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама.

Како је речено у литератури,⁹⁵ значајна слабост у ЗПП јесу и кратки законски рокови за предузимање парничних радњи. Тако, на пример, рок од 30 дана за одговор на тужбу или рок од 15 дана за изјављивање жалбе сасвим је непримерен у сложенијим правним стварима. У Немачкој, на пример, законски и судски рокови могу да се скрате споразумом странака. Такође, и суд може да продужи на захтев странке законски рок ако странка учини вероватним да за то постоје важни разлози (§ 224 ст. 2; § 225 ZPO). Наравно да свака околност везана за корона ситуацију, и то не само болест, већ и сумња на болест са тестирањем, као свака мера којом се ограничава кретање, комуникација са другим особама – подразумева обавезу суда да продужи процесни рок.

Такође, ако странка пропусти рочиште или рок за предузимање неке радње у поступку и услед тога изгуби право на предузимање те радње, суд ће тој странци на њен предлог да дозволи да накнадно изврши ту радњу (враћање у пређашње стање) кад постоје оправдани разлози за пропуштање (чл. 109 ЗПП). С обзиром на то да наши судови веома уско тумаче када постоје оправдани разлози за пропуштање,⁹⁶ чини се да оваквом уском тумачењу нема места када се оправдани разлог темељи на ковид пандемији. Јер, ако је јасно да није оправдан разлог за враћање у пређашње стање када се странка налази у болници и лечи се због какве болести која јој и даље омогућава да физички сачини пуномоћје за заступање, те да и даље контактира са својим пуномоћником, то не мора да важи када је у питању странка која је оболела од короне. Јер, сам ток болести је неизвесан, што за собом повлачи и психичке последице по оболелог, те се стога не може претпоставити да странка која се

95 *Ibid.*, 1157 и даље.

96 *Ibid.*, 1203.

лечи макар и од блажег вида короне, било код куће или у болници, има у виду да одржи процесни рок како не би наступила преклузија.

Исто важи и за пуномоћника – адвоката који би у случају сваке друге болести могао да изда заменичко пуномоћје. У случају ковида, пак, с обзиром на могућност смртног исхода, издавање заменичког пуномоћја представљаће, по правилу, последњу бригу за лице које се налази у стању неизвесности.

V Виртуално рочиште

1. Уопште

Из горњих излагања произлази да ништа није логичније него да се што је то више могуће спрече контакти у поступку, тј. да се уместо рочишта *in vivo* одржавају тзв. виртуална рочишта,⁹⁷ која су поставила правило у арбитражним поступцима у време трајања пандемије.⁹⁸ Међутим, српски законодавац није реаговао у том правцу, тако да могућност одржавања виртуалног рочишта у парничном и ванпарничном поступку у Србији отпада. Такође, за разлику од арбитраже, странкама није дозвољено да процесним уговором предвиде такву могућност, јер све што је везано за заказивање и начин одржавања рочишта или је регулисано законом, или спада у парничну радњу суда (место, време одржавања рочишта и сл.). Такође, могућност предвиђена чл. 119 ЗПП, према којој суд може да одлучи решењем, по службеној дужности или на предлог странака, да се рочиште снима тонски или оптички, не значи и могућност да суд решењем одреди да се рочиште одржи путем видео-конференцијске везе.

ЗПП предвиђа једну могућност да се извесне паничне радње врше путем видео-конференцијске везе. Ради се о саслушању сведока и странака. По правилу, и сведоци и странке се саслушавају непосредно на рочишту (чл. 245 ст. 1 и чл. 277 ст. 1 ЗПП). Изузетно, суд може да одлучи да се доказ изведе читањем писане изјаве сведока. Тада, суд решењем може да одлучи, по службеној дужности или на предлог странака, да се сведок саслуша путем конференцијске везе, коришћењем уређаја за тонско или оптичко снимање. Исти принцип важи и за извођење доказа саслушањем странке (чл. 277 ст. 2 ЗПП).

97 Тако и Н.Ј. Musielak, W. Voit (Hrsg.), § 128a, Rn. 1; BeckOK/ZPO, § 128a, Rn. 1; R. Zöller (Hrsg.), § 128a, Rn. 1.

98 За појам и више детаља вид. Vladimir Pavić, Milena Đorđević, „Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/2021, 513 и даље.

Међутим, поставља се питање да ли је одржавање виртуалног рочишта уопште целисходно, као и питање са каквим проблемима се суочавају судије и стране у правним системима које допуштају одржавање виртуалног рочишта. Нарочито, ваља истражити да ли је виртуално рочиште уопште у складу са основним принципима поступка.

2. Предности виртуалног рочишта

Свакако да је основна предност виртуалног рочишта та да рочиште уопште може да се одржи. На тај начин се удовољава начелу да је суд дужан да спроведе поступак без одлагања и да одлуку донесе у разумном року. Одржавањем виртуалног рочишта битно се смањују трошкови поступка. Такође, спровођењем виртуалног рочишта спречава се могућност ширења заразе.

3. Недостаци виртуалног рочишта

Видели смо да у европским земљама (Швајцарска, Аустрија) одржавање виртуалног рочишта подразумева сагласност обе парничне странке. § 128а ZPO предвиђа да суд сам, по службеној дужности, може да одреди решењем да виртуално рочиште одржи. Међутим, то не спречава ни једну од странака да се појави у судској сали у којој седи судија или веће, тако да је и у Немачкој одржавање конференцијског рочишта на даљину једино могуће ако се са тим сагласе све странке.⁹⁹

Основни недостатак виртуалног рочишта јесте питање колико је његово одржавање у складу са основним процесним начелима. Најпре се доводи у питање одржавање начела јавности у поступку. Овај проблем постоји и код рочишта која се одржавају у судској сали, и то када је сала у којој се суђење одржава мала, тако да је због мера које је Влада одредила против ширења и сузбијања вируса ковид-19 практично немогуће обезбедити јавност у поступку. О томе ће бити посебно речи.

Друго питање је одржавање виртуалног рочишта у складу са начелом непосредности и усмености. Јер, нарочито код саслушања сведока и странака одлучујући је утисак који сведоци и странке остављају на судије које оцењују релевантност и истинитост њиховог исказа. *In vivo* судија може да посматра мимику сведока и странке, говор тела и сл., те да непосредно стекне утисак о вредности ових доказних средстава.¹⁰⁰

Законима којима се уређује начин одржавања виртуалног рочишта није прописано на ком месту би морале да се налазе странке,

99 R. Mantz, J. Spoenle, 641.

100 О критеријумима за оцену исказа сведока вид. А. Јакшић, 2317.

њихови заступници или сведоци. Ипак, видео конференција из власти-тог дома је дозвољена. Наравно, судије морају да се налазе у сали суда. Искључена је могућност да се видео конференција одржава на местима која не обезбеђују постојаност интернет везе, као што су то ресторани, фудбалска игралишта, купалишта.¹⁰¹ Такође, судије могу да организују виртуално рочиште путем властитих рачунара и софтвера.¹⁰² Таква техничка организација виртуалног рочишта је у складу са Законом о заштити података личности, јер су рочишта свакако јавна.¹⁰³

У основи, одржавање виртуалног суђења поставља питање одржања начела контрадикторности и равноправности странака.¹⁰⁴ На виртуалном рочишту које се одржава путем видео-конференцијске везе, проблем равноправности странака се своди на вагање да ли учесници у поступку располажу квалитетном техником и софтвером који омогућава несметан, јасан и чист пренос слике и тона. Ако тога нема уопште нема, одржана видео-конференција тешко може и да се сматра рочиштем. Ако је једна од странака, односно њен пуномоћник боље опремљен, што нарочито важи за велике адвокатске канцеларије, и вичнији да управља оваквом операцијом, тешко може да се говори о томе да су странке равноправне.

Даље, видео-конференција подразумева и минимална техничка знања везано за руковање компјутером и сложеним програмом. Ако се та знања очекују од судије и пуномоћника странака, могуће је да таква знања немају странке или сведоци, вештаци, тако да учешће на виртуалном рочишту захтева додатну помоћ млађе популације, што је искључено када се рочиште одржава у згради суда уживо. „Помоћ“ приликом извођења доказа, па макар била и она техничке природе, компромитује сам поступак извођења доказа, тако да доводи у питање његову веродостојност.¹⁰⁵ Тако, на пример, постојање овог проблема потврђује и правило 43 Федералног закона о парничном поступку са одступањем да саслушање сведока може да се изведе и на даљину из важних разлога. Међутим, искуства из САД показују да се тиме доводи

101 LAG Düsseldorf, Urteil vom 13. 1. 2021, 12 Sa 453/20.

102 KG, Urteil vom 12. 5. 2020, 21 U 125/19.

103 Oliver Elzer, „Voraussetzungen einer Videokonferenz-Private Rechner und private Software?“, доступно на адреси: <https://community.beck.de/2020/05/16/coronapandemie-voraussetzungen-einer-videokonferenz-private-rechner-und-private-software>, 30. 11. 2021.

104 Вид. такође V. Pavić, M. Đorđević, 525. У арбитражном поступку арбитража може да одреди виртуално рочиште упркос противљењу једне од странака. Контрадикторност и равноправност се свде на *right to be heard*.

105 О проблему тзв. *coaching* сведока и странака у поступку вид. *Ibid.*, фн. 100, 530 и даље.

у питање равноправност странака, јер немају сви учесници у поступку стабилан интернет и софтвер и сл.¹⁰⁶

Председник већа или веће би морало макар дан пре одржавања виртуалног рочишта да врши „генералну пробу“ како би се испитала функционалност опреме и квалитет интернет везе. Одржавање расправе пред парничним судом, нарочито у фази извођења доказа, противно одредбама ЗПП доводи у питање одржање начела непосредности.¹⁰⁷ Јер, докази се изводе на главној расправи (чл. 233 ст. 1 ЗПП). Повреда овог начела има за последицу касирање првостепене судске одлуке. Најзад, у највећем броју случајева, суд ће морати да искључи јавност из поступка.

Виртуална рочишта замагљују комуникацију међу учесницима у поступку, смањују могућност контроле интеракције између странака и адвоката. На виртуалном рочишту тешко се може оценити кредибилитет сведока и његовог исказа.¹⁰⁸

Најзад, суд не може да донесе пресуду због изостанка, а да не одржи рочиште за главну расправу (чл. 351 ЗПП).¹⁰⁹ Али, из праксе је познато да се барем једном свакоме од нас догодило да компјутер „забагује“. Због тога, на пример, ако се током интернет рочишта прекине интернет веза, туженом суд не би смео да донесе пресуду због изостанка.¹¹⁰

VI Посебно о поштовању начела јавности

1. Оквири које поставља ЕСЉП

У принципу, учесници у поступку имају право да расправа буде јавна. Нема правичног суђења, ако овај принцип у поступку није задовољен.¹¹¹ Међутим, ово право није апсолутно.¹¹²

У суштини, јавност у поступку у пракси ЕСЉП подразумева разматрање четири основна питања: прво, да ли странке имају право да од суда захтевају да одржи усмену расправу; друго, да ли саслушање сведока мора да буде усмено; треће, који су разлози за искључење јавности са рочишта; и четврто, да ли судска одлука мора јавно да се објави.¹¹³

106 B. Windau, 2754.

107 Вид. ближе А. Јакшић, 644 и даље.

108 B. Windau, 2756.

109 Richard Zöller *et. al.* (Hrsg.), § 128, Rn. 7.

110 Hubert Schmidt (Hrsg.), *COVID-19 Rechtsfragen zur Coronakrise*, München, 2020, § 13, Rn. 87.

111 ECtHR, *The case of Malhous v. the Czech Republic* (GC), пресуда од 12. 7. 2001, пара. 55–56.

112 ECtHR, *The case of De Tommaso v. Italy* (GC), пресуда од 23. 2. 2017, пара. 163.

113 Вид. садржину права на „public hearing“ у ECtHR, *The case of Ramos Nunes de Carvalho e SA v. Portugal*, пресуда од 6. 11. 2018, пара. 187.

Усмено мора да се расправља барем у једној инстанци у поступку. То ће нарочито бити случај пред првостепеним судом.¹¹⁴ Одступања од овог правила нема, осим ако не постоје изузетне околности, на пример када треба расправљати о изузетно сложеним правним или техничким питањима.¹¹⁵ Такође, ваља нагласити да јавна расправа није потребна када суд решава о предлогу за одређење привремених мера.¹¹⁶

Суђење мора да буде јавно.¹¹⁷ Јавност може да буде искључена са рочишта у класичним случајевима предвиђеним у чл. 6 (1) Конвенције, али и по одлуци суда у посебним околностима када би јавност у поступку могла да нашкоди интересима правде. У последњем случају се најчешће ради о заштити интереса сведока.

Странке могу да се одрекну права на јавно суђење, било изричито или прећутно, што мора да буде учињено њиховом слободном вољом и на јасан начин. Међутим, одрицање од овог права не сме да буде у супротности са јавним интересом.¹¹⁸

Јавно објављивање пресуде служи заштити грађана од арбитрарности и омогућава контролу грађана над радом судова. Такође, повећава или смањује степен поверења грађана у рад судова.¹¹⁹ Синтагма да се пресуда јавно објављује у пракси суда подразумева и друге могућности путем којим се пресуда чини доступном јавности. У сваком случају, „јавно објављивање пресуде“ у пракси ЕСЉП значи сваки вид публицитета које предвиђа национално право, док се сам начин цени према посебности поступка и циља и смисла чл. 6 (1) Конвенције.¹²⁰ Циљ и смисао јавног објављивања је да рад суда буде под лупом контроле јавности. На пример, јавно је објављена и она пресуда која је депонована у писарницу или архиву суда, под условом да су писарница или архива доступне јавности.¹²¹

114 Вид. устаљену судску праксу у ECtHR, *The case of Selmani and others v. The FYR of Macedonia*, пресуда од 9. 9. 2017, пара. 37–39.

115 За рекапитулацију случајева у којима нема потребе за усменим расправљањем вид. ECtHR, *The case of Ramos Nunes de Carvalho e SA v. Portugal*, пресуда од 6. 11. 2018, пара. 188–190.

116 ECtHR, *The case of Helmut Blum v. Austria*, пресуда од 5. 4. 2016, пара. 70–74.

117 ECtHR, *The case of Lorenzetti v. Italy*, пресуда од 10. 4. 2012, пара. 30.

118 ECtHR, *The case of Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, пресуда од 23. 6. 1981, пара. 59.

119 ECtHR, *The case of Pretto v. Italy*, пресуда од 8. 12. 1983, пара. 21.

120 *Ibid.*, пара. 26.

121 *Ibid.*, пара. 27–28.

2. Право РС

Начело јавности, као један од постулата демократије и правне државе, садржано је и у корпусу права на правично суђење (чл. 32 ст. 1 Устава РС). Оно подразумева да рочиште могу да прате сва лица.¹²²

ЗПП прописује да је главна расправа јавна (чл. 321), те да је суд дужан да пресуду јавно објави (чл. 352 ЗПП). Искључење јавности може да уследи за целу главну расправу или један њен део, ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку. Суд може да искључи јавност и ако мерама за одржавање реда прописаним у закону не може да се обезбеди несметано одржавање расправе (чл. 322).

Јасно је да законодавац, приликом доношења закона, није имао у виду искључење јавности због заштите здравља појединаца или општег здравља друштва. Овакав разлог за искључење јавности не може да се ни у најекстензивнијем тумачењу подведе под разлог „заштита интереса националне безбедности“ или „заштита интереса приватности у поступку“.

До оваквог резултата долази се и упоредноправним тумачењем. На пример, § 172 (1a) немачког GVG¹²³ предвиђа да јавност може да се искључи ако постоји опасност по живот, тело или слободу сведока или других лица. И овде се искључење јавности предвиђа из сасвим других разлога. У основном, ради се о заштити сведока и других лица која учествују у поступцима везаним за организовани криминал.¹²⁴ Упркос томе, у литератури се заступа схватање да се норма овог параграфа може тумачити и на тај начин да обухвата опасност од заражавања.¹²⁵

Начело јавности има мање за циљ да заштити интересе странака. Напротив, јавност у поступку служи контроли вршења власти, јачању независности судске власти и судија, као и јачању поверења грађана у судску власт.¹²⁶ Отуда, начело јавности не подлеже диспозицији странака. На пример, забрањено би било да странке закључе процесни уговор којим би договориле да се јавност са главне расправе искључи. Повреда начела јавности је жалбени разлог (чл. 371 ст. 1 тач. 11), разлог за

122 R. Zöller (Hrsg.), § 169, Rn. 2.

123 Закон о уређењу судова (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

124 Carsten Krumm, „Hauptverhandlung in Zeiten von Corona II: Ausschluss der Öffentlichkeit?“, доступно на адреси: <https://community.beck.de/2020/04/14/hauptverhandlung-in-zeiten-von-corona-ii-ausschluss-der-oeffentlichkeit>, 10. 12. 2021.

125 *Ibid.*

126 *Münchener Kommentar zur ZPO*, 5. Auflage, München, 2017, § 169 GVG, Rn. 1.

изјављивање ревизије (чл. 407 ст. 1 тач. 2 ЗПП) који има за последицу апсолутну ништавост пресуде (чл. 391 став 1 ЗПП). Проблем јавности у поступку поставља се једнако у ситуацији у којој се рочиште одржава у згради суда, као и у ситуацији у којој се рочиште одржава путем видео-конференцијске везе.

Када је реч о могућности да се јавност искључи са рочишта, поставља се питање односа начела јавности са другим правима садржаним у Уставу. Јер, неограничена примена начела јавности може да колидира са другим начелима Устава и другим правима грађана, људским правима. Питање је да ли у таквим ситуацијама начело јавности може да се ограничи, како би се грађанима обезбедило не-сметано уживање и других људских права. Овде, у првом реду, имамо у виду право на поштовање људског достојанства (чл. 23 ст. 1 Устава РС) које је неприкосновено и које су сви дужни да поштују и штите. Израз „сви“ значи да право нема само вертикално дејство према органима државне власти, већ да делује и хоризонтално према свим другим лицима приватног права.¹²⁷

С друге стране, пак, из стилизације чл. 68 Устава РС („свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља“) јасно је да ова норма делује само вертикално, тј. да намеће обавезу властима да предузму мере у организационом смислу како би здравље грађана било заштићено.

Отуда, када је реч о могућности да се јавност искључи са рочишта, суду остаје једино могућност да се позове на чл. 23 ст. 1 Устава РС. Како би се ипак обезбедила јавност у поступку, једино могуће решење би било да суд одобри учешће овлашћених службених лица научних радника на рочишту (чл. 323 ст. 2 ЗПП), ако за то постоје фактички услови (одржавање дистанце) или, пак, медија. Међутим, у оба случаја овакво решење било би супротно начелу опште јавности предвиђеном у чл. 321 ЗПП. ЗПП, додуше, садржи решење којим се предвиђа да рочиште може да се снима тонски или оптички, и то по одлуци суда или на предлог обе странке (чл. 119 ст. 1 ЗПП). Такође, странке имају право да задрже копију снимка, као и друга лица која за то имају оправдан интерес (чл. 119 ст. 4 ЗПП). *Ratio* ове норме није, међутим, обезбеђење јавности у поступку, него једноставно начин вођења записника. Суду би на крају остала могућност да прибегне директном интернет преносу рочишта на сајту суда или да приступ јавности омогући у каквој другој сали суда у којој би био обезбеђен видео-тонски пренос рочишта.

127 Члан 24 и 25 Устава Републике Србије (право на живот, неповредивост физичког и психичког интегритета) не могу *ratione materiae* да се примене на обавезу власти да заштити грађане од пандемије.

Ако би се рочишта одржавала ван очију јавности, укључујући овде и виртуална рочишта, тј. без икакве могућности директног преноса рочишта, то би представљало повреду принципа јавности. Јер, и када би суд по горе наведеном основу из Устава РС одредио искључење јавности са рочишта које се одржава у суду, то би учинио у циљу заштите здравља учесника у поступку и ради спречавања ширења пандемије. У случају видео-конференције, такав разлог за искључење јавности не постоји, јер процесни субјекти нису у међусобном физичком контакту.

С друге стране, пак, директан *livestream* рочишта може да угрози право на достојанство човека (чл. 23 Устава РС), јер директан *streaming* или *uploading* тока рочишта може дубоко да задре у приватну сферу учесника у поступку, да утиче на њихову сигурност и углед, чиме се доводи у питање да ли би суђење одржано на такав начин целокупно могло да се сматра поштеним. Такође, није искључена могућност да учесници у поступку своје процесне радње врше у циљу да поберу симпатије медија, а не са циљем да се рочиште спроводе тако да извођење процесних радњи, нарочито доказа, што је то више могуће приближи процесни материјал истини.

У том смислу, могућа медијизација поступака довела би до феномена који постоји у САД, тј. до тзв. сензационализма, суђења века (*O.J. Simpson, Jodie Ann Arias* и сл.) у којима се често доносе материјалноправно нетачне, па и нелогичне одлике. Такође, ваља подсетити да су сва суђења одржана пред Међународним кривичним судом за бившу Југославију преношена директно. Циљ пренос није међутим био да се одржи начело јавности, већ се то чинило из историјско-дидактичких разлога.

Отуда чини се да би аудио-видео *online streaming* рочишта пре представљао воајерство, а не начин да се обезбеди јавност у поступку. Отуда би требало, када пред нама стоји избор између потпуног искључења јавности и воајерства, наћи неко средње решење којим би се обезбедило макар и посредно очување начела јавности. Остаје једино могућност да суд у некој другој сали, у границама мера које је Влада прописала против ширења пандемије, омогући да заинтересована лица и медији на екрану прате ток рочишта и о томе извештавају у медијима.

За сада у Европи једино у Великој Британији *Закон о коронавирусу*¹²⁸ предвиђа могућност одржања начела јавности приликом одржавања виртуалних рочишта. Ако се рочиште одржава путем видео-конференције, суд може да одреди да се она јавно преноси. У обзир долази и *livestream* тока рочишта која се одржавају пред Врховним или апелационим судом.

128 Вид. ближе британски Закон о коронавирусу, чл. 53.

Присуство камера у америчким судским салама је уобичајено од пресуде *Chandler v. Florida* (1981).¹²⁹ С друге стране, пак, амерички Врховни суд има аверзију према таквом начину вођења поступка. Међутим, у време пандемије је допустио тонско снимање поступка чији је садржај доцније учитао на веб страницу суда. Такође, Врховни суд је допустио и *livestream* рочишта које је одржано путем телефонске конференције између судија и пуномоћника.¹³⁰

Казали смо да сасвим супротно решење важи у Немачкој где је изричито предвиђено да је тонско, видео, ТВ снимање рочишта ради његове јавне публикације забрањено, осим ако суд то не дозволи појединим акредитованим медијима.¹³¹ С обзиром на то, поставило се питање уставности оваквог законом прописаног ограничења.¹³² Према схватању немачког Уставног суда, законодавац може да забрани тонско и видео снимање рочишта, те да јавност у поступку ограничи на могућност приступа грађана судској сали. Јер, интернет дистрибуција рочишта може битно да угрози заштиту личности учесника у поступку, као и право на правично суђење.¹³³

У Немачкој је донет и Закон о проширењу јавности путем медија у судским поступцима,¹³⁴ чија садржина начелно одговара већ постојећим законодавним решењима којима је тонско снимање у судској сали допуштено ради историјског архивирања, као и у научне сврхе (§169 ст. 2 GVG). Такође, аудиовизуелни пренос рочишта допуштен је у другу салу суда у којој би се налазили акредитовани медији (§ 169 ст. 1 тач. 3 GVG).

С обзиром на то да је у Немачкој под одређеним условима допуштен и писмени поступак без одржавања усменог рочишта уз обострану сагласност странака (§ 128 ст. 2 ZPO) јавност у расправљању не мора нужно да значи и присуство јавности у сали суда. Самим тим, *online* расправе, као и спровођење искључиво писменог поступка не мора нужно да значи и повреду принципа јавности.¹³⁵

129 Вид. *Chandler v. Florida* (1981), 449 US 560 (1981).

130 Otto Rudolf Kissel, Herbert Mayer, *Gerichtsverfahrensgesetz*, 9. Auflage, München, 2018, § 169, Rn. 27; *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, 4. Auflage, München, 2013, § 169, Rn. 33–44.

131 Вид. ближе R. Kissel, H. Mayer, § 169, Rn. 66.

132 Вид. ближе за немачко право Philipp Eschenhagen, „Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen“, доступно на адреси: <https://verfassungsblog.de/oeffentlichkeit-in-online-gerichtsverhandlungen/>, 17. 12. 2021.

133 A. Paschke, 126.

134 Закон о проширењу јавности путем медија у судским поступцима (*Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren*).

135 Ph. Eschenhagen, извор без броја стране.

С обзиром на то да су јавност и усмено расправљање у поступку темељ демократије и правне државе, требало би да законодавац за случај трајања короне размотри сличну могућност, тј. дигитализацију поступка, у смислу да рочишта путем *livestream* буду доступна контроли грађана или, у најмању руку, контроли медија. Могућности законодавца су неограничене, односно ограничене једино његовом визијом очувања начела јавности. У сваком случају, начело јавности не сме да буде ограничено нити у време пандемије тиме што би се грађанин због мера спречавања заражавања физички удаљио из сале суда.

VII Закључак

Српско процесно право садржи круте императивне норме које су у последњој верзији ЗПП донете искључиво ради могућности убрзања поступка. Тако, рокови за предузимање процесних радњи су изузетно кратки и непродуживи, рочишта се не могу одлагати из оправданих разлога и сл. Проблеми који настају услед оваквих решења су постали готово нерешиви након избијања пандемије ковид-19.

Српски законодавац је на пандемију реаговао неадекватно, уредбама и препорукама судовима, чије је трајање било ограничено на свега два месеца. Судови нису прекидали поступке тамо где је то било нужно, и то када *de facto* нису радили. Рочишта су одлагана.

Пандемија ће можда нестати, можда не, али тек након што мере предузете ради сузбијања пандемије дозволе колико-толико несметан рад судова, може се очекивати бујица тужби због повреде извршења уговорних обавеза, вануговорне одговорности за штету, тужби против државе због неадекватно предузетих мера ради ширења вируса што може да доведе до застоја у раду и овако преоптерећених судова. Чак и до времена пре избијања пандемије, судови у РС недовољно финансирани, дубоко политизовани и нарочито технички неопремљени.¹³⁶

Српски законодавац је требало да, као што су то учиниле и друге државе осведочено утемељене на принципу владавине права, донесе *lex specialis* којим би уредио горуће проблеме који онемогућавају несметано одржавање рочишта.

Овде не мислимо да је у Републици Србији могуће предвидети да се у време пандемије одржавају виртуална рочишта, јер за то не постоји минимум људских и техничких могућности. Такође, виртуална рочишта, видели смо, су нужно зло, јер више проблема отварају него што их

136 Упор. David Freeman Engstrom, „Post-Covid Courts“, *University of California Law Review*, Vol. 29, 2020, 246–247; Coleen F. Shanahan, Alyx Mark, Jessica K. Steinberg, Anna E. Carpenter, „COVID, Crisis and Courts“, *Texas Law Journal*, Vol. 99, Nr. 10/2020, 12.

решавају. Рочишта и претреси би морали и даље да се одржавају у згради суда уз придржавање свих заштитних мера. Али, уз то суд реално има начин да обезбеди поштовање начела јавности у поступку.

У духу решења садржаним у пресудама ЕСЉП, нужно би било да суд обезбеди да се рочиште тонски снимом, а да заинтересованим лицима и медијима омогући приступ снимку који би био похрањен на интернет страницу суда. Свако друго решење, као што је то, на пример, директан пренос рочишта путем медија или путем *live streaming* представљао би дубок задор у права личности, не и на право на заштиту података о личности, јер су рочишта свакако јавна.

За случај јавног објављивања пресуде, начелу јавности је удовољено када се пресуда учини доступном јавности на било који начин. Најцелисходније је објављивање пресуде на интернет страници суда.

Коришћена литература

Bamford David, „Responding to Covid-19, Australian Civil Courts in 2020“, *Civil Courts Coping with Covid-19* (eds. Bart Krans, Anna Nyland), Den Haag, 2021.

Vorwerk Volkert, „Corona/Covid-19 – Widereinsetzung oder Unterbrechung“, *Neue juristische Wochenschrift*, Nr. 17/2020.

Greger Reinhard, „Der Zivilprozess in Zeiten der Corona-Pandemie“, *Monatsschrift für deutsches Recht*, Nr. 9/2020.

Greger Reinhard, „Möglichkeiten und Grenzen der Videokommunikation im Zivil-, familien und Arbeitsverfahren“, *Monatsschrift für deutsches Recht*, Nr. 16/2020.

Elzer Oliver, „Voraussetzungen einer Videokonferenz-Private Rechner und private Software?“, доступно на адреси: <https://community.beck.de/2020/05/16/coronapandemie-voraussetzungen-einer-videokonferenz-private-rechner-und-private-software>, 30. 11. 2021.

Eschenhagen Philipp, „Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen“, доступно на адреси: <https://verfassungsblog.de/oeffentlichkeit-in-online-gerichtsverhandlungen/>, 17. 12. 2021.

Zöller Richard (Hrsg.), *ZPO*, 33. Auflage, Köln, 2020.

Jaksic Aleksandar, *Arbitration and Human Rights*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main – Berlin – Bern – Bruxelles – New York – Oxford – Wien, 2002.

Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, 12. издање, Београд, 2020. (Јакшић Александар, *Грађанско процесно право*, 12. издање, Београд, 2020)

- Kremslehner Florian, Karl Alexander, „Welche Auswirkungen haben Covid-19 und die von der Bundesregierung kürzlich gefassten Massnahmen auf Zivilprozesse“, доступно на адреси: <https://www.dorda.at/news/zivilprozesse>, 30. 11. 2021.
- Krumm Carsten, „Hauptverhandlung in Zeiten von Corona II: Ausschluss der Öffentlichkeit?“, доступно на адреси: <https://community.beck.de/2020/04/14/hauptverhandlung-in-zeiten-von-corona-ii-ausschluss-der-oeffentlichkeit>, 10. 12. 2021.
- Mantz Reto, Spoenle Jan, „Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung“, *Monatsschrift für deutsches Recht*, Nr. 11/2020.
- Marcus Richard, „Covid-19 and American Civil Litigation“, *Civil Courts Coping with Covid-19* (eds. Bart Krans, Anna Nyland), Den Haag, 2021.
- Musielak Hans-Joachim, Voit Wolfgang (Hrsg.), *ZPO*, 17. Auflage, München, 2020.
- Paschke Anne, *Digitale Gerichtsöffentlichkeit*, Berlin, 2018.
- Pavić Vladimir, Đorđević Milena, „Virtual Arbitration Hearings: The New Normal?“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3/2021.
- Познић Боривоје, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2009. (Poznić Borivoje, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Beograd, 2009)
- Познић Боривоје, Ракић-Водинелић Весна, *Грађанско процесно право*, 17. издање, Београд, 2015. (Poznić Borivoje, Rakić-Vodinelić Vesna, *Građansko procesno pravo*, 17. izdanje, Beograd, 2015)
- Rozhnov Oleh, „Towards Timely Justice in Civil Matters Amid COVID-19 Pandemic“, *Access to Justice in Eastern Europe*, Nr. 2–3/2020.
- Rudolf Kissel Otto, Mayer Herbert, *Gerichtsverfahrensgesetz*, 9. Auflage, München, 2018.
- Станковић Гордана, „Прекид парничног поступка“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, 1974. (Stanković Gordana, „Prekid parničnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, 1974)
- Scholz-Berger Florian, Julius Schumann, „Die Videokonferenz als Krisenlösung für das Zivilverfahren“, *Ecolex*, Nr. 6/2020.
- Shanahan Coleen F., Mark Alyx, Steinberg Jessica K., Carpenter Anna E., „COVID, Crisis and Courts“, *Texas Law Journal*, Vol. 99, Nr. 10/2020.
- Triva Siniša, Dika Mihajlo, *Građansko procesno parnično pravo*, VII izdanje, Zagreb, 2004.
- Windau Benedikt, „Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung“, *Neue juristische Wochenschrift*, Nr. 38/2020.

Freemen Engstrom David, „Post-Covid Courts“, *University of California Law Review*, Vol. 29, 2020.

Fritsche Jörn, „§ 128a“, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, München, 2016.

Hau Wolfgang, „Covid-19, Civil Justice 2020 and German Courts 2021?“, *Civil Courts Coping with Covid-19* (eds. Bart Krans, Anna Nyland), Den Haag, 2021.

Aleksandar JAKŠIĆ, PhD

Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

THE IMPACT OF COVID-19 PANDEMIC ON CIVIL PROCEEDINGS

Summary

The COVID-19 pandemic is a health care crisis with serious human and social consequences, with challenges for the courts and the judiciary all around the world. It has created the conditions to reflect on the possibilities of applying innovative measures in the judiciary. In the context of domestic realities, we note that the gaps in the procedural legislation and other technical and legal shortcomings of the rules and institutions of civil procedural law significantly affect the access to justice. State civil courts have suspended dockets, allowed litigants to delay their cases, or are operating in person but with more limited contact.

Serbian courts could not and still cannot shift to remote operation by phone or video. The so-called “virtual hearing” is not allowed by Serbian law. This article especially addresses to issues of duty to safeguard the public hearing in both the court room and in case of holding a virtual hearing.

Key words: Covid-19. – Right to a Fair Trial. – Public Hearings. – Virtual Hearings. – Access to a Court.

Датум пријема рада: 21. 12. 2021.

Датум исправке рада: 10. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 22. 3. 2022.

УДК: 347.739(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22103A

др **Владимир ЧОЛОВИЋ***
професор, научни саветник на Институту за упоредно право,
Србија

СТАТУС СТРАНИХ ПОВЕРИЛАЦА У СЕКУНДАРНОМ СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак

Статус страних поверилаца у међународном стечају, односно стечајном поступку са елементом иностраности, зависи од тога на који начин је регулисана ова материја у једној земљи. Разликујемо главни и секундарни стечајни поступак у којем повериоци могу пријавити своја остваривања. У земљама које регулишу остваривање и главно и секундарно стечајно поступак, повериоци имају једнак статус, што значи да су страни повериоци изједначени са локалним повериоцима у секундарном стечајном поступку. У раду се освештаје пажња Уредби (ЕУ) 848/2015 о поступку у случају insolventности, као и одредбама Закона о стечају Републике Србије, који регулишу ову материју. Да би се дефинисао статус страних поверилаца, потребно је утврдити и статус стране стечајне одлуке, као и статус стране стечајно уравника. Пажња се освештаје и ситуацијама када се не остваре секундарни стечајни поступак, а што уређује Уредба 848/2015.

Кључне речи: *Повериоци. – Остваривања. – Секундарни стечајни поступак. – Стечајна маса. – Стечајни уравник.*

* Електронска адреса аутора: v.colovic@iup.rs.

I Увод

Повериоци у секундарном стечајном поступку представљају локалне повериоце из те земље, као и повериоце који немају држављанство земље, односно пребивалиште у земљи у којој је покренут наведени поступак (страни повериоци). Пријаву потраживања у секундарном поступку могу извршити и лица која су већ пријавила потраживање у главном стечајном поступку, као и у другим секундарним поступцима. Чињеница је да, кад говоримо о међународном стечају (стечајном поступку са елементом иностраности), говоримо о могућности да против једног стечајног дужника може бити покренут један главни поступак, као и више других секундарних поступака. Наиме, главни поступак се покреће по месту седишта или средишта пословног деловања стечајног дужника, док се секундарни поступак покреће по месту филијале (пословне јединице) стечајног дужника или по месту налажења његове имовине.¹

Управо због могућег вођења више стечајних поступака против истог стечајног дужника, морамо поставити питање статуса поверилаца, како страних, тако и локалних у секундарном поступку, па самим тим и статуса њихових потраживања, тачније речено могућности намирења истих.

У овом раду ћемо покушати да одговоримо на неколико питања која се тичу статуса поверилаца у секундарном поступку: 1. да ли страни повериоци могу на исти начин да пријаве своја потраживања као и локални повериоци који имају држављанство земље у којој је покренут секундарни поступак, односно пребивалиште у тој земљи; 2. да ли страни повериоци могу пријавити своја потраживања у секундарном поступку, иако су то већ учинили у неком другом поступку, било главном или другом секундарном; и 3. да ли ће на остварење права страних поверилаца утицати садржина националних прописа земље у којој је покренут секундарни поступак. Наравно, на ова питања можемо одговорити тек кад дефинишемо општа правила у овој области, и кад уопште анализирамо статус страних поверилаца у секундарном поступку.

Због чега постављамо ова питања? Пре свега, због начина регулације статуса и права поверилаца у међународном стечају у одредбама Закона о стечају Републике Србије.² ЗС не дефинише секундарни, већ споредни поступак, који можемо дефинисати на сличан начин као и секундарни. Исто тако, Уредба (ЕУ) бр. 848/2015 о поступку у случају

1 Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Бања Лука, 2010, 166–167.

2 Закон о стечају – ЗС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.

инсолвентности³ регулише статус поверилаца у секундарном поступку, као и статус поверилаца у случају да се секундарни поступак не покреће. Уредба 848/2015 детаљније регулише ова питања у односу на ЗС, који је преузео одредбе Модел-закона о прекограничној инсолвентности, усвојеног од стране Комисије УН за међународно трговачко право.⁴ Најзад, нека законодавства мало другачије решавају питање статуса поверилаца у међународном стечају, с обзиром на то да другачије регулишу и дејства стране стечајне одлуке, односно одлуке о отварању главног поступка (страна стечајна одлука). Овде, пре свега, мислимо на Закон о стечају Републике Српске,⁵ који је иначе преузео већину одредаба у овој области из хрватског стечајног законодавства.

*
* *

Не можемо анализирати статус страних поверилаца, без дефинисања основних правила која се примењују у међународном стечају. Могућност вођења секундарног поступка, односно више стечајних поступака против истог стечајног дужника, од којих је један главни, представља остварење начела универзалности, односно начела јединства стечајне масе.⁶ Правило *lex fori concursus* дефинише ово начело.⁷ Без примене овог правила, које је основно у међународном стечају, немогуће је разумети смисао вођења главног и више секундарних поступака. Секундарни поступак доприноси остварењу примене правила *lex fori concursus*, као и поштовања правила *lex fori*, коме ћемо такође посветити пажњу, нарочито кад је у питању предузимање радњи у секундарном поступку.⁸

Један од основних циљева примене ових правила је обезбеђење интереса свих поверилаца. Чак се, ради тога, секундарни поступак може и прекинути, како би биле предузете неопходне мере за наведено. Осим тога, без признања стране стечајне одлуке не може се говорити

3 Уредба о поступку у случају инсолвентности (*Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings*, OJ L 141, 5. 6. 2015; даље у тексту и фуснотама: Уредба 848/2015).

4 Модел-закон о прекограничној инсолвентности (*Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law*).

5 Закон о стечају Републике Српске – ЗСРС, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 16/16.

6 Милена Јовановић Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Ниш, 2013, 244.

7 Jan H. Dalhuisen, *International Insolvency and Bankruptcy*, New York, 1984, 3–138.

8 Hans Hanisch, „Probleme des internationalen Insolvenzrecht“, *Probleme des Internationalen Insolvenzrecht* (Hrsg. Wolfgang Marschall von Bieberstein, Hans Hanisch, Jacques Lemontey, Stefan Riesenfeld, Peter Gotthardt), Frankfurt, 1982, 12.

о координацији главног и секундарног поступка, што је од изузетне важности за статус страних поверилаца. Страна стечајна одлука треба да садржи податке о повериоцима, али није нужно да они буду детаљни. Наиме, све измене које се тичу података о повериоцима, а до којих може доћи касније, могу бити дефинисане другим исправама.⁹ Поменули смо координацију главног и секундарног поступка. Међутим, да ли о координацији можемо говорити једино када се води и секундарни поступак? Мислимо да не, јер статус и права страних поверилаца морају бити дефинисани и када се не води секундарни поступак. Што се тиче секундарног поступка и његовог покретања, није битно да ли је то покретање последица покретања главног поступка или не, али је битно да ли је дошло до сарадње органа различитих држава у којима се воде наведени поступци. Ово су само нека од питања која морамо имати на уму када говоримо о статусу страних поверилаца у секундарном поступку, који веома зависи и од статуса стечајног управника који је именован у главном поступку.

II Општа правила секундарног поступка

Два основна циља покретања и вођења секундарног поступка су јединство стечајне масе и ефикасност намирења поверилаца, што смо на почетку рекли. Секундарни поступак или поступци омогућавају да имовина стечајног дужника или њен већи део буде део стечајне масе. Поменућемо нека општа правила, која су битна и за дефинисање статуса страних поверилаца у секундарном поступку. Редослед намирења у секундарном поступку се врши по праву места суда, односно по *lex fori*. Осим тога, стечајни управници из главног и секундарног поступка су дужни да сарађују код трансфера средстава из секундарног у главни поступак. Трансфер вишка средстава стечајне масе из секундарног у главни поступак, један је од услова ефикасног намирења поверилаца.¹⁰ Не смеју да буду угрожена права оних поверилаца који имају право на приоритетно намирење. Осим тога, ако се имовина састоји из непокретних ствари, тада ће се примењивати правило *lex rei sitae*, односно примењиваће се право места налажења непокретности. Такав принцип намирења је општи. У сваком случају, мора доћи до уновчења целе имовине дужника, осим ако није у питању намирење привилегованих поверилаца, односно поверилаца који имају приоритетна потраживања. Третман страних поверилаца, који испуне услове везане за признавање

9 Владимир Чоловић, Сениша Алексић, „Координација стечајних поступака“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 6/2016, 16.

10 В. Чоловић, 180.

тог својства у земљи секундарног поступка, показује примену универзалног концепта у овој области.¹¹

Поставља се питање да ли ће бити признат статус одбора поверилаца или неког другог органа поверилаца који је именован у земљи у којој је отворен главни поступак. Ако примењујемо општа правила, односно правила која се примењују на статус страних поверилаца, онда морамо закључити да ће и органу поверилаца бити признат исти статус у секундарном поступку. Но, тај орган неће бити независан у односу на повериоце из земље секундарног поступка, што значи да неће моћи самостално да доноси одлуке које се тичу намирења из имовине дужника која се налази у земљи отварања секундарног поступка.¹² Статус органа поверилаца мора бити утврђен стечајном одлуком која се мора признати у земљи секундарног поступка.

Иначе, морамо рећи, да вођење секундарних поступака доводи до стварања великих трошкова, који би се могли избећи укидањем могућности вођења ових поступака у одређеним околностима, а што делом регулише Уредба 848/2015, чему ћемо посветити пажњу.¹³ Но, таква могућност би, са друге стране, довела до могућег нарушавања примене начела јединства стечајне масе, као и равномерног намирења поверилаца, а што се, нарочито, односи на права поверилаца у земљама у којима је могуће водити секундарни поступак. Исто тако, та чињеница доводи, такође, до могућности стварања трошкова везаних за пријаву потраживања и заштиту права поверилаца у главном поступку. Међутим, у појединим ситуацијама доношење одлуке да се не покрене секундарни поступак може довести и до веће заштите свих поверилаца.

Да бисмо ближе разумели статус страних поверилаца, морамо да упоредимо њихов положај у стечајном поступку са положајем страних субјеката у парничном поступку. Иако се признају процесна права странцима, они нису у потпуности изједначени са домаћим субјектима у поступку. Положај страних субјеката у домаћем парничном поступку је специфичан, због тога што се његова имовина или домицил налазе у иностранству; затим, зато што докази могу бити на страниј територији, као и због других чињеница које захтевају примену посебних правила. Иако су парнични поступак са елементом иностраности, са једне стране, и међународни стечај, са друге стране, различити, одређена правила

11 Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *Стечај – теорија, пракса*, Бања Лука, 2020, 267–268.

12 *Ibid.*, 267.

13 Bob Wessels, „The EU Regulation in Insolvency Proceedings (Recast); the first commentaries“, April 2016, доступно на адреси: https://bobwessels.nl/wp-content/uploads/2016/09/eucl_wessels_13-4.pdf, 15. 3. 2022, 7.

међународног приватног права, која се односе на учешће и права страних субјеката у домаћим поступцима, примењују се на исти начин и у једном и у другом поступку.¹⁴

III Статус страних поверилаца по одредбама Уредбе 848/2015

Уредба 848/2015 дефинише на општи начин права страних поверилаца у секундарном поступку, с тим да се у одредби која се односи на повериоце посебно истиче улога стечајних управника који су именовани у главном, али и у другим секундарним поступцима. Пре свега, повериоци могу да пријаве своја потраживања у секундарном поступку, по правилима земље у којој је отворен тај поступак. Међутим, и стечајни управници из главног и других секундарних поступака могу да пријаве потраживања која су већ пријављена у тим другим поступцима, ако се тиме штите интереси поверилаца, односно ако се томе не противе повериоци, који могу да повуку пријаве потраживања у поступцима где је то могуће. Осим тога, Уредба 848/2015 дефинише да стечајни управник који је именован у главном или другим секундарним поступцима може да учествује у односном секундарном поступку као поверилац, па чак и да присуствује скупштинама поверилаца.¹⁵ Из овде одредбе закључујемо да је стечајни управник заступник поверилаца. Ипак, већу пажњу ћемо даље посветити овлашћењима стечајног управника из главног поступка, с обзиром на чињеницу да он може донети одлуку да се уопште не покрене секундарни поступак, као и да се уместо њега покрене неки други поступак, који неће бити стечајни.

Веома је битно утврдити и друга права страних поверилаца, која су у вези са намирењем потраживања. У вези са тим, Уредба 848/2015 одређује да сваки страни поверилац може да користи сва комуникациона средства која су дозвољена по праву земље отварања поступка како би пријавио своје потраживање.¹⁶ Овом одредбом је дефинисана и забрана дискриминације која се тиче пријаве потраживања свих поверилаца. Овде ћемо истаћи да Уредба 848/2015 под страним повериоцем подразумева повериоца који има своје уобичајено боравиште, пребивалиште или седиште у другој земљи која није земља отварања поступка, а у те повериоце спадају и порески органи, као и носиоци

14 В. Чоловић, Н. Милијевић, 268.

15 Уредба 848/2015, чл. 45.

16 Jasnica Garašić, „Prijava tražbina stranih vjerovnika prema prema europskoj Uredbi o insolventnim postupcima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2016, 1044; Уредба 848/2015, чл. 53.

социјалног осигурања у земљама чланицама.¹⁷ Но, ако се ради о повериоцима из других земаља нечланица (ван ЕУ), тада се примењује правило стечајног поступка, односно *lex fori concursus*. Осим тога, право државе отварања поступка ће бити меродавно за питања одређивања рокова пријаве потраживања, последица пропуштања благовремене пријаве потраживања, могућности закаснелих пријава, као и уопште за одређивање да ли су допуштене пријаве потраживања и за испитивање и утврђивање потраживања. Оно што је битно истаћи, сваки поверилац који је остварио наплату дела потраживања, моћи ће да учествује у деоби у другом стечајном поступку тек када повериоци истог реда или категорије у том другом поступку остваре наплату једнаког дела или процента потраживања.¹⁸ Наведено не нарушава њихов једнак статус.

Што се тиче обавезе обавештавања поверилаца о покретању стечајног поступка, надлежни суд земље покретања поступка или стечајни управник су обавезни да без одлагања обавесте све познате повериоце о наведеном. То обавештење мора бити послато свим повериоцима.¹⁹ Што се тиче обавештавања непознатих поверилаца, према одредби Уредбе 848/2015 стечајни управник има дужност да предложи да се у земљи чланици у којој дужник има филијалу објави одлука о покретању стечајног поступка.²⁰ Осим тога, земља чланица може својим прописима одредити да се чињеница отварања стечајног поступка упише у земљишне књиге, трговачки или други јавни регистар, ако се на подручју те земље налази филијала дужника која је уписана у јавни регистар те земље, односно ако се у тој земље налазе непокретности које су својина дужника. У случају обавештавања страних поверилаца који своје боравиште, пребивалиште или седиште имају у некој земљи нечланици, као и у случају обавештавања домаћих поверилаца – примењиваће се правила законодавства земље чланице отварања стечајног поступка.²¹

IV Статус страних поверилаца по одредбама Модел-закона, односно ЗС

У односу на Уредбу 848/2015, ЗС дефинише другачији приступ у регулисању међународног стечаја, али када говоримо о статусу страних поверилаца у секундарном поступку, он се не разликује много у одно-

17 J. Garašić, 1044.

18 *Ibid.*, 1045.

19 *Ibid.*, 1049.

20 *Ibid.*, 1050.

21 *Ibid.*, 1051.

су на решења у Уредби 848/2015. Као што смо рекли, ЗС је у области међународног стечаја преузео одредбе Модел-закона. И Модел-закон одређује да страни повериоци имају исти положај као и домаћи, односно да и они могу подносити предлог за покретање стечајног поступка, као и да могу да учествују у њему на територији друге земље.²² Наведене радње страни повериоци могу предузети једино уз сарадњу са органима земље у којој је покренут секундарни поступак или у којој може да се покрене. Самим тим, можемо рећи да су они изједначени и са локалним повериоцима. Такође, Модел-закон одређује обавезно обавештавање страних поверилаца чија је адреса позната суду. Достављање се увек обавља по *lex fori*. Ако адреса појединих поверилаца није позната, тада суд може одредити мере помоћу којих ће се, на одређене начине који су дефинисани правом те земље, обавестити такви повериоци. Но, са друге стране, морамо рећи да су и страни повериоци дужни да се информишу о стечајном поступку који се води на територији друге државе. Обавештење повериоцима мора да садржи навођење временског рока у коме су повериоци дужни да пријаве потраживања, затим обавезност достављања података о обезбеђењу тих потраживања, као и друге податке.²³ Практично, одредбе Модел-закона у делу који се односи на обавештавање поверилаца, као и на њихов статус, се не разликују од општих правила у овој области, како смо рекли.

Иначе, ЗС не користи термин секундарни поступак за поступак који се покреће по критеријуму места налажења пословне јединице или имовине дужника, већ тај поступак назива споредни. ЗС одређује да се споредни поступак покреће у месту у коме дужник има сталну пословну јединицу, иако тај термин не користи увек, односно користи и термин пословна јединица. Наравно, стална пословна јединица или пословна јединица нема својство правног лица на територији Републике Србије. Ако дужник на територији Републике Србије нема пословну јединицу, тада се споредни поступак може отворити ако постоји стечајни разлог уколико се у земљи у којој се налази средиште главних интереса дужника не може покренути стечајни поступак због правила у стечајном законодавству те земље. Исто тако, споредни поступак се може покренути ако се у земљи у којој се налази средиште главних интереса дужника стечајни поступак односи само на његову имовину која се налази у тој држави, као и када се страна стечајна одлука о отварању поступка не може признати.²⁴ Иако секундарни, односно споредни поступак по ЗС дефинише општа правила која се иначе примењују у овом поступку,

22 Модел-закон, чл. 13.

23 Модел-закон, чл. 14.

24 В. Чоловић, Н. Милијевић, 307.

постоје и разлике, а које се односе на термине које овај акт користи. Мислимо, пре свега, на термин споредни поступак. Наиме, овакав термин упућује на чињеницу да је тај поступак посебан и независан у односу на главни. Други термин је стална пословна јединица. ЗС користи и термин пословна јединица и стална пословна јединица, не правећи јасну разлику између њих. Интересантно је решење да ће се споредни поступак покренути ако се у земљи средишта главних интереса дужника примењује начело територијалности, односно у случају да ће се одлука о покретању главног поступка односити само на имовину дужника у тој земљи. Ове одредбе, практично, говоре о нешто другачијем статусу поверилаца по одредбама ЗС. Ипак, чланови 193 и 203 пружају заштиту поверилаца у намирењу потраживања и у оваквим ситуацијама, када се обезбеђује право на пријаву потраживања и намирење у складу са општим правилима, а што се односи на поштовање реда намирења поверилаца из истог исплатног реда или класе поверилаца, ако се ради о реорганизацији дужника.²⁵

V Статус поверилаца у случају када се не покреће секундарни поступак

Иако Уредба 848/2015 дефинише могућност да се, у одређеним условима, секундарни поступак не покрене,²⁶ у посебном делу ћемо посветити пажњу овој ситуацији. О наведеној могућности искључиво одлучује стечајни управник из главног поступка. Поставља се питање какав је статус поверилаца у таквом случају, односно да ли ће исти статус имати локални повериоци, повериоци земље у којој је могуће покренути секундарни поступак и остали повериоци који су имали намеру да пријаве потраживања у том поступку. Потраживања локалних поверилаца су настала у вези са радом филијале, односно дела дужника у земљи која није земља центра главног интереса дужника.²⁷ Стечајни управник из главног поступка мора да гарантује повериоцима да ће њихова потраживања бити намирена. Та потраживања ће се намирити, пре свега, из имовине која се налази у земљи у којој би могао да буде покренут секундарни поступак. У сваком случају, потраживања поверилаца морају бити намирена као да је тај поступак покренут. Овде је битно да одговоримо на следећа питања: 1. да ли стечајни управник

25 ЗС, чл. 203.

26 Уредба 848/2015, чл. 36.

27 Elisa Torralba Mendiola, „Synthetic insolvency proceedings“, *Analysis Gomez-Acebo & Pombo*, November 2015, доступно на адреси: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/synthetic-insolvency-proceedings.pdf>, 21. 3. 2022, 1.

мора да гарантује намирење потраживања, у случају да се не покреће секундарни поступак; 2. да ли ће остали повериоци, који су имали намеру да пријаве своја потраживања у секундарном поступку, да је покренут, имати исти статус као и локални повериоци; и 3. да ли повериоци могу утицати на покретање секундарног поступка, односно на одлуку стечајног управника из главног поступка?

Што се тиче првог питања, стечајни управник мора да пружи гаранцију повериоцима да ће њихова потраживања бити намирена. Та гаранција представља, пре свега, једнострану обавезу стечајног управника, али за њу морају да гласају сви локални повериоци како би она имала дејство. Повериоци морају бити заштићени, а њихово право на намирење потраживања се регулише по *lex fori*. У вези са дејством које гаранцији дају локални повериоци, можемо да кажемо да гаранција не представља само једнострану обавезу стечајног управника, већ и његов споразум са локалним повериоцима. Гласање за гаранцију се, такође, врши по *lex fori*, а са садржином гаранције је локалне повериоце дужан да детаљно упозна стечајни управник који је и дефинише. Уколико за гаранцију гласају сви локални повериоци, тек тада она има дејство на стечајну масу.²⁸ У случају покретања секундарног поступка, стечајни управник из главног поступка ће морати да пренесе имовину у секундарни поступак, како би њоме у поступку управљао именовани стечајни управник из тог поступка. Али, ако гаранција добије дејство, стечајни управник из главног поступка мора да упозна све локалне повериоце о расподели имовине, а у случају да то не учини, локални повериоци могу тражити заштиту пред судом државе у којој је покренут главни поступак. Тада се неће намиривати потраживања све док суд не донесе одлуку по тужби наведених поверилаца. Том тужбом могу бити обухваћени и захтеви локалних поверилаца да се предузму све мере за заштиту наплате потраживања, а које су дефинисане гаранцијом.

Везано за друго питање, морамо рећи да се, судећи по одредбама Уредбе 848/2015, наведена гаранција односи првенствено на локалне повериоце. Сигурно је да сви повериоци могу да пријаве своја потраживања, како у главном, тако и у секундарном поступку, али се, у овом случају, не ради о покретању секундарног поступка, што значи да се гаранција стечајног управника из главног поступка односи само на локалне повериоце. Тек када би се покренуо секундарни поступак, у случају да гаранција не произведе дејство, остали повериоци би имали право пријаве потраживања у том поступку.²⁹

28 Владимир Чоловић, „Измене у регулацији секундарног стечајног поступка у праву ЕУ“, *Правни животи*, бр. 11/2016, 119.

29 *Ibid.*

Напред смо рекли да гаранција представља једнострану обавезу стечајног управника из главног поступка, али и споразум који он закључује са локалним повериоцима. То значи да гаранција представља и понуду коју прихватају или не прихватају локални повериоци.³⁰ А да би та понуда била дефинисана, стечајни управник из главног поступка мора да процени вредност имовине, као и могућност намирења потраживања. Процену вредности имовине дужника у земљи у којој би могао да буде покренут секундарни поступак врши стечајни управник са надлежним судом те земље. Али, наведени стечајни управник одлучује о томе да ли ће секундарни поступак бити покренут или не.³¹ То значи да чињеница утврђивања вредности имовине дужника у тој земљи није једини елемент који ће пресудити у тој одлуци. И друге чињенице, као што су пре свега трошкови секундарног поступка, одлучујући су у доношењу наведене одлуке. Секундарни поступак се управо избегава како би се избегли непотребни трошкови које он може изазвати, али само у случају равномерног намирења потраживања локалних поверилаца.

Уредба 848/2015 није једини акт који предвиђа наведену могућност. Наиме, ЗСРС у члану 273 предвиђа могућност да се секундарни поступак уопште не покрене, односно да признање стране стечајне одлуке (о покретању главног поступка) неће довести до покретања поступка у земљи у којој се налази филијала или имовина дужника. Одредба ЗСРС обезбеђује једнакост поверилаца, као и заштиту имовине дужника. Исто тако, она дефинише и овлашћења стечајног управника из главног поступка. Секундарни поступак се по овој одредби најчешће неће покренути када је седиште дужника у иностранству, а место налажења имовине домаћа земља.³²

VI Два проблема која могу настати код покретања главног и секундарног поступка

Навешћемо неке од проблема који могу настати кад је у питању истовремено вођење наведених поступака. Један од проблема тиче се могуће ситуације да се у земљи, у којој се налази дужничково регистровано седиште или средиште пословног деловања, не налази већи део имовине или се, чак, налази њен мањи део, односно да дужник у тој земљи уопште нема имовину, што захтева преиспитивање односа главног поступка који се покреће по критеријуму искључиве надлежности

30 *Ibid.*, 122.

31 В. Wessels, 7.

32 В. Чоловић, Н. Милијевић, 254–257.

и секундарног поступка или поступака у земљама са којима стечајни дужник има „слабију“ везу. Тада би могло да се постави и питање да ли је секундарни поступак зависан у односу на главни. С обзиром на то да Уредба 848/2015 дефинише могућност да стечајни управник из главног поступка може да донесе одлуку о томе да се секундарни поступак не покрене, ово питање добија на значају. Наиме, доношење такве одлуке би било прихватљиво само ако би се у земљи у којој стечајни дужник има регистровано седиште или средиште пословног деловања налазио претежни део његове имовине, без обзира на то да ли у тој земљи он обавља претежну делатност или не. На овом месту морамо истаћи проблем дефинисања појма регистрованог и стварног седишта стечајног дужника.

Други проблем може настати због чињенице да се секундарни поступак може водити независно од покретања главног. Тада се тај секундарни поступак назива партикуларни. Нећемо посвећивати детаљну пажњу овој ситуацији, али морамо рећи да се поставља питање могућности пријаве потраживања поверилаца који нису из земље покретања секундарног поступка, као и утицаја покренутог главног поступка на тако покренути секундарни поступак. У том смислу, ЗСРС дефинише неке одредбе које се односе на признање стране стечајне одлуке о покретању главног поступка у земљи у којој је већ покренут секундарни поступак.³³ Сарадња стечајног управника из главног поступка са стечајним управником из секундарног поступка је у оваквој ситуацији веома битна.³⁴

VII Принципи на којима се заснива право поверилаца на намирење потраживања у страним стечајним поступцима

Навели смо већ да се стечајни поступак води по *lex fori concursus*, као и по *lex fori*. Чињеница је да се начело универзалности базира на правилу *lex fori concursus*, али са друге стране радње у стечајном поступку се воде по *lex fori*. То значи да лица која су овлашћена по одлуци која је донета у страном стечајном поступку, имају право да поступају на територији друге земље која је по месту налажења филијале или имовине везана за стечајног дужника. То се односи, пре свега, на стечајног управника, као и органе поверилаца. Што се тиче страних поверилаца, они имају право да пријављују и намирују своја потраживања на територији земље секундарног поступка, када

33 ЗСРС, чл. 272.

34 В. Чоловић, Н. Милијевић, 253–254.

су дужни да поштују право те земље, али њихово право да остварују своја права на територији друге земље произлази из правила *lex fori concursus*, као и остварења начела универзалности. Ипак, у појединим законодавствима, као што су англосаксонска, појављује се и појам „међународне учтивости“.³⁵

Наиме, Стечајни законик САД у поглављу 15, под називом „Зависни (помоћни) и други прекогранични случајеви“, дефинише шире аспекте признања дејстава страних стечајних поступака.³⁶ Овим поглављем дата су већа овлашћења америчким судовима када је у питању пружање помоћи у вези са дејствима страних стечајних поступака.³⁷ Ова помоћ се односи на слање позива за сведочење, слање налога за продају имовине дужника, затим других докумената која се тичу страног стечајног поступка, итд., а што је веома битно и за статус поверилаца.³⁸

Поглавље 15 Стечајног законика САД подразумева спровођење ефикасног стечајног поступка, што подразумева и заштиту интереса поверилаца, али и дужника.³⁹ Одредбе поглавља 15 дефинишу сарадњу америчких судова са страним, као и сарадњу стечајних управника, што обезбеђује размену информација о поступцима, као и саму координацију главног и секундарног или секундарних поступака. Међутим, америчким судовима је дата могућност да задрже право пружања „додатне помоћи“, тј., они могу дискреционо да одлуче да ли ће сарађивати са страним судовима, стечајним управницима, као и другим органима или не. Да би се донела одлука о пружању такве помоћи, морају бити дефинисани разлози за то. Међународна учтивост, односно, поштовање института *comity* је један од разлога за наведено. Поштовање овог института се односи на примену страног права које не вређа јавни поредак САД.⁴⁰

Институт *comity* није једини институт који објашњава могућност поступања субјеката везаних за стечајни поступак на територији друге државе. И енглеска доктрина *foreign created right or of legal obligation*

35 John A. E. Pottow, „A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies“, *Texas International Law Journal*, 2011, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1613&context=articles>, 17. 3. 2022, 580.

36 Стечајни законик САД (*United States Bankruptcy Code*).

37 Lesley Salafia, „Cross-Border Insolvency Law in the United States and its application to Multinational Corporate Groups“, *Connecticut Journal of International Law*, 2006, 2.

38 *Ibid.*, 21.

39 Mark G. Douglas, „Cross-Border Bankruptcy Battleground: The Importance of Comity (Part II) May/June 2010“, доступно на адреси: <http://www.jonesday.com/cross-border-bankruptcy-battleground-the-importance-of-comity-part-ii-05-31-2010/>, 2. 3. 2022.

40 Владимир Чоловић, „Институт *comity* у међународном стечају (са посебним освртом на право САД)“, *Сѝрани љравни живоѝ*, бр. 2/2011, 75–76.

дефинише правни основ признања страних одлука, уопште, па и страних стечајних одлука. Овом доктрином се елиминише реципроцитет, а са друге стране се лакше могу дефинисати приговори који могу стајати на располагању туженом, како би он могао да изнесе чињенице које оспоравају постојање његове обавезе.⁴¹

Међународна учтивост, односно институт *comity* су основ функционисања међународног приватног права, па самим тим и постојања елемента иностраности у стечајном поступку. Без ових принципа не бисмо могли ни да говоримо о признању страних стечајних одлука, као и о поступању страних стечајних управника и органа поверилаца на територији друге земље.⁴²

VIII Закључак

Оно што морамо прво истаћи, јесте да су страни повериоци изједначени и у главном и у секундарном поступку. Чињеница да они могу на исти начин да пријаве своја потраживања и у главном и у секундарном поступку, као и да постоји обавеза њиховог обавештавања од стране надлежних органа земље покретања поступка – говори о томе. Осим тога, поштује се и принцип равномерног намирења потраживања. Но, може постојати проблем који се тиче прописа појединих земаља који ову област не регулишу на исти начин као и друге земље, односно уопште је не регулишу.

Један од проблема који се може појавити код дефинисања статуса поверилаца у стечајном поступку са елементом иностраности, односи се на чињеницу да не регулишу све земље овај поступак на исти или сличан начин. Није само реч о земљама ЕУ које, без обзира на постојање Уредбе 848/2015, регулишу међународни стечај на другачији начин. И друге земље које нису у оквиру ЕУ различито регулишу ово питање. Овде се мора поставити питање начела која се прихватају у регулисању материје међународног стечаја. То су начела универзалности и територијалности. Чињеница је да начело универзалности омогућава једнак статус поверилаца у овом поступку, као и јединство стечајне масе.

Имајући у виду наведено, морамо рећи да страни повериоци у секундарном поступку имају исти статус као и други, односно локални повериоци. То се односи како на њихово право да буду обавештени о статусу секундарног поступка, тако и на начин пријављивања потраживања и на намирење истих. Но, одређене проблеме може да проузрокује и ситуација када се не покреће секундарни поступак, а што

41 Geoffrey Chevalier *Cheshire, Private International Law*, Third edition, London, 1947, 767.

42 В. Чоловић (2011), 81.

регулише Уредба 848/2015. Тада треба дефинисати статус локалних поверилаца, односно поверилаца земље секундарног поступка у односу на остале повериоце, као и могућност њихове заштите – како пред судом земље главног поступка, тако и пред судом земље у којој је могао да буде покренут секундарни поступак. Но, с обзиром на то да о покретању секундарног поступка одлучује стечајни управник из главног поступка, онда морамо рећи да се примењује правило *lex fori concursus*, а не *lex fori*, иако се гаранција коју даје наведени стечајни управник прихвата по *lex fori*. Осим тога, посебан проблем у дефинисању статуса страних поверилаца представља и могућност вођења другог поступка, а не стечајног, што такође дефинише члан 47 Уредбе 848/2015, а који се односи искључиво на могућност наставка рада дужника. Чињеница је да би тада страни повериоци морали да пријаве своја потраживања у неком другом стечајном поступку који се води против стечајног дужника, али би они, такође, имали право на намирење потраживања од стране дужника који наставља да ради.

На крају, морамо истаћи да је од огромног значаја поштовање начела универзалности, пре свега, као и начина дефинисања једнаког права поверилаца у оквиру истог исплатног реда, имајући у виду да би различита правила националних законодавстава у области међународног стечаја могла утицати на статус страних поверилаца и њихова права у односу на права локалних поверилаца.

Коришћена литература

- Garašić Jasnica, „Prijava tražbina stranih vjerovnika prema prema europskoj Uredbi o insolventijskim postupcima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 3/2016.
- Dalhuisen Jan H., *International Insolvency and Bankruptcy*, New York, 1984.
- Douglas Mark G., „Cross-Border Bankruptcy Battleground: The Importance of Comity (Part II) May/June 2010“, доступно на адреси: <http://www.jonesday.com/cross-border-bankruptcy-battleground-the-importance-of-comity-part-ii-05-31-2010/>, 2. 3. 2022.
- Јовановић Zattila Милена, Чоловић Владимир, *Стечајно право*, Ниш, 2013. (Jovanović Zattila Milena, Čolović Vladimir, *Stечајно право*, Niš, 2013)
- Pottow John A. E., „A New Role for Secondary Proceedings in International Bankruptcies“, *Texas International Law Journal*, 2011, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1613&context=articles>, 17. 3. 2022.

- Salafia Lesley, „Cross-Border Insolvency Law in the United States and its application to Multinational Corporate Groups“, *Connecticut Journal of International Law*, 2006.
- Torralba Mendiola Elisa, „Synthetic’ insolvency proceedings“, *Analysis Gomez-Acebo & Pombo*, November 2015, доступно на адреси: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/07/synthetic-insolvency-proceedings.pdf>, 21. 3. 2022.
- Hanisch Hans, „Probleme des internationalen Insolvenzrecht“, *Probleme des Internationalen Insolvenzrecht* (Hrsg. Wolfgang Marschall von Bieberstein, Hans Hanisch, Jacques Lemontey, Stefan Riesenfeld, Peter Gotthardt), Frankfurt, 1982.
- Chevalier Geoffrey Cheshire, *Private International Law*, Third edition, London, 1947.
- Чоловић Владимир, „Измене у регулисању секундарног стечајног поступка у праву ЕУ“, *Правни живот*, бр. 11/2016. (Čolović Vladimir, „Izmene u regulisanju sekundarnog stečajnog postupka u pravu EU“, *Pravni život*, br. 11/2016)
- Чоловић Владимир, „Институт *comity* у међународном стечају (са посебним освртом на право САД)“, *Страни правни живот*, бр. 2/2011. (Čolović Vladimir, „Institut comity u međunarodnom stečaju (sa posebnim osvrtom na pravo SAD)“, *Strani pravni život*, br. 2/2011)
- Чоловић Владимир, Алексић Сениша, „Координација стечајних поступака“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 6/2016. (Čolović Vladimir, Aleksić Siniša, „Koordinacija stečajnih postupaka“, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, br. 6/2016)
- Чоловић Владимир, Милијевић Недељко, *Стечај – теорија, пракса*, Бања Лука, 2020. (Čolović Vladimir, Milijević Nedeljko, *Stečaj – teorija, praksa*, Banja Luka, 2020)
- Чоловић Владимир, *Стечајно право*, Бања Лука, 2010. (Čolović Vladimir, *Stečajno pravo*, Banja Luka, 2010)
- Wessels Bob, „The EU Regulation in Insolvency Proceedings (Recast); the first commentaries“, April 2016, доступно на адреси: https://bobwessels.nl/wp-content/uploads/2016/09/eucl_wessels_13-4.pdf, 15. 3. 2022.

Vladimir ČOLOVIĆ, PhD
Principal Research Fellow at the Institute of Comparative Law, Serbia

STATUS OF FOREIGN CREDITORS IN SECONDARY BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary

The status of foreign creditors in international bankruptcy, i.e., bankruptcy proceedings with foreign element, depends on the manner in which this matter is regulated in particular country. We distinguish between main and secondary bankruptcy proceedings in which creditors can file their claims. In the countries that regulate the initiation of both main and secondary bankruptcy proceedings, creditors have equal status, which means that foreign creditors are equal to local creditors in secondary bankruptcy proceedings. By foreign creditors in secondary bankruptcy proceedings, we mean creditors who do not have the citizenship of the country in which the respective secondary bankruptcy proceedings have been initiated. These may be persons who have already filed a claim in the main bankruptcy proceedings, as well as in other secondary bankruptcy proceedings. We must keep in mind that the secondary proceedings are initiated in order to contribute to the fulfilment of the principle of unity of the bankruptcy estate, as well as the efficiency of settling creditors' claims. In any case, the secondary proceedings enable the assets of the bankruptcy debtor or most of them to be part of the bankruptcy estate. In addition, the transfer of excess assets of the bankruptcy estate from the secondary to the main proceedings allows creditors to be settled efficiently. In order for foreign creditors to be able to exercise their rights in the secondary bankruptcy proceedings, it is necessary for the competent authorities from different bankruptcy proceedings against the same debtor to cooperate. This especially refers to the cooperation of the bankruptcy trustee appointed in the main bankruptcy proceedings with the competent authorities in the country of initiating the secondary bankruptcy proceedings. The paper pays attention to Regulation (EU) 848/2015 on insolvency proceedings, as well as the provisions of the Act of Bankruptcy of the Republic of Serbia that regulate this matter. In order to define the status of foreign creditors, it is necessary to determine the status of a foreign bankruptcy decision, as well as the status of a foreign bankruptcy trustee. Attention is also paid to situations when secondary bankruptcy proceedings are not initiated, which is regulated by Regulation 848/2015. The decision on that is made by the bankruptcy trustee who was appointed in the main bankruptcy proceedings, and he must then give a guarantee to the local creditors that their claims will be settled. In order to

talk about the equal status of creditors, care must be taken to adequately apply the two basic rules in international bankruptcy, namely lex fori and lex fori concursus. This will ensure even settlement of all claims of all creditors.

Key words: *Creditors. – Claims. – Secondary Bankruptcy Proceedings. – Bankruptcy Estate. – Bankruptcy Trustee.*

Датум пријема рада: 1. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 23. 3. 2022.

УДК: 343.359.2 ; 336.225.68

CERIF: S 141, S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22104A

др *Ахмедин ЛЕКПЕК**

доцент на Департману за економске науке Државног универзитета у Новом Пазару, Србија

ФАКТОРИ ПОРЕСКЕ ЕВАЗИЈЕ

Сажетак

Пореска евазија је ишћање од изузетној економској и правној значаја. Висок ниво њене засићености води смањењу расположивих јавних прихода и капацитета државе да ваљано пружи јавне услуге. Такође, сировоћењем пореске евазије крише се порески закони и угрожава уставом гарантовано право државе на најлажу пореза. У овом раду биће анализирани фактори који утичу на ниво пореске евазије: економски, правни и институционални, демографски и културолошки и бихевиорални. Циљ рада је да се утврди интензивност њиховог дејства, како би креатори пореске политике, стручна и академска јавност могли препознати најзначајније факторе и дефинисати одговарајуће мере за сузбијање пореске евазије. Иако је очекивано да економски фактори имају кључни утицај, испоставило се да је битнија улога некономских фактора.

Кључне речи: *Пореска евазија. – Економски фактори. – Правни и институционални фактори. – Демографски фактори. – Културолошки и бихевиорални фактори.*

* Електронска адреса аутора: alekpek@np.ac.rs.

I Увод

Савремене државе су преузеле на себе обавезу пружања широког дијапазона јавних услуга за чије је финансирање неопходно обезбедити издашне и стабилне изворе, међу којима се издвајају порези као круцијалан извор финансирања.¹ Сходно томе, предуслов фискалне стабилности је постојање ефикасног пореског система, помоћу којег се осигурава финансијска основа за несметано функционисање јавног сектора.² Пракса опорезивања има дугу традицију и њена појава се везује за сумерску цивилизацију, као једну од првих цивилизација, и период 2500 година пре нове ере.³

Иако се порез, попут смрти, сматра неизбежним, мањкавост пореских система и закона су такво поимање пореза у значајној мери релативизовали.⁴ Тежња грађана да уживају у бенефицијама које обезбеђује јавни сектор није усклађена са њиховом спремношћу да учествују у његовом финансирању у потребној мери.⁵ Од самог настанка пореза присутна је тежња пореских обвезника да избегну плаћање пореза.⁶ Имућни антички Грци,⁷ Римљани, а вековима касније и Енглези, су осмишљавали бројне креативне методе за скривање свог богатства, умањујући на тај начин своју пореску обавезу.⁸ Американци су отишли корак даље, па су, супротстављајући се порезима које им је наметала

- 1 Упор. Марина Димитријевић, „Дизајнирање делотворне политике спречавања пореске евазије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 84/2019, 32.
- 2 Упор. Никола Видовић, Хатица Бериша, Миленко Целетовић, „Економска анализа проблематике пореске евазије у Републици Србији“, *Војно дело*, бр. 2/2019, 254.
- 3 Tonia M. Sharlach, *Provincial taxation and the UR III state*, Brill, Leiden, 2004, наведено у Robert Hutchinson, „Culture versus structure: A critical perspective on the role of culture in tax evasion“, *Accounting Historians Journal*, Nr. 1/2019, 80.
- 4 Joseph E. Stiglitz, „The general theory of tax avoidance“, *National Tax Journal*, Vol. 38, Nr. 3/1985, 325.
- 5 Dimitrios Varvarigos, „Cultural norms, the persistence of tax evasion, and economic growth“, *Economic Theory*, Vol. 63, Nr. 4/2017, 962.
- 6 Упор. Serkan Benk, Robert W. McGee, Bahadir Yuzbasi, „How religions affect attitudes toward ethics of tax evasion? A comparative and demographic analysis“, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, Vol. 14, Nr. 41/2015, 203.
- 7 Constantine P. Danopoulos, Boris Znidaric, „Informal economy, tax evasion, and poverty in a democratic setting: Greece“, *Mediterranean Quarterly*, Vol. 18, Nr. 2/2007, наведено у Natalia Ermasova, Christian Haumann, Laura Burke, „The relationship between culture and tax evasion across countries: Cases of the USA and Germany“, *International Journal of Public Administration*, Vol. 44, Nr. 2/2021, 116.
- 8 Carolyn Webber, Aaron Wildavsky, *History of Taxation and Expenditure in the Western World*, Simon & Schuster, New York, 1986, 141, наведено у Joel Slemrod, „Cheating ourselves: The economics of tax evasion“, *Journal of Economic perspectives*, Vol. 21, Nr. 1/2007, 25.

Британска империја, покренули револуцију која је започета чувеном *Боснијском чајанком*.⁹

Кључни узрок анимозитета грађана према опорезивању је то што „се њиме задире у њихову економску и личну сферу“.¹⁰ С друге стране, избегавање плаћања пореза „умањује способност државе да ради и пружа адекватне услуге“.¹¹ Осим економских последица избегавања плаћања пореза, попут смањења расположивих буџетских прихода и нарушавања тржишне конкурентности, постоје и социјалне последице у виду јачања друштвене неједнакости и изазивања социјалних немира.¹² Свесне наведених чињеница, током историје државе се нису либиле да грађане који не извршавају пореске обавезе строго казне, некада и одузимањем живота.¹³ Одлуку о (не)плаћању пореза порески обвезници доносе под утицајем страха од потенцијалне казне, осећаја моралне одговорности и сопственог финансијског интереса.¹⁴

Избегавање плаћања пореза је у пореско-правној терминологији познато као *пореска евазија*. Може бити законита и незаконита, зависно од тога да ли приликом њеног спровођења порески обвезник крши пореске законе.¹⁵ Законита евазија, пак, и сама може бити неприхватљи-

9 N. Ermasova, C. Naumann, L. Burke, 116.

10 Сузана Димић, „Пореска утаја као најтежи облик пореске евазије – осврт на законодавство и праксу у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 90/2021, 78.

11 Müslüm Basılgan, Bryan Christiansen, „Taxpayers’ attitudes towards tax evasion in Latin American countries“, *Handbook of research on economic growth and technological change in Latin America* (ed. Bryan B. Christiansen), IGI Global, Hershey, 2014, 77.

12 Corina Maria Ene, Carmen Marilena Uzlău, Mariana Bălan, „Tax evasion-between legal and illegal. Mechanisms of the underground economy“, *Internal Auditing & Risk Management*, Vol. 6, Nr. 4/2011, 14.

13 Према Библији, оптужба да Исус подстиче Јевреје на неплаћање пореза Римској империји је била кључни разлог његовог заточења и каснијег погубљења. R. Hutchinson, 80; S. Benk, R. W. McGee, B. Yuzbasi, 203.

14 J. Slemrod, 25; Jeffrey A. Roth, John T. Scholz, Ann Dryden Witten, *Taxpayer Compliance, Volume 1: An Agenda for Research*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1989, наведено у Jeyapalan Kasipillai, Norhani Aripin, Noor Afza Amran, „The influence of education on tax avoidance and tax evasion“, *eJournal of Tax Research*, Vol. 1, Nr. 2/2003, 136.

15 Према члану 225 Кривичног законика (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019), под незаконитом пореском евазијом, односно пореском утајом, подразумева се давање лажних података, као и непријављивање и скривање података о чињеницама на основу којих се утврђује пореска обавеза, при чему је за квалификацију ових радњи као кривичног дела неопходно да износ неизвршене пореске обавезе буде изнад милион динара. Вид. и Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 43–51.

ва¹⁶ уколико порески обвезник реализује трансакцију која, иако формално законита, за законодавца је проблематична, јер је неприродна и искључиво намењена нелегитимном остварењу пореских уштеда.¹⁷

На ниво заступљености и интензитета пореске евазије утичу бројни фактори, од којих се у литератури издвајају: демографски, културолошки, бихевиорални, правни, институционални и економски.¹⁸ У наставку рада детаљније ће бити анализирано дејство наведених фактора на заступљеност, пре свега, незаконите пореске евазије у различитим државама и друштвима.

II Анализа фактора пореске евазије

1. Економски фактори пореске евазије

У економске факторе пореске евазије спадају макроекономска кретања, с једне стране, и однос користи и трошкова које пореска евазија доноси њеном реализатору, с друге стране. Кад је реч о макроекономским кретањима, истраживања показују да пад обима привредне активности директно доводи до повећања заступљености пореске евазије.¹⁹ С друге стране, сама пореска евазија доводи до успоравања привредног развоја, јер се држави ускраћују средства потребна за ефикасно пружање јавних услуга,²⁰ која се неретко надокнађују повећањем пореза,²¹ и самим тим додатним фискалним оптерећењем савесних пореских обвезника.

Инфлација и пореска евазија су, пак, позитивно корелисане, што значи да раст инфлације доводи до раста заступљености пореске евазије.²² Узрок наведеној појави налази се у томе што инфлација

16 Детаљнија анализа неприхватљиве законите евазије и политике њеног сузбијања је дата у: Д. Поповић, 43–51; Милева Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2009, 176–178; Милева Анђелковић, „Законита неприхватљива пореска евазија – проблеми дефинисања и спречавања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 67/2014, 79–97.

17 Вид. М. Анђелковић (2009), 176–177.

18 Hichem Khelif, Imen Achek, „The determinants of tax evasion: a literature review“, *International Journal of Law and Management*, Vol 57, Nr. 5/2015.

19 Albert Fishlow, Jorge Friedman, „Tax evasion, inflation and stabilization“, *Journal of Development Economics*, Vol. 43, Nr. 1/1994, 105; R. Hutchinson, 88.

20 Clemens Fuest, Nadine Riedel, *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries: A review of the literature*, Report prepared for the UK Department for International Development (DFID), 2009, 1.

21 Упор. Been-Lon Chen, „Tax evasion in a model of endogenous growth“, *Review of Economic Dynamics*, Vol. 6, Nr. 2/2003, наведено у D. Varvarigos, 964.

22 Rangan Gupta, Philton Makena, „Why must it always be so real with tax evasion?“, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, Nr. 78/2020, 306.

обезвређује приносе, па порески обвезници покушавају да изгубљено надокнаде избегавањем плаћања пореза.²³

На спремност пореских обвезника на пореску евазију, пак, утичу и процењене користи и трошкови које им та активност може донети.²⁴ Очување економске снаге, која се опорезивањем умањује, кључна је корист коју пореска евазија доноси њеном реализатору. Трошкови пореске евазије се тичу трансакционих трошкова неопходних за спровођење пореске евазије²⁵ и казни чији терет зависи од вероватноће откривања пореске евазије од стране пореских власти и висине прописане казне.²⁶ Сходно наведеном, високи трансакциони трошкови реализације пореске евазије, као и висока вероватноћа откривања овог преступа и кажњавања високим казнама доводе до смањења нивоа пореске евазије. На висину трошкова пореске евазије утичу и одлике самог пореског обвезника. Примера ради, трошкови пореске евазије за самозапослене су знатно нижи него за власнике предузећа, јер је пословање предузећа транспарентније, па им је теже да скривају чињенице битне за утврђивање висине пореске обавезе.²⁷

На основу датог приказа економских фактора пореске евазије, лако је закључити да је њихов изузетан значај непорецив. Ипак, истраживања показују да на пореску евазију снажније утичу некономски фактори.²⁸

2. Правни и институционални фактори пореске евазије

На ниво пореске евазије у једној држави битно утичу ефикасност и правичност њеног друштвеног, правног и пореског система, као и припадајућих институција. Да би се постигла друштвена аверзија према пореској евазији, неопходно је најпре изградити демократско друштво у којем грађани имају поверења у своју владу.²⁹ Такво друштво

23 Steven E. Crane, Farrokh Nourzad, „Inflation and tax evasion: An empirical analysis“, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 68, Nr. 2/1986, 218.

24 Детаљније вид. Michael G. Allingham, Agnar Sandmo, „Income tax evasion: A theoretical analysis“, *Taxation: critical perspectives on the world economy*, Nr. 1/1972, наведено у J. Slemrod, 36.

25 Вид. Jonathan Skinner, Joel Slemrod, „An economic perspective on tax evasion“, *National Tax Journal*, Vol. 38, Nr. 3/1985, 346.

26 S. E. Crane, F. Nourzad, 217, 222; М. Димитријевић, 34.

27 Вид. Per Engström, Bertil Holmlund, „Tax evasion and self-employment in a high-tax country: evidence from Sweden“, *Applied Economics*, Vol. 41, Nr. 19/2009, 2428–2429.

28 Grant Richardson, „Determinants of tax evasion: A cross-country investigation“, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 15, Nr. 2/2006, 164.

29 M. Basilgan, B. Christiansen, 102.

својим члановима пружа, „сигурно окружење које унапређује квалитет њиховог живота“, омогућава им да уживају личне и економске слободе, а предузећима обезбеђује услове за конкурентско надметање.³⁰ Њега карактерише низак ниво корупције, висок квалитет инфраструктуре и политика економске и еколошке одрживости.³¹ С друге стране, природно је да државе које пружају јавне услуге ниског квалитета³² имају висок ниво корупције, врше репресију, крше људска права и намећу високе порезе, суочавају се са проблемом високе заступљености пореске евазије.³³

Незаобилазан фактор пореске евазије је и ефикасност пореског система. Ваљан порески систем продукује минималне трошкове, како административне – тако и трошкове које порески систем намеће привреди и друштву кроз „дисторзију механизма конкурентских цена“.³⁴ Приликом креирања пореског система треба водити рачуна о политици пореских стопа, једноставности и транспарентности система и ефикасности примене мера присиле.³⁵

На ниво пореске евазије битно утиче *политика пореских стопа*. Истраживања показују да су, углавном, висина пореских стопа и ниво пореске евазије позитивно корелисани.³⁶ Ипак, раст пореских стопа не изазива неминовно раст нивоа пореске евазије, нарочито не у друштвима у којима порески обвезници сматрају да већина испуњава своје пореске обавезе и да је порески систем праведан.³⁷ Порески систем мора бити *једноставан* да би се дестимулишуће деловало на пореску евазију.³⁸ Порески систем чији су закони недовољно јасни и често се

30 Наведено према Ahmed Riahi-Belkaoui, „Relationship between tax compliance internationally and selected determinants of tax morale“, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 13, Nr. 2/2004, 141.

31 Наведено према Hichem Khelif, Achraf Guidara, Khaled Hussainey, „Sustainability level, corruption and tax evasion: a cross-country analysis“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 23, Nr. 2/2016, 328.

32 Наведено према Frank A. Cowell, James P. F. Gordon, „Unwillingness to pay: Tax evasion and public good provision“, *Journal of Public Economics*, Vol. 36, Nr. 3/1988, 320.

33 S. Benk, R. W. McGee, B. Yuzbasi, 203.

34 Agnar Sandmo, „The theory of tax evasion: A retrospective view“, *National Tax Journal*, Vol 58, Nr. 4/2005, 644.

35 Charles T. Clotfelter, „Tax evasion and tax rates: An analysis of individual returns“, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 65, Nr. 3/1983, 373.

36 Детаљније: C. T. Clotfelter, 373; Raymond Fisman, Shang-Jin Wei, „Tax rates and tax evasion: evidence from ‘missing imports in China‘“, *Journal of Political Economy*, Vol. 112, Nr. 2/2004, 493.

37 Наведено према Maciej A. Górecki, Natalia Letki, „Social norms moderate the effect of tax system on tax evasion: Evidence from a large-scale survey experiment“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 172, Nr. 4/2021, 727.

38 Наведено према G. Richardson, 2006, 151.

мењају, додатно финансијски и психички оптерећује пореске обвезнике.³⁹ Такође, неопходно је и да *транспарентно функционише*, како би се спречиле могуће злоупотребе. Оне се могу јавити приликом одобрења пореских кредита, ослобађања и олакшица, у којима у нетранспарентним пореским системима искључиво уживају привилеговани појединци и групе, а што коначно демотивише остале пореске обвезнике да доследно испуњавају своје пореске обавезе.⁴⁰

Дефинисање и поштовање пореске обавезе је важно правно питање. Испуњавање поменуте обавезе подразумева: истинито пријављивање пореске основице, тачан обрачун обавезе, благовремено подношење пријаве и благовремено плаћање доспелог износа.⁴¹ Пореска обавеза спада у најважније правне обавезе, па је стога неопходно да постоје *мере њисиле и адекватне казне* за оне који ту обавезу не испуњавају.⁴² За то постоји више разлога. *Прво*, казна, осим самом кажњавању, служи и дестимулисању прекршиоца да се поново одлучи на сличан прекршај.⁴³ *Друго*, спречава се ширење пореске евазије, јер је у супротном друштво прихвата као природну појаву и теже је спроводити њено сузбијање.⁴⁴ *Треће*, кажњавањем се указује на штетност пореске евазије, коју друштво често не перципира опасном у мери у којој она то јесте.⁴⁵ *Четврто*, висок ниво пореске евазије изазива раст трошкова пореског система и веће оптерећење савесних грађана,⁴⁶ што се кажњавањем несавесних пореских обвезника спречава. Међутим, тежња да се кажњавањем грађани одврате од пореске евазије може довести до увођења несразмерно високих казни.⁴⁷ Примена високих казни за спроводиоце пореске евазије може бити контрапродуктивна, јер отвара могућности за злоупотребе од стране корумпираних пореских службеника.⁴⁸ Одговорне судије, пак, свесне неоправдано високих казни, неретко избегавају да осуде осумњичене за пореске прекршаје, па се прекршиоци ређе кажњавају.⁴⁹ Сходно томе, казне су сврсисходне

39 Упор. С. Димић, 79.

40 С. Fuest, N. Riedel, 2.

41 Luigi A. Franzoni, „Tax evasion and tax compliance“, 1998, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=137430>, 20. 1. 2022, 5.

42 Упор. J. Slemrod, 25.

43 С. Димић, 90.

44 Упор. А. Sandmo, 660.

45 Упор. С. Димић, 82.

46 N. Ermasova, C. Naumann, L. Burke, 115.

47 J. Slemrod, 43.

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

и „друштвено прихватљиве“ једино уколико су прилагођене тежини начињеног кривичног дела.⁵⁰ С друге стране, у литератури постоје и препоруке да се порески обвезник за кога се, након спроведене контроле, утврди да није прекршио пореске законе, награди умањењем пореске обавезе.⁵¹ Поред тога, пореска евазија је далеко нижа у пореским системима који омогућавају пореском обвезнику да доведе у питање казну коју му је порески орган одредио, у поређењу са пореским системима где та могућност не постоји.⁵² На крају, репресивне фискалне мере могу бити ефикасне једино у комбинацији са превентивним фискалним мерама.⁵³

Ефикасност пореског система умањује и изражена асиметрична информисаност пореских обвезника и пореских власти о стварном економском положају пореског обвезника и висини његове пореске обавезе.⁵⁴ Један од начина да се овај проблем ублажи јесте чешће спровођење пореске контроле. Међутим, то само по себи није довољно, већ је потребно да се испуне бројни правни, кадровски и технички предуслови да би пореска контрола у потпуности испунила своју мисију.⁵⁵ Истраживања, пак, показују да је најефикасније решење за проблем асиметричне информисаности у пореском систему јачање сарадње пореских обвезника и пореских власти, где би се они међусобно перципирани не као сукобљене стране, већ као партнери.⁵⁶ Тога су свесни креатори савремених пореских система, који пореског обвезника не третирају као „потчињеног субјекта“, већ као „корисника пореских услуга“.⁵⁷

Сходно наведеном се може закључити да постоји снажан утицај правних и институционалних фактора на ниво пореске евазије. Међутим, истраживања показују да је ниво пореске евазије често нижи него што би се то на основу ефикасности правног и пореског система могло предвидети.⁵⁸

50 A. Sandmo, 660.

51 Helmuth Cremer, Firouz Gahvari, „Tax evasion and the optimum general income tax“, *Journal of Public Economics*, Vol. 60, Nr. 2/1996, 248.

52 Наведено према Lars P. Feld, Jean-Robert Tyran, „Tax evasion and voting: An experimental analysis“, *Kyklos*, Vol. 55, Nr. 2/2002, 218.

53 Вид. М. Димитријевић, 40.

54 Наведено према Н. Cremer, F. Gahvari, 236.

55 Детаљније L. A. Franzoni, 19.

56 Упор. М. Димитријевић, 39.

57 С. Димић, 80.

58 Наведено према L. P. Feld, J. R. Tyran, 217–218.

3. Демографски фактори пореске евазије

Демографски фактори пореске евазије обухватају пол, старост, ниво образовања и економски положај пореског обвезника. Истраживања показују да су мушкарци склонији пореској евазији него жене.⁵⁹ Овај закључак је преовлађујући, али не треба занемарити ни постојање изузетака кад су поједине земље у питању.⁶⁰ Спремност мушкараца да извршавају своје пореске обавезе битно зависи од могућности да за њихово неизвршење буду кажњени, што код жена није случај.⁶¹ Већу посвећеност жена поштовању пореских обавеза поједини аутори објашњавају тиме што су оне иначе етичније од мушкараца.⁶² Други, пак, потенцирају да мушкарцима сам друштвени систем нуди боље прилике за избегавање плаћања пореза.⁶³ На крају, и извори прихода имају своју улогу, јер су жене углавном запослене у државним и приватним институцијама и предузећима, док су мушкарци неретко samozапослени, што им пружа веће могућности за пореску евазију.⁶⁴

Истраживања показују да се припадници старије популације ређе одлучују на пореску евазију у поређењу са младима.⁶⁵ Та чињеница се објашњава већом етичношћу старијих особа.⁶⁶ Не треба, пак, занемарити

59 Dekeng Setyo Budiarto, Yennisa Yennisa, Rohmyati Widyaningrum, „Does religiosity improve tax compliance? An empirical research based from gender“, *Jurnal Dinamika Akuntansi*, Vol. 10, Nr. 1/2018, 88; Jeyapalan Kasipillai, Hijattullah Abdul-Jabbar, „Gender and ethnicity differences in tax compliance“, *Asian Academy of Management Journal*, Vol. 11, Nr. 2/2006, 84; Benno Torgler, Neven T. Valev, „Gender and public attitudes toward corruption and tax evasion“, *Contemporary Economic Policy*, Vol. 8, Nr. 4/2010, 563.

60 Детаљније Wei Wei, Robert W. McGee, „Gender and attitude toward the ethics of tax evasion: a comparison of European and Asian views“, 2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2743048>, 20. 1. 2022.

61 Наведено према John Hasseldine, Peggy A. Hite, „Framing, gender and tax compliance“, *Journal of Economic Psychology*, Vol. 24, Nr. 4/2003, 528–529.

62 D. S. Budiarto, Y. Yennisa, R. Widyaningrum, 88.

63 Наведено према Klarita Gërçhani, „Explaining gender differences in tax evasion: the case of Tirana, Albania“, *Feminist Economics*, Vol. 13, Nr. 2/2007, 146.

64 *Ibid.*

65 C. T. Clotfelter, 364; M. Basılgan, B. Christiansen, 102; Grant Richardson, „The determinants of tax evasion: A cross-country study“, *Financial crimes: Psychological, technological, and ethical issues* (eds. Michel Dion, David Weisstub, Jean-Loup Richet), Springer, Cham, 2016, 35.

66 Maryann Richardson, Adrian J. Sawyer, „A taxonomy of the tax compliance literature: further findings, problems and prospects“, *Australian Tax Forum*, Nr. 16/2001, наведено у Stephen Amponsah, Zangina Isshaq, Daniel Agyapong, „Determinants of tax stamp evasion in rural districts in Ghana: A case of Twifu Atti-Morkwa and Hemang lower Denkyira districts“, *International Journal of Law and Management*, Vol. 61, Nr. 1/2019, 84.

ни чињеницу да су млади спремнији на ризик и мање осетљиви на његове негативне последице, као ни специфичност периода у којем су различите генерације расле.⁶⁷

На однос пореских обвезника према пореској евазији утиче и ниво њиховог образовања. Виши ниво образовања по правилу води нижем нивоу пореске евазије.⁶⁸ Ипак, поједина истраживања показују да је однос нивоа образовања и спремности на пореску евазију различит у различитим земљама и да није могуће извући општи закључак по овом питању.⁶⁹ Јаснија повезаност, пак, постоји између нивоа пореског образовања и пореске евазије. Пракса је показала да раст нивоа пореског образовања води позитивнијем односу према пореском систему.⁷⁰ Стога, једна од мера за борбу против пореске евазије могу бити образовни програми усмерени на повећање знања грађана о пореском систему.⁷¹

Кад је економски положај пореских обвезника у питању, приметно је да су имућнији чланови друштва склонији пореској евазији у односу на остале. Они, уз помоћ својих правних и финансијских саветника, имају далеко веће могућности да избегну плаћање пореза, притом поштујући законске одредбе.⁷² Поред тога, са растом количине расположивог новца, неретко расте и самопоуздање појединца и његова спремност да крши законе, између осталих и пореске.⁷³ Попут имућних, пореској евазији су склони и појединци који остварују ниске приходе, док се на пореску евазију најређе одлучују они чији је приход на средњем нивоу.⁷⁴

67 G. Richardson (2016), 35.

68 G. Richardson (2006), 151; M. Baslган, B. Christiansen, 102.

69 Детаљније Adriana Ross, Robert W. McGee, „Education level and ethical attitude toward tax evasion: A six-country study“, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Vol. 15, Nr. 2/2012.

70 Lars Fallan, „Gender, exposure to tax knowledge, and attitudes towards taxation; an experimental approach“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 18, Nr. 2/1999.

71 J. Kasipillai, H. Abdul-Jabbar, 85.

72 J. Slemrod, 30; Prem Sikka, „Smoke and mirrors: Corporate social responsibility and tax avoidance“, *Accounting Forum*, Vol. 34, Nr. 3–4/2010; Prem Sikka, „The hand of accounting and accountancy firms in deepening income and wealth inequalities and the economic crisis: Some evidence“, *Critical Perspectives on Accounting*, Nr. 30/2015, наведено у William E. Shafer, Zhihong Wang, Tien-Shih Hsieh, „Support for Economic Inequality and Tax Evasion“, *Sustainability*, Vol. 12, Nr. 19/2020, 1.

73 Наведено према D. S. Budiarto, Y. Yennisa, R. Widyaningrum, 87.

74 G. Richardson (2006), 152.

4. Културолошки и бихевиорални фактори пореске евазије

Културолошки и бихевиорални фактори пореске евазије тичу се културолошких, религијских и политичких убеђења пореских обвезника. Културолошке норме које порески обвезник следи битно одређују његов однос према пореским обавезама.⁷⁵ Посебно треба истаћи утицај националне културе на ниво пореске евазије.⁷⁶ Основа за анализу утицаја културолошких убеђења на понашање појединца је модел који је развио *Geert Hofstede*,⁷⁷ дефинисавши четири димензије националне културе: индивидуализам наспрот колективизму, маскулинитет наспрот феминитету, избегавање несигурности и дистанца моћи. Бројна истраживања су се бавила односом наведених димензија културе и склоности ка пореској евазији. Поједина истраживања су показала да је склоност ка пореској евазији већа у друштвима у којима су изражени колективизам, маскулинитет, избегавање несигурности и дистанца моћи.⁷⁸ Наведени закључак углавном је потврђен и у осталим истраживањима, осим кад је у питању маскулинитет, за који се у њима наводи да је у негативној корелацији са пореском евазијом.⁷⁹ То се објашњава тврдњом да су „маскулине културе оне које траже признање друштва“,⁸⁰ па стога постоји мања спремност да се ради на његову штету. Осим утицаја националне културе на порески морал појединца, постоје и истраживања пореског морала мултинационалних компанија која узимају у обзир националну културу доминантну у државама у којима је седиште ових компанија. Њихов је закључак да су мултинационалне компаније, чије је седиште у земљама у којима доминирају индивидуализам, феминитет, избегавање неизвесности и висок ниво дистанце моћи, склоније испуњавању својих пореских обавеза.⁸¹

75 Наведено према D. Varvarigos, 988; I Nyoman Kusuma Adnyana Mahaputra, Ni Wayan Rustiarini, Ni Putu Nita Anggraini, I Made Sudiartana, „National culture and perceived ethics of tax evasion: The case of Bali province“, *Journal of Economics, Business & Accountancy Ventura*, Vol. 21, Nr. 1/2018, 90.

76 Наведено према Charles W. Bame-Aldred, John B. Cullen, Kelly D. Martin, Praveen Parboteeah, „National culture and firm-level tax evasion“, *Journal of Business Research*, Vol. 66, Nr. 3/2013, 391.

77 Geert Hofstede, *Culture's consequences: International differences in work related values*, SAGE, Beverly Hills, 1980.

78 I. N. K. A. Mahaputra, N. W. Rustiarini, N. P. N. Anggraini, I. M. Sudiartana, 98.

79 Fatih Deyneli, „Analyzing the Relationship between National Cultural Dimensions and Tax Morale“, *Journal of Alanya Faculty of Business/Alanya İletme Fakültesi Dergisi*, Vol. 6, Nr. 2/2014, 61.

80 R. Hutchinson, 89.

81 Наведено према Ji Seon Yoo, Ye Ji Lee, „National Culture and Tax Avoidance of Multinational Corporations“, *Sustainability*, Vol. 11, Nr. 24/2019.

Утицајем културе на понашање појединца бави се и *институционална теорија аномије*, која, специфицира културне вредности које генеришу девијантно понашање, сугеришући да отуђивање од друштвених правила и норми може доживети процват под утицајем одређених културних система.⁸² Наведена теорија, такође, дефинише четири културолошке димензије: индивидуализам, оријентацију на постигнуће, асертивност и хуману оријентацију. Истраживање показује да је ниво пореске евазије у позитивној корелацији са индивидуализмом, оријентацијом на постигнуће и асертивношћу, док је у негативној корелацији са хуманом оријентацијом.⁸³

О утицају религије, како на општи, тако и на порески морал појединца, јединствен став стручне јавности не постоји. Поједина истраживања⁸⁴ показују да је религиозност битан фактор етичности, друга, пак, ту тврдњу оповргавају,⁸⁵ док трећа показују да прокламована религиозност није снажан фактор етичности ако није праћена практиковањем религије.⁸⁶ Кад се говори о плаћању пореза као моралној обавези, постоје четири гледишта:⁸⁷ 1. плаћање пореза је морална обавеза; 2. не постоји морална обавеза да се порез плаћа; 3. избегавање плаћања пореза може бити етично или неетично, зависно од околности; и 4. постоји морална обавеза да се порез не плаћа. Анализе односа припадника три велике монотеистичке религије – јудаизма,⁸⁸ хришћанства⁸⁹ и ислама,⁹⁰ према пореској евазији показују да постоје

82 Steven F. Messner, Richard Rosenfeld, „Political restraint of the market and levels of criminal homicide: A cross-national application of institutional-anomie theory“, *Social Forces*, Vol. 75, Nr. 4/1997; Steven F. Messner, Richard Rosenfeld, *Crime and the American dream*, Wadsworth, Belmont, 2001, наведено у C. W. Bame-Aldred, J. B. Cullen, K. D. Martin, P. Parboteeah, 391.

83 C. W. Bame-Aldred, J. B. Cullen, K. D. Martin, P. Parboteeah, 391.

84 Justin G. Longenecker, Joseph A. McKinney, Carlos W. Moore, „Religious Intensity, Evangelical Christianity, and Business Ethics: An Empirical Study“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 55, Nr. 4/2004, наведено у D. S. Budiarto, Y. Yennisa, R. Widyaningrum, 84.

85 Alan G. Walker, James W. Smither, Jason DeBode, „The Effects of Religiosity on Ethical Judgments“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 106, Nr. 4/2012, наведено у D. S. Budiarto, Y. Yennisa, R. Widyaningrum, 84.

86 Наведено према Wadim Strielkowski, Inna Čábelková, „Religion, culture, and tax evasion: Evidence from the Czech Republic“, *Religions*, Vol. 6, Nr. 2/2015, 667.

87 S. Benk, R. W. McGee, B. Yuzbasi, 203–205.

88 Вид. Robert W. McGee, Gordon Cohn, *Jewish Perspectives on the Ethics of Tax Evasion*, Andreas School of Business Working Paper, 2006.

89 Вид. Robert W. McGee, Serkan Benk, „Christian attitudes toward ethics of tax evasion: a case study“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 26, Nr. 1/2019.

90 Вид. Robert W. McGee, „The ethics of tax evasion and trade protectionism from an Islamic perspective“, 1997, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=461397>, 22. 1. 2022.

разлике у њиховом ставу зависно од тога којој потконфесији и струји наведених религија испитаници припадају. Схватање пореског морала може се разликовати код припадника исте религије и потконфесије, зависно и од државе и региона у којима они живе.⁹¹ Иако је тешко извући општи закључак, у наведеним истраживањима је показано да већина испитаника подржава треће гледиште по питању обавезности плаћања пореза.

Кад је реч о политичким уверењима, на пореску евазију се чешће одлучују конзервативци,⁹² поборници економске неједнакости и макијавелизма,⁹³ као и противници политике коју држава спроводи.⁹⁴

III Закључак

Пореска евазија угрожава стабилно финансирање јавног сектора, па је сагледавање фактора који доводе до њене појаве и утичу на њену заступљеност од круцијалног значаја за савремене државе. Истраживања су показала да се по значају издвајају четири фактора пореске евазије: економски, правни и институционални, демографски и културолошки и бихевиорални. Опадање привредне активности и раст инфлације подстицајно делују на пореску евазију. Пореска евазија може донети значајне економске користи њеном спроводиоцу, али га и оптеретити трошковима њеног спровођења и, потенцијално, казнама.

Кажњавање пореских преступника може бити ефикасан инструмент за сузбијање пореске евазије уколико су испуњени одређени предуслови, у виду постојања праведног и подстицајног друштвеног и правног система, ваљаног пореског система, као и прилагођености висине казни тежини преступа. Кад су демографске одлике пореских обвезника у питању, пореској евазији су склонији мушкарци у односу на жене, млади у односу на старије, имућни у односу на остале. По питању културолошких фактора, пак, не постоји консензус међу истраживачима, али преовладава став да је пореска евазија заступљенија у друштвима у којима доминирају колективизам, избегавање несигурности и дистанца моћи, док је правац утицаја маскулинитета на пореску евазију

91 Наведено према S. Benk, R. W. McGee, B. Yuzbasi, 212–213.

92 Ruben Durante, Louis Putterman, Joël Van der Weele, „Preferences for redistribution and perception of fairness: An experimental study“, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 12, Nr. 4/2014, наведено у W. E. Shafer, Z. Wang, T. S. Hsieh, 3.

93 W. E. Shafer, Z. Wang, T. S. Hsieh, 12.

94 Julie Berry Cullen, Nicholas Turner, Ebonya Washington, *Political alignment, attitudes toward government and tax evasion*, No. w24323, National Bureau of Economic Research, 2018, 27.

предмет неслагања. С друге стране, религија нема утицај на порески морал појединаца који је активно не практикују. На крају, и политичка уверења утичу на одлуку о (не)извршењу пореских обавеза, па тако конзервативци, поборници економске неједнакости и макијавелизма, као и противници политике коју држава спроводи, чешће се одлучују на пореску евазију него њихови политички опоненти.

Коришћена литература

- Allingham Michael G., Sandmo Agnar, „Income tax evasion: A theoretical analysis“, *Taxation: Critical Perspectives on the World Economy*, Vol. 1, Nr. 3–4/1972.
- Amponsah Stephen, Isshaq Zangina, Agyapong Daniel, „Determinants of tax stamp evasion in rural districts in Ghana: A case of Twifu Atti-Morkwa and Hemang lower Denkyira districts“, *International Journal of Law and Management*, Vol. 61, Nr. 1/2019.
- Анђелковић Милева, „Законита неприхватљива пореска евазија – проблеми дефинисања и спречавања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 67/2014. (Anđelković Mileva, „Zakonita neprihvatljiva poreska evazija – problemi definisanja i sprečavanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 67/2014)
- Анђелковић Милева, *Јавне финансије и финансијско право*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2009. (Anđelković Mileva, *Javne finansije i finansijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2009)
- Bame-Aldred Charles W., Cullen John B., Martin Kelly D., Parboteeah Praveen, „National culture and firm-level tax evasion“, *Journal of Business Research*, Vol. 66, Nr. 3/2013.
- Basilgan Müslüm, Christiansen Bryan, „Taxpayers’ attitudes towards tax evasion in Latin American countries“, *Handbook of research on economic growth and technological change in Latin America* (ed. Bryan B. Christiansen), IGI Global, Hershey, 2014.
- Benk Serkan, McGee Robert W., Yuzbasi Bahadir, „How religions affect attitudes toward ethics of tax evasion? A comparative and demographic analysis“, *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, Vol. 14, Nr. 41/2015.
- Budiarto Dekeng Setyo, Yennisa Yennisa, Widyaningrum Rohmyati, „Does religiosity improve tax compliance? An empirical research based from gender“, *Jurnal Dinamika Akuntansi*, Vol. 10, Nr. 1/2018.
- Varvarigos Dimitrios, „Cultural norms, the persistence of tax evasion, and economic growth“, *Economic Theory*, Vol. 63, Nr. 4/2017.

- Видовић Никола, Бериша Хатиџа, Џелетовић Миленко, „Економска анализа проблематике пореске евазије у Републици Србији“, *Војно дело*, бр. 2/2019. (Vidović Nikola, Beriša Hatidža, Dželetović Milenko, „Ekonomska analiza problematike poreske evazije u Republici Srbiji“, *Vojno delo*, br. 2/2019)
- Gërxfhani Klarita, „Explaining gender differences in tax evasion: the case of Tirana, Albania“, *Feminist Economics*, Vol. 13, Nr. 2/2007.
- Górecki Maciej A., Letki Natalia, „Social norms moderate the effect of tax system on tax evasion: Evidence from a large-scale survey experiment“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 172, Nr. 4/2021.
- Gupta Rangan, Makena Philton, „Why must it always be so real with tax evasion?“, *The Quarterly Review of Economics and Finance*, Nr. 78/2020.
- Danopoulos Constantine P., Znidaric Boris, „Informal economy, tax evasion, and poverty in a democratic setting: Greece“, *Mediterranean Quarterly*, Vol. 18, Nr. 2/2007.
- Deyneli Fatih, „Analyzing the Relationship between National Cultural Dimensions and Tax Morale“, *Journal of Alanya Faculty of Business/Alanya İletme Fakültesi Dergisi*, Vol. 6, Nr. 2/2014.
- Димитријевић Марина, „Дизајнирање делотворне политике спречавања пореске евазије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 84/2019. (Dimitrijević Marina, „Dizajniranje delotvorne politike sprečavanja poreske evazije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 84/2019)
- Димић Сузана, „Пореска утаја као најтежи облик пореске евазије – осврт на законодавство и праксу у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 90/2021. (Dimić Suzana, „Poreska utaja kao najteži oblik poreske evazije – osvrt na zakonodavstvo i praksu u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 90/2021)
- Durante Ruben, Putterman Louis, Van der Weele Joël, „Preferences for redistribution and perception of fairness: An experimental study“, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 12, Nr. 4/2014.
- Ene Corina Maria, Uzlău Carmen Marilena, Bălan Mariana, „Tax evasion-between legal and illegal. Mechanisms of the underground economy“, *Internal Auditing & Risk Management*, Vol. 6, Nr. 4/2011.
- Engström Per, Holmlund Bertil, „Tax evasion and self-employment in a high-tax country: evidence from Sweden“, *Applied Economics*, Vol. 41, Nr. 19/2009.
- Ermasova Natalia, Haumann Christian, Burke Laura, „The relationship between culture and tax evasion across countries: Cases of the USA and Germany“, *International Journal of Public Administration*, Vol. 44, Nr. 2/2021.

- Kasipillai Jeyapalan, Abdul-Jabbar Hijattullah, „Gender and ethnicity differences in tax compliance“, *Asian Academy of Management Journal*, Vol. 11, Nr. 2/2006.
- Kasipillai Jeyapalan, Aripin Norhani, Amran Noor Afza, „The influence of education on tax avoidance and tax evasion“, *eJournal of Tax Research*, vol. 1, Nr. 2/2003.
- Khelif Hichem, Achek Imen, „The determinants of tax evasion: a literature review“, *International Journal of Law and Management*, Vol. 57, Nr. 5/2015.
- Khelif Hichem, Guidara Achraf, Hussainey Khaled, „Sustainability level, corruption and tax evasion: a cross-country analysis“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 23, Nr. 2/2016.
- Longenecker Justin G., McKinney Joseph A., Moore Carlos W., „Religious Intensity, Evangelical Christianity, and Business Ethics: An Empirical Study“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 5, Nr. 4/2004.
- Mahaputra I Nyoman Kusuma Adnyana, Rustiarini Ni Wayan, Anggraini Ni Putu Nita, Sudiartana I Made, „National culture and perceived ethics of tax evasion: The case of Bali province“, *Journal of Economics, Business & Accountancy Ventura*, Vol. 21, Nr. 1/2018.
- McGee Robert W., „The ethics of tax evasion and trade protectionism from an Islamic perspective“, 1997, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=461397>, 22. 1. 2022.
- McGee Robert W., Benk Serkan, „Christian attitudes toward ethics of tax evasion: a case study“, *Journal of Financial Crime*, Vol. 26, Nr. 1/2019.
- McGee Robert W., Cohn Gordon, *Jewish Perspectives on the Ethics of Tax Evasion*, Andreas School of Business Working Paper, 2006.
- Messner Steven F., Rosenfeld Richard, „Political restraint of the market and levels of criminal homicide: A cross-national application of institutional-anomie theory“, *Social Forces*, Vol. 75, Nr. 4/1997.
- Messner Steven F., Rosenfeld Richard, *Crime and the American dream*, Wadsworth, Belmont, 2001.
- Поповић Дејан, *Пореско њраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008. (Popović Dejan, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008)
- Riahi-Belkaoui Ahmed, „Relationship between tax compliance internationally and selected determinants of tax morale“, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 13, Nr. 2/2004.
- Richardson Grant, „Determinants of tax evasion: A cross-country investigation“, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, Vol. 16, Nr. 2/2006.

- Richardson Grant, „The determinants of tax evasion: A cross-country study“, *Financial crimes: Psychological, technological, and ethical issues* (eds. Michel Dion, David Weisstub, Jean-Loup Richet), Springer, Cham, 2016.
- Richardson Maryann, Sawyer Adrian J., „A taxonomy of the tax compliance literature: further findings, problems and prospects“, *Australian Tax Forum*, Nr. 16/2001.
- Ross Adriana, McGee Robert W., „Education level and ethical attitude toward tax evasion: A six-country study“, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Vol. 15, Nr. 2/2012.
- Roth Jeffrey A., Scholz John T., Witten Ann Dryden, *Taxpayer Compliance, Volume 1: An Agenda for Research*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1989.
- Sandmo Agnar, „The theory of tax evasion: A retrospective view“, *National Tax Journal*, Vol. 58, Nr. 4/2005.
- Shafer William E., Wang Zhihong, Hsieh Tien-Shih, „Support for Economic Inequality and Tax Evasion“, *Sustainability*, Vol. 12, Nr. 19/2020.
- Sharlach Tonia M., *Provincial taxation and the UR III state*, Brill, Leiden, 2004.
- Sikka Prem, „Smoke and mirrors: Corporate social responsibility and tax avoidance“, *Accounting Forum*, Vol. 34, Nr. 3–4/2010.
- Sikka Prem, „The hand of accounting and accountancy firms in deepening income and wealth inequalities and the economic crisis: Some evidence“, *Critical Perspectives on Accounting*, Nr. 30/2015.
- Skinner Jonathan, Slemrod Joel, „An economic perspective on tax evasion“, *National Tax Journal*, Vol. 38, Nr. 3/1985.
- Slemrod Joel, „Cheating ourselves: The economics of tax evasion“, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 21, Nr. 1/2007.
- Stiglitz, Joseph E., „The general theory of tax avoidance“, *National Tax Journal*, Vol. 38, Nr. 3/1985.
- Strielkowski Wadim, Čábelková Inna, „Religion, culture, and tax evasion: Evidence from the Czech Republic“, *Religions*, Vol. 6, Nr. 2/2015.
- Torgler Benno, Valev Neven T., „Gender and public attitudes toward corruption and tax evasion“, *Contemporary Economic Policy*, Vol. 28, Nr. 4/2010.
- Fallan Lars, „Gender, exposure to tax knowledge, and attitudes towards taxation; an experimental approach“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 18, Nr. 2/1999.
- Feld Lars P., Tyran Jean-Robert, „Tax evasion and voting: An experimental analysis“, *Kyklos*, Vol. 55, Nr. 2/2002.

- Fishlow Albert, Friedman Jorge, „Tax evasion, inflation and stabilization“, *Journal of Development Economics*, Vol. 43, Nr. 1/1994.
- Fisman Raymond, Wei Shang-Jin, „Tax rates and tax evasion: evidence from ‘missing imports in China’“, *Journal of Political Economy*, Vol. 112, Nr. 2/2004.
- Franzoni Luigi A., Tax evasion and tax compliance, 1998, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=137430>, 20. 1. 2022.
- Fuest Clemens, Riedel Nadine, *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries: A review of the literature*, Report prepared for the UK Department for International Development (DFID), 2009.
- Hasseldine John, Hite Peggy A., „Framing, gender and tax compliance“, *Journal of Economic Psychology*, Vol. 24, Nr. 4/2003.
- Hofstede Geert, *Culture’s consequences: International differences in work related values*, SAGE, Beverly Hills, 1980.
- Hutchinson Robert, „Culture versus structure: A critical perspective on the role of culture in tax evasion“, *Accounting Historians Journal*, Vol. 46, Nr. 1/2019.
- Chen Been-Lon, „Tax evasion in a model of endogenous growth“, *Review of Economic Dynamics*, Vol. 6, Nr. 2/2003.
- Clotfelter Charles T., „Tax evasion and tax rates: An analysis of individual returns“, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 65, Nr. 3/1983.
- Cowell Frank A., Gordon James P. F., „Unwillingness to pay: Tax evasion and public good provision“, *Journal of Public Economics*, Vol. 36, Nr. 3/1988.
- Crane Steven E., Nourzad Farrokh, „Inflation and tax evasion: An empirical analysis“, *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 68, Nr. 2/1986.
- Cremer Helmuth, Gahvari Firouz, „Tax evasion and the optimum general income tax“, *Journal of Public Economics*, Vol. 60, Nr. 2/1996.
- Cullen Julie Berry, Turner Nicholas, Washington Ebonya, *Political alignment, attitudes toward government and tax evasion*, No. w24323, National Bureau of Economic Research, 2018.
- Walker Alan G., Smither James W., DeBode Jason, „The Effects of Religiosity on Ethical Judgments“, *Journal of Business Ethics*, Vol. 106, Nr. 4/2012.
- Webber Carolyn, Wildavsky Aaron, *History of Taxation and Expenditure in the Western World*, Simon & Schuster, New York, 1986.
- Wei Wei, McGee Robert W., „Gender and attitude toward the ethics of tax evasion: a comparison of European and Asian views“, 2015, доступно на адреси: <https://ssrn.com/abstract=2743048>, 20. 1. 2022.
- Yoo Ji Seon, Lee Ye Ji, „National Culture and Tax Avoidance of Multinational Corporations“, *Sustainability*, Vol. 11, Nr. 24/2019.

Ahmedin LEKPEK, PhD
Assistant Professor at the State University of Novi Pazar
Department of Economics Sciences, Serbia

FACTORS OF TAX EVASION

Summary

Tax evasion is an issue of great economic and legal importance. Its high level of representation leads to a reduction in available public revenues and government capacity to adequately provide public services. Also, the implementation of tax evasion violates tax laws and endangers the constitutionally guaranteed right of government to collect taxes. This paper will analyze the factors that affect the level of tax evasion: economic, legal, and institutional, demographic, and cultural and behavioral. The goal of this paper is to determine the intensity of their influence so that tax policymakers, professionals, and academics can identify the most important factors and define valid measures to combat tax evasion. Although economic factors were expected to have a key impact, the role of non-economic factors turned out to be more critical.

Key words: *Tax Evasion. – Economic Factors. – Legal and Institutional Factors. – Demographic Factors. – Cultural and Behavioral Factors.*

Датум пријема рада: 9. 2. 2022.

Датум прихватања рада: 28. 2. 2022.

УДК: 349.2 ; 343.85:343.62-057.16

CERIF: S 146

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22105A

др *Слађана М. ГЛИГОРИЋ**

консултант Лаура консалтинг доо, асистент и сарадник на Правном факултету за привреду и правосуђе, Србија

ПРАВНА ЗАШТИТА ОД ЗЛОСТАВЉАЊА НА РАДУ У ДОМАЋЕМ И МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ**

Сажетак

Злостављање на раду је раднојравни проблем, који актуелности добија последњих деценија, паралелно са развојем неолибералног капитализма и глобализације, који заједно узрокују флексибилизацију у сфери рада. У таквим условима рада, када је радно место теже очувати, други запослени и послодавац се користе бројним недозвољеним методама, малтретирајући колеге, како би их психички сломили да би најуспели радну средину. Закон о сјечавању злостављања на раду имамо више од деценију. Садржи мањкавости уз добра решења. Ефикасности јравне заштите од злостављања на раду у радној средини зависи умногме од позиције послодавца. Инијерни поступак посредовања је ефикасан метод за сјечавање злостављања на раду код послодавца који одржавају квалитетне међуљудске односе у колективу, док неретко јредсјавља и метод за задовољење форме закона. Применом историјској, социолошкој

* Електронска адреса аутора: g.sladja@yahoo.com.

** Рад је настао на основу докторске дисертације: *Слађана Глигорић, Злостављање на раду – кључни раднојравни аспекти*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021.

и ујоредној методу, уз осврт на међународне радне стандарде, Конвенцију број 190 и Прејоруку број 206 и евројске комунијтарне стандарде, настојали смо да ујујимо јредлоје законодавцу ради унајређења јостојећеј нормативној оквира.

Кључне речи: Злостављање на раду. – Правна заштитија од злостављања на раду у срјском јраву. – Међународни радни стандарди. – Евројски комунијтарни стандарди.

I Увод

Злостављање на раду представља радноправни, друштвени и медицински феномен, који производи многобројне тешке последице по жртву. Циљ злостављања на раду је да се запослени психички измучи различитим понашањима и активностима или уздржавањем од истих. Тиме се вређа углед, професионални интегритет, достојанство и здравље запослених. Терминолошки израз који се користи за означавање појма злостављања на раду разликује се од државе до државе услед различитих нормативних оквира, али и због гео-културолошких особености, па се тако израз *workplace bullying* употребљава у Аустралији, Великој Британији и Америци (англосаксонско право), израз *harcèlement morale* користи се у Француској, *harcèlement psychologique* (психолошко узнемиравање) у Белгији и Квебеку, у скандинавским земљама и Немачкој употребљава се израз *mobbing*.¹ Изрази који се најчешће користе су мобинг, узнемиравање, психичко узнемиравање, дискриминаторско узнемиравање, психолошки терор, виктимизација, насиље на раду. Сексуално узнемиравање се посматра као облик злостављања на раду, иако постоје аутори који искључују сексуалне акте и понашања из појма злостављања на раду, попут аутора који се први бавио појмом злостављања на раду на научном нивоу – Хајнца Лајмана (*Heinz Leymann*). Он употребљава израз психолошки терор у радном окружењу, који укључује непријатељску или неетичку комуникацију, која је на систематичан начин усмерена од стране једног или више лица претежно према једном лицу, које је услед тога доведено у позицију беспомоћности или немогућности да се одбрани и које се у том положају задржава континуираним активностима злостављања.² У енглеском језику уз израз мобинг (*mobbing*) користи се и израз булинг

1 Katherine Lippel, „The Law of workplace bullying: an international overview“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 32, Nr. 1/2010, 1–2.

2 Leymann.se, Leymann in English, доступно на адреси: <http://www.leymann.se/English/frame.html>, 6. 1. 2022.

(*bullying*), који подразумева физичко насиље и претњу, и који се везује за насиље у школама које врше ђаци једни над другима. Са друге стране, мобингом се објашњавају понашања одраслих лица која настају на раду и у току радног односа.

У нашем нормативном оквиру законодавац користи израз „злостављање на раду“. У питању је тешка и јака реч, која одсликава сву силу непријатељских и узнемиравајућих понашања које предузима извршилац злостављања према жртви у радној средини. То су психолошка мучења и противправна понашања која дуже трају, или се одвијају са високом учесталости у кратком периоду, узрокујући тешке последице, често и трајне поремећаје здравља жртве злостављања на раду, угрожавајући тиме општу добробит и благостање појединца. Злостављач то редовно чини јер осећа завист и љубомору према жртви (због њеног знања, физичког изгледа, квалификације итд.), или то чини јер жели да јој нанесе штету или оствари неку лукративну корист. Израз злостављање на раду чини се примереним само за неке, прецизније, за најтеже облике психичког узнемиравања, будући да означава рђаво или нечовечно понашање према другом, односно мучење и малтретирање другог.³ Лице које врши злостављање на раду или пак група лица, се о коме на жртву/е, психички је малтретирајући, са циљем да се жртва натера да напусти радну средину.

Најновији међународни радни стандарди, Конвенција број 190 и Препорука број 206, употребљавају израз „узнемиравање“. Овај израз представља неутралнији израз, примеренији и за наш нормативни оквир. Са друге стране, израз „мобинг“ користи се у колоквијалном језику у нашој држави, док је у црногорском праву у употреби у тексту закона, али не и у наслову, где се користи израз „злостављање на раду“.

II Злостављање на раду у правним изворима међународног и регионалног права

1. Међународни радни стандарди заштите од злостављања на раду

Међународна организација рада представља специјализовану агенцију Уједињених нација, која је установљена међународним споразумом, са посебним статусом и специфичношћу трипартитног састава (представници влада држава чланица, организација послодаваца и радника учествују у раду њених главних органа – Опште конференције рада

3 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, 472.

и Административног савета).⁴ Специфичност ове организације огледа се у универзалности, јер се под њеним окриљем доносе универзални међународни радни и социјални стандарди, којима се настоји остварити свеопшти циљ организације – трајни мир заснован на социјалној правди.⁵

До 2019. године, када је донета Конвенција број 190 и Препорука број 206, заштита од злостављања на раду била је обезбеђена посредно, путем заштите здравља и безбедности на раду и заштите од дискриминације, и то Конвенцијом број 111 од 1958. године, којом се прописује забрана дискриминације по многим правним основима, међу којима је и пол. Надаље, Конвенција број 155 о заштити на раду, здравственој заштити и радној средини прописује да се изразом здравље на раду не указује само на одсуство болести, односно слабости, него и на физичке и менталне елементе који утичу на здравље, а који су директно повезани са хигијенско-техничком заштитом на раду.⁶ Од послодаваца, отуд, треба захтевати да обезбеде, колико је то могуће, да радна места, машине, опрема и процеси под њиховом контролом буду безбедни и безопасни за здравље.⁷ Очувањем здравља, обезбеђује се заштита и опште добробити радника, физичког и психичког здравља.

Како је злостављање на раду попримило широку заступљеност у сфери рада и радних односа, а имајући у виду погубне последице ове појаве по здравље жртве, њено радно, породично и друштвено окружење, потреба за доношењем међународних радних стандарда у овој области, постала је неминовност. Сходно томе, на годишњој конференцији Међународне организације рада у Женеви 2019. године усвојене су Конвенција број 190 о елиминацији насиља и узнемиравања⁸ и Препорука број 206, којима је питање злостављања на раду непосредно уређено.

Текст усвојене Конвенције и Препоруке, које се односе на елиминацију насиља и узнемиравања у свету рада, заснивају се на Закључцима које је усвојила Међународна конференција рада након прве расправе одржане на 107. седници од маја до јуна 2018. године.⁹ Конвенцијом се обезбеђује заштита од насиља и узнемиравања на раду за лица у радном

4 Боровоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, 60.

5 С. Глигорић, 159.

6 Конвенција број 155 о заштити на раду, здравственој заштити и радној средини, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/87, чл. 3.

7 Конвенција број 155 о заштити на раду, здравственој заштити и радној средини, чл. 16.

8 Конвенција број 190 о елиминацији насиља и узнемиравања (*Violence and Harassment Convention, 2019 [No. 190]*); Препорука број 206 уз Конвенцију број 190 о елиминацији насиља и узнемиравања (*Recommendation No. 206*).

9 ILO, *Ending violence and harassment in the world of work*, Report V (1), Geneva, 2019, 3.

односу, али и за лица која раде ван радног односа, и то за приправнике, стажисте, волонтере, лица на обуци, лица у поступку запошљавања и лица којима је престао радни однос. Расправљајући, пре усвајања Конвенције и Препоруке, о синтагми „свет рада“ у изразу насиље и узнемиравање у свету рада, утврђено је да се овај израз односи и на јавни и приватни простор, како би заштита била обезбеђена и за лица која раде од куће и за уличне продавце.¹⁰ Исто вреди и за раднике у неформалној економији, који представљају 60% свих радника у свету, а који су посебно изложени насиљу и узнемиравању на раду.¹¹ Многи од њих, попут уличних продаваца и превозника отпада, суочавају се са узнемиравањем од стране представника јавних власти у виду одузимања робе, захтевања сексуалних услуга или присилне промене места рада.¹²

Конвенцијом и Препоруком предвиђа се инклузивни, интегрисани, родно одговорни приступ превенцији и елиминацији насиља и узнемиравања у свету рада, уз ближе дефинисање појаве насиља и узнемиравања на раду. Државама је остављено да, било у оквиру посебног закона, или у оквиру постојећих закона о раду, закона о безбедности и здрављу на раду, закона о родној равноправности и дискриминацији или, тамо где је то погодно, у оквиру кривичног закона – пропишу заштиту од узнемиравања и насиља на раду.¹³ Конвенција је у примени, будући да су ратификациони инструменти две државе регистровани код генералног директора Међународног бироа рада. Република Србија има монистички систем ратификације међународних уговора и конвенција. Сходно томе, чин ратификације ове Конвенције у Скупштини Републике Србије је неопходан да би се Конвенција преточила у унутрашње право.

Израз „насиље и узнемиравање“ у свету рада, у смислу одредаба Конвенције, односи се на лепезу неприхватљивих понашања и пракси, или претњу таквим понашањима, без обзира на то да ли су она једнократна или се понављају, а која за циљ имају, резултирају или ће вероватно резултирати физичком, психолошком, сексуалном или економском повредом, односно штетом. Ова понашања укључују и родно засновано насиље и узнемиравање под којим се подразумевају насиље и узнемиравање одређених лица због њиховог пола или рода, или насиље или узнемиравање које диспропорционално погађа лица одређеног пола или рода, и подразумева и сексуално узнемиравање.¹⁴ Места на раду, на

10 *Ibid*, 5.

11 *Ibid*.

12 International Labour Conference, *Fifth item on the agenda: Violence and harassment in the world of work*, Geneva, 2019, 51.

13 С. Глигорић, 159.

14 Конвенција о елиминацији насиља и узнемиравања у свету рада број 190, чл. 1 ст. 1.

којима се може догађати насиље и узнемиравање су: физичко место рада, канцеларија или други радни простор, места у предузећу где радници одмарају, хране се или задовољавају здравствене и санитарне потребе, али и током службених путовања, излета, семинара и других друштвених догађаја и активности. Овим прописом настоји се деловати превентивно, минимизирањем утицаја психосоцијалних ризика на радном месту, тако што ће се, заједно са запосленима, радити на заједничкој стратегији и конкретним програмима за превенцију насиља и узнемиравања у свету рада. На то се надовезује и увођење јасног жалбеног поступка, у ком ће се поштовати приватност запослених и поверљивост података, тајност али и штитити подносиоци пријаве од било какве одмазде, посебно уколико су и у улози узбуњивача.¹⁵ Истовремено, треба скенирати и минимизирати могући утицај ризика који се односе на услове рада, организацију рада и руковођење радом запослених, али и на односе са клијентима, пацијентима, корисницима, представницима јавности.¹⁶ Ови потоњи представљају трећа лица – субјекте, односно потенцијалне извршиоце злостављања на раду, у поступку поводом заштите од узнемиравања и насиља на раду, поводом којих је правна заштита омогућена овим међународним радним стандардима.

Врло важно питање, посебне заштите осетљивих категорија лица која су претрпела насиље у породици, обезбеђено је Конвенцијом, имајући у виду последице које породично насиље може имати и по радноправни статус лица које трпи насиље. Мере попут плаћеног одсуства са рада и обезбеђивање смештаја за раднике погођене насиљем у породици, као и мере попут флексибилног радног времена или флексибилног места рада – показале су се ефикасним.¹⁷

Конвенција и Препорука потврђују да извршиоци насиља и узнемиравања на раду треба да пролазе кроз саветовалишта, како би схватили сву неприхватљивост свог понашања, ради спречавања таквих понашања убудуће и освешћења.¹⁸ Државни органи и институције, као и независна контролна тела, попут инспекције рада, тела која се баве заштитом равноправности, безбедности и здрављем на раду и дискриминацијом треба да прођу квалитетну обуку у вези са препознавањем и спречавањем насиља и узнемиравања на раду, којима ће се бавити и које ће контролисати.¹⁹ Органи јавне власти и послодавци

15 С. Глигорић, 164.

16 International Labour Conference, *Outcomes of the work of the Standard-Setting Committee on violence and harassment in the world of work*, 2019, 6.

17 International Labour Conference, *Fifth item on the agenda: Violence and harassment in the world of work*, 2019, 69.

18 С. Глигорић, 165.

19 За анализу Конвенције МОП број 190 и Препоруке МОП 206 вид. Сенад Јашаревић, Дарко Божичић, „Заштита од насиља и узнемиравања на раду у међународним

из приватног сектора имају обавезу да раде на осмишљавању обука о препознавању и спречавању узнемиравања и насиља на раду за највише државне функционере и руководиоце у компанијама, како би се едуковали о противправним и неприхватљивим понашањима, у циљу развијања и одржавања безбедне и здраве радне средине, која треба да буде императив свима. Утврђивање методологије за анализу процене дејства ризика узнемиравања и насиља на раду може бити добар превентивни метод у циљу развијања стимулативне и пријатељске радне средине, јер се са јасним сагледавањем дејства ризика може и спречити његово деловање.

Усвајањем међународних радних стандарда добили смо универзалне радне стандарде, примењиве у било којој држави, у складу са њеним специфичностима – економским, политичким и културолошким, и утврђеним моделом ратификације међународних уговора и конвенција, којима постају део унутрашњег права.

2. Регионални извори заштите од злостављања на раду

а) Стандарди Савета Европе у заштити од злостављања на раду

Савет Европе представља међународну организацију која је формирана 1949. године Лондонским уговором, са циљем залагања за развој демократије и очувања основних постулата на којима демократија почиња, и то на заштити људских права, индивидуализму, очувању културног, моралног и политичког наслеђа, путем гаранције политичких слобода и плурализма и владавине права. За област радног и социјалног права важна Конвенција која је донета под окриљем Савета Европе јесте Европска социјална повеља.²⁰ Европска социјална повеља донета је 1961. године у Торину. Њом се гарантују основна економска и социјална права, укључујући право на достојанство на раду, право на праведне услове рада, право на безбедне и здраве услове рада, право на заштиту здравља, одакле би се, посредно, могло извести и право на заштиту од злостављања на раду.²¹ Унапређење радноправне и социјалне заштите омогућено је усвајањем Ревидиране европске социјалне повеље која је усвојена у Стразбуру, 3. маја 1996. године, којом се гарантује 31 основно економско и социјално право. То је и први правно обавезујући акт којим се гарантује право на достојанство на раду и забрана сексуалног

правним стандардима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2019, 785–802.

20 Европска социјална повеља (*European Social Charter 1996*).

21 С. Глигорић, 166.

узнемиравања и узнемиравања на раду,²² и то тако да се сексуално узнемиравање дефинише у члану 26 став 1 као кршење једнаког третмана, иако се оно не мора односити на дискриминацију засновану на полу. Дакле, овим актом, прописивањем заштите од сексуалног узнемиравања и узнемиравања на раду, обезбеђује се и заштита од злостављања на раду и забрана потоњег понашања. Уз то, Европски Комитет за социјална права тумачи члан 26 Ревидиране повеље као гаранцију забране психичког узнемиравања на раду.²³ Психичко узнемиравање је идентичан појам злостављању на раду. Државе које су ратификовале Ревидирану европску социјалну повељу и члан 26, потребно је да обезбеде правну заштиту од злостављања на раду пред независним органом, уз обезбеђење адекватне накнаде за жртве, уз заштиту од додатне виктимизације лица које је тражило правну заштиту.

*б) Европски комунистички стандарди од значаја за заштити
од злостављања на раду*

Европско комунистичко право и његови примарни извори (оснивачки уговори Европских заједница, односно Европске Уније) не познају норме којима се обезбеђује непосредна заштита од злостављања на раду. Посредно, оваква заштита могућа је у оквиру заштите људских права, посебно у оквиру антидискриминационог права, заштите достојанства и здравља и безбедности, односно путем заштите економских и социјалних права и слобода.

У првих неколико деценија егзистенције заједнице европских народа, већа пажња је посвећивана економској политици, док је социјална политика била занемаривана. Својеврсну прекретницу, у том смислу, доноси Јединствени европски акт, којим је у Оснивачки уговор унет члан 118А, којим се предвиђају активности држава чланица усмерене на подстицање унапређења безбедности и здравља, посебно у радној средини, тако што ће се усклађивати услови рада, уз одржавање постигнутих побољшања.²⁴ Питања здравља и безбедности на раду регулисана су оквиру Европске уније путем директива. Међу најбитнијим је Оквирна директива о увођењу мера у циљу охрабривања унапређења безбедности и здравља на раду од 12. јуна 1989. године. Директива почиња на општим принципима спречавања дејства ризика кроз евалуацију,

22 Csilla Kollonay-Lehoczky, „The right to dignity at work“, *The European Social Charter and the Employment Relations* (eds. Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert), Hart Publishing, Oxford, 2017, 443.

23 Rolf Birk, *European Social Charter*, Wolters&Kluwers, The Hague, 2007, 125–129.

24 Љубинка Ковачевић, „Безбедност и здравље радника у оквиру Европске уније“, *Страни правни живот*, бр. 1–3/2002, 220.

превенцију, елиминацију, адаптацију, обуку и информисање, уз познату норму из Оквирне Директиве да посао треба прилагодити раднику.²⁵ Њеним одредбама намеће се обавеза послодавцу да обезбеди безбедност и здравље радника у свим аспектима који се односе на рад. Ова обавеза укључује избегавање ризика по безбедност и здравље радника, уз примену мера у циљу превенције и отклањања штетног дејства ризика. Потребно је, дакле, да послодавац води бригу о дејству психосоцијалних ризика. Директива утврђује принцип објективне одговорности послодавца, чак и када послодавац одреди једно или више лица која ће се бавити здрављем и безбедношћу на раду, док послодавац може бити ослобођен одговорности једино у случају више силе (*vis major*).²⁶

Оквирна директива потврђује начела која се односе на превенцију професионалних ризика, заштиту безбедности и здравља, елиминацију ризика који могу да доведу до несрећних случајева, информисање и консултовање радника о безбедности и здрављу на раду и праксу и обуку радника и њихових представника, као и опште смернице за примену поменутих принципа.²⁷ Сходно томе, послодавци имају обавезу да информишу запослене и да спроводе обуку о заштити безбедности и здравља како би се радници информисали и обучили о потенцијалним ризицима услова и организације рада, ради превенције и елиминације истих. Директивом се сагледавају физички и психички ризици, који производе из лоше организације рада или поремећених међуљудских односа холистички, чиме се омогућава спречавање и заштита од злостављања на раду.

Међу правно необавезујућим документима, у праву ЕУ, којима се обезбеђује заштита од злостављања раду је Резолуција Европског Парламента о злостављању на раду.²⁸ Потоња резолуција представља документ од изузетног значаја за област заштите од злостављања на раду, јер је то први документ, у оквиру европског комунитарног права, који уређује непосредним путем ову област. Резолуција не садржи експлицитну дефиницију појма злостављања на раду. Међутим, под тим појмом подразумевају се следећа непожељна понашања: узнемиравање, насиље,

25 Franck Héas, „Prevention of psychosocial risks in labour law: role of the law and collective bargaining“, *Psychosocial risks in labour and social security law* (ed. Loic Lerouge), Springer, Cham, 2017, 68.

26 Бранко Лубарда, *Евројско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, 249.

27 Оквирна директива о увођењу мера у циљу охрабривања унапређења безбедности и здравља на раду (*Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work*, OJ L 183, 29. 6. 1989, 1–8).

28 Резолуција Европског парламента о злостављању на раду (*European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/2339(INI))*, OJ C 77 E/138, 28. 3. 2002).

злостављање, као и други облици нежељеног понашања у радној средини којима се вређају достојанство човека/радника, његова приватност и интегритет његове личности.²⁹ Овом Резолуцијом апелује се на државе чланице да уреде област заштите од злостављања на раду, било у оквиру посебног закона – било другим радноправним прописима, имајући у виду сву штетност и погубност ове појаве у радној средини.

У европском комунитарном праву донети су Европски колективни уговор о стресу на раду 2004. године³⁰ и Европски колективни уговор о узнемиравању и насиљу на раду³¹ 2007. године као производ колективног преговарања социјалних партнера, с тим да је изостало доношење директива по овим колективним уговорима, као правнообавезујућих докумената. Стрес није болест, али дуга изложеност стресу може смањити продуктивност и мотивисаност радника уз лоше здравље, што представља и последицу злостављања на раду. Сходно томе, стрес се може посматрати као узрок, али и последица злостављања на раду, јер злостављање производи стање континуираног, хроничног стреса. Оквирни споразум о професионалном стресу успоставља оквир унутар којег послодавци и представници радника могу заједно да раде на спречавању, идентификацији и борби против стреса на раду.³² Сходно раније наведеном, Оквирна директива прописује да су послодавци обавезни да заштите здравље и безбедност радника, што укључује и заштиту од стреса, као врсте психосоцијалног ризика. Имплементација овог колективног уговора могућа је путем радног законодавства, посебног закона о безбедности и здравља на раду, закона о инспекцијском надзору, или појединачних колективних уговора које социјални партнери закључују у државама чланицама на разним нивоима преговарања или, пак, путем водича, смерница и интерних компанијских процедура, као што је случај у Немачкој.

Европски колективни уговор о узнемиравању и насиљу на раду намеће обавезу да предузећа, у циљу рада на превенцији, идентификацији и решавању проблема узнемиравања и насиља на раду, неће толерисати узнемиравање и насиље у радној средини, уз обавезу да утврде јасне процедуре поступања уколико дође до таквог проблема. Дакле, споразум настоји да обезбеди превенцију, уз заустављање појаве

29 С. Глигорић, 173.

30 Европски колективни уговор о стресу на раду из 2004. године (*Framework agreement on work-related stress*), доступно на адреси: <https://osha.europa.eu/en/legislation/guidelines/framework-agreement-work-related-stress>, 17. 1. 2022.

31 Европски колективни уговор о узнемиравању и насиљу на раду (*Communication from the Commission to the Council and the European Parliament transmitting the European framework agreement on harassment and violence at work, COM/2007/0686 final*, 8. 11. 2007).

32 Roger Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013, 227.

злостављања на раду решавањем спорних односа. Споразум уочава следеће врсте злостављања на раду: вертикално злостављање, хоризонтално злостављање и злостављање од стране трећих лица, као што су клијенти, купци, пацијенти, корисници услуга или студенти.³³ Процедуре за решавање случајева злостављања на раду укључују неформални интерни поступак, у којем учествује лице које ужива поверење и руководства и радника, а које настоји да саслуша стране и пружи им савете, а све у циљу решавања случајева злостављања на раду.³⁴ Важност споразума је у томе што потврђује однос између злостављања на раду и стреса, и то тако да један може бити узрок другог, и обратно, уз разумевање радног окружења, у ширем смислу, као организације рада, услова рада и садржаја рада који могу утицати на изложеност радника злостављању на раду и насиљу.³⁵

Европски оквирни споразум о узнемиравању и насиљу на раду, осим што намеће обавезу послодавцима да раде на превенцији и спречавању злостављања на раду, освешћује социјалне партнере и јавност о непримереним понашањима којих се треба уздржавати у радној средини.³⁶ У Извештају о праћењу напретка у примени Оквирног споразума у 2011. години, закључено је да је Оквирни споразум донео додатну вредност за подизање свести, уз боље прилагођавање послодаваца и радника да се баве ситуацијама узнемиравања и насиља на радном месту.³⁷ Кључ успеха је у флексибилној природи Оквирног споразума која, упркос исказивању неких изазова у имплементацији, омогућава прилагођавање жељених циљева различитим националним, секторским и компанијским реалностима.³⁸

33 *Ibid.*, 1625.

34 Оквирни споразум о узнемиравању и насиљу на раду (*Framework Agreement on Harassment and Violence at work*), доступно на адреси: <https://www.etuc.org/en/framework-agreement-harassment-and-violence-work>, 20. 1. 2022.

35 Peruzzi Marko, „Effectiveness, and problematic aspects of the EU framework on psychosocial risks“, *Psychosocial risks in labour and social security law* (ed. Loic Lerouge), Springer, Cham, 2017, 59.

36 Европски оквирни споразум о узнемиравању и насиљу на раду (*Framework agreement on harassment and violence at work*, 2007), доступно на адреси: <https://osha.europa.eu/en/legislation/guidelines/framework-agreement-harassment-and-violence-work>, 17. 1. 2022.

37 Извештај о праћењу напретка у примени Оквирног споразума у 2011 (*Study on the implementation of the autonomous framework agreement on harassment and violence at work*), доступно на адреси: <https://osha.europa.eu/en/legislation/guidelines/framework-agreement-harassment-and-violence-work>, 17. 1. 2022; Helge Hoel, Maarit Vartia, *Bullying and sexual harassment at the workplace, in public space and in political life in the EU*, Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2018, 46.

38 *Ibid.*

Социјални партнери предлажу да оквирни план за послодавце за превенцију укључи следеће елементе: информисање о дефиницији злостављања од стране трећих лица или упозорење трећим лицима да се злостављање на раду неће толерисати, предлог политике која је заснована на процени ризика у радној средини, обуке за менаџере и запослене, и транспарентну политику подршке запосленима, уз утврђивање јасних процедура за праћење и испитивање навода поводом злостављања на раду.³⁹

III Заштита од злостављања на раду у домаћем праву

1. Битни елементи правног појма злостављања на раду и обим правне заштите

У Републици Србији 2010. године донет је посебан закон, којим се уређује област заштите од злостављања на раду. Поред закона ову област уређује и подзаконски акт, Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду.⁴⁰ Злостављање на раду јесте свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог, и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор.⁴¹ Из ове дефиниције могу се уочити следећи битни елементи правног појма злостављања на раду. На првом месту имамо понављање понашања, које је активно или пасивно (уздржавање од активности), с тим да није утврђен минимални рок трајања радњи нити укупан број понављања, односно учесталост понављања радњи које представљају злостављање на раду. Сходно домаћој судској пракси, која се поклапа са Лајмановим тумачењима, потребно је да се радње злостављања понављају барем два пута недељно, у дужем периоду, најмање шест месеци. Међутим, у правној научној и стручној пракси, постоје и мишљења да се радња злостављања на раду може успоставити и само једном радњом, која оставља дуготрајне

39 R. Blanpain, 1631–1634.

40 Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, *Службени гласник РС*, бр. 62/2010.

41 Закон о спречавању злостављања на раду – ЗСЗР, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010, чл. 6 ст. 1.

последнице *pro futuro*, као нпр. распоређивање запосленог на неусловно и небезбедно место рада, у подрумске просторије. Томе у прилог говори и пракса Социјалног одељења француског Касационог суда, којом је, супротно од схватања да је за злостављање на раду потребно дуже време, први пут афирмисан став да чињенице које успостављају злостављање могу да се догађају и у једном врло кратком периоду од месец дана. Сва понашања која је у предметном случају продавац половних аутомобила трпео, у кратком периоду, а односила су се на бесмислене радне задатке (скупљање аутомобилских кључева, стављање пластичких цирада на аутомобиле, послове одржавања), уз забрану запосленом да излази на терен, ради аквизиције нових купаца, што је био основни посао продавца, након чега су уследиле и претње послодавца, које су створиле код запосленог психичку трауму, биле су довољне да суд утврди злостављање на раду, будући да француски законодавац није предвидео никакав (минимални) временски услов за постојање злостављања на раду.⁴² Дужина трајања радњи злостављања, у погледу временског оквира и учесталости понављања чини се ирелевантном, ако се сагледа погубност коју интензивно и систематско злостављање производи по здравље жртве, које и након краћег времена може бити озбиљно, чак и трајно нарушено. Такође, сходно најновијим међународним радним стандардима, прописано је и да једнократна понашања могу успоставити радњу узнемиравања и насиља на раду, чиме питање понављања, као битног елемента појма злостављања на раду – постаје беспредметно.

Поред понављања, битни елементи правног појма злостављања на раду су намера, уколико се злостављање на раду доказује са циљем, као и последице противправних понашања, које представљају повреду угледа, части, професионалног интегритета и здравља, када није потребно доказати намеру. У потоњем случају, радња злостављања на раду се доказује последицом извршених понашања које се огледају у повреди заштићених добара. Поред тога, последице су отуд и стварање непријатељског, понижавајућег или увредљивог окружења, погоршање услова рада, што утиче на жртву да се психички измори и уништи, да би се натерала да да отказ. Прописивање да је злостављање на раду могуће доказати тако да то понашање има „за циљ или представља“, због раставног везника „или“ ствара неуједначеност судске праксе, која у неким ситуацијама тражи доказивање намере, а у другим не, што води правној несигурности. Па тако, указујемо на пресуду по којој уколико је лице које се терети за злостављање било свесно наступања последица

42 Љубинка Ковачевић, „Појам злостављања на раду у законодавству и судској пракси Републике Србије“, *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2016, 229.

својих активности и имало вољу да последица настане, деловало је у складу са тим циљем.⁴³ У једној пресуди Апелационог суда у Нишу, потврђено је да није нужно да је радња злостављања предузета са циљем повреде заштићеног добра, довољно је да је до те повреде дошло предузетом радњом, без обзира на то да ли је она предузета са намером повређивања, те ће злостављање постојати и ако радња није предузета са тим циљем, али сама по себи представља повреду достојанства или другог заштићеног добра.⁴⁴ Према томе, радња може бити предузета управо са циљем да се повреди заштићено добро, али ће злостављање постојати и ако радња није предузета са тим циљем, али сама по себи (радња) представља повреду достојанства или другог заштићеног добра.⁴⁵ Друга заштићена добра су углед, лични и професионални интегритет и здравље адресата злостављања. Зарад правне сигурности, предложимо да се из дефиниције брише „које има за циљ“, а задржи „које представља“, чиме би се из поступка доказивања искључило постојање намере, а злостављање на раду би се доказивало последицама противправних понашања, попут дискриминације.

Нормативним оквиром, заштита од злостављања на раду обезбеђена је и за запослене и за радно ангажована лица у општем и посебном режиму радних односа, док је изостала заштита уколико би извршилац злостављања на раду било неко треће лице (клијент, пословни партнер, пацијент). *De lege ferenda*, потребно је проширити заштиту и на ова лица, сходно међународним радним стандардима. Послодавац нема активну легитимацију за покретање интерне или судске заштите од злостављања на раду уколико је извршилац неко од запослених лица, иако је таква заштита обезбеђена међународним радним стандардима. Са друге стране, послодавац има обавезу да у одређеним ситуацијама предложи посредовање, као начин решавања спорног односа поводом злостављања на раду, чиме се превенира судски спор а спор решава трајно, споразумом страна код послодавца.

43 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 396/14 од 15. 3. 2014. године, доступно на адреси: <http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/odeljenje-radnih-sporova/gz1-396-14.html>, 14. 1. 2022.

44 Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж1. 2312/2017 од 22. 2. 2018. године, доступно на адреси: <http://www.ni.ap.sud.rs/pretraga/Гж1/2312/2017>, 14. 1. 2022.

45 Лидија Ђукић, „Правна заштита због злостављања на раду“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 3/2012, 4.

2. Поступак заштите од злостављања на раду код послодавца – интерни поступак посредовања

Специфичност српског нормативног оквира заштите од злостављања на раду огледа се у увођењу обавезног интерног поступка посредовања под окриљем послодавца. Поступак посредовања је обавезно предложити и остварити заштиту код послодавца у свим случајевима, осим уколико је као лице које врши злостављање означено одговорно лице код послодавца или предузетник, као физичко лице, када се може покренути поступак пред судом до истека рока застарелости, који износи шест месеци од последње извршене радње злостављања.⁴⁶ Захтев за заштиту од злостављања на раду подноси се одговорном лицу у правном лицу или послодавцу са својством физичког лица, уколико нису означени као извршиоци злостављања.⁴⁷ Захтев се може поднети и неком другом лицу, које је за то овлашћено, писменим путем од стране одговорног лица. Ако се за злостављање на раду терети одговорно лице у правном лицу или предузетник као физичко лице, лице које сматра да је изложено злостављању може покренути предлог за поступак посредовања том лицу.⁴⁸ Директно сучељавање са злостављачем који се налази на највишој позицији у хијерархији послова код послодавца, а која носи моћ и власт, је стресно и тешко, чак и непотребно, јер ментално постоји могућност остваривања судске заштите. Тако посматрано, ова одредба се донекле чини илузорном, уз отежану могућност довођења до решења у пракси, те предлажемо њено брисање.

Субјекти који учествују у поступку посредовања код послодавца су лице које сматра да је злостављано, лице које је означено да је злостављач и посредник, с тим да на захтев било које од страна, у поступку може учествовати и представник синдиката. Поступак је тајан, хитан и поверљив, уз обавезност, којом се негира начело добровољности, које је основно начело у поступцима мирног решавања – посредовању, мирењу и арбитражи.⁴⁹ Посредник усмерава поступак посредовања, водећи рачуна да се понаша неутрално, независно и непристрасно. Ток

46 ЗСЗР, чл. 14 ст. 2.

47 ЗСЗР, чл. 14 ст. 2.

48 ЗСЗР, чл. 14 ст. 1.

49 Као што са правом Марио Рељановић истиче да је основно начело поступка посредовања добровољност те да се овако прописаном обавезности несумњиво нарушава основно начело поступка. Вид. више Марио Рељановић, „Недостаци Закона о спречавању злостављања на раду“, *Iustitia*, бр. 2/2015, 64. Важно је истаћи да је у овој ситуацији намера законодавца била да се нарушавањем начела добровољности омогући трајно решавање радног спора код послодавца, уз обострану корист – како за послодавца, тако и за и запосленог/е, а све у циљу превенирања дугих и скуних судских поступака.

поступка утврђује посредник у договору са странама, и то начин на који ће се одржавати састанци, заједнички или одвојени, уз доказе у поступку. Због хитности, поступак траје до осам дана, с тим да се може продужити највише до 30 дана. Све што посредник чини у поступку треба да доведе стране до тога да саме нађу решење за свој спор, који представља израз њихових воља, а којим се трајно окончава спорни однос.⁵⁰ За разлику од судског поступка, код посредовања нема губитника, јер се тим путем долази до решења које ће задовољити обе стране.⁵¹

Надаље, за остваривање правне заштите код послодавца важно је право на информисање које имају запослени. Послодавац је дужан да учини јавно доступним информације о начину остваривања заштите од злостављања на раду. Одлука коју послодавац доноси је једностранни општи акт, јер се односи на све запослене и радно ангажоване. Она садржи информацију: коме се подноси захтев за заштиту од злостављања на раду; која лица уместо запосленог могу поднети захтев; о лицима за подршку којима се запослени обраћа када сумња да је злостављан, о листи посредника код послодавца.⁵² Листу посредника, састављену од интерних или екстерних посредника, или комбиновано – слободно одређује послодавац. Интерни посредници су запослени код послодавца, лица од поверења која немају обавезу, већ само могућност да прођу обуке. Белгијско право предвиђа обавезне обуке за ова лица, које треба увести изменама и допунама нашег нормативног оквира, имајући у виду сву сложеност и захтевност радних задужења које обавља интерни посредник у поступцима заштите од злостављања на раду код послодавца. Са друге стране, екстерни посредници су професионалци, који су специјализовани за такву врсту спорова, којима знање и експертиза не мањка, али се може довести у питање њихова непристрасност, јер их за посредовање плаћа послодавац. Како су у питању професионалци, морају се руководити основним начелима поступка посредовања, међу којима је непристрасност, уз етички кодекс посредника.

Поступак посредовања се окончава писменим споразумом, што је крајњи циљ поступка, јер се тиме решава спорни однос. Поступак се може окончати повлачењем сагласности једне стране за избор посредника или одлуком посредника уколико процени да даљи поступак није оправдан, јер се стране нису помериле са почетних позиција. Да би се споразум постигао, свака од страна мора попустити и одустати од не-

50 Мирослав Миљковић, *Коментар Закона о сјречавању злостављања на раду*, Пословни биро, Београд, 2010, 18.

51 Гордана Михаиловић, „Медијација у радним споровима“, *Новине у јуриспроудисима о раду* (ур. Зоран Ивошевић), Глосаријум, Београд, 2016, 309.

52 Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, чл. 6 ст. 1 тач. 1–4.

ких почетних захтева. Поступак посредовања није успео ако се стране на самом почетку нису договориле о личности посредника, као и када нека од страна повуче сагласност (тада посредник доноси обавештење), или када посредник одлуком, након консултација са странама, обустави поступак.⁵³

Поступак посредовања се води под окриљем послодавца, који има нормативну, дисциплинску и управљачку власт у својим рукама. Споразум закључују стране учеснице поступка посредовања, док спровођење споразума, у виду реализације мера уговорених споразумом, није могуће без послодавца.⁵⁴ Сходно томе, може се рећи да послодавац потајно влада и самим поступком посредовања, и да од његове воље зависи спровођење споразума у пракси. Тиме се доводи у питање примена споразума, који је сагласност воља страна које су га закључиле, али у овом случају постоји једна воља, која је изнад, а то је воља и моћ послодавца, те се може рећи да споразум не зависи само од слободне воље страна потписница. Квалитет споразума зависи и од преговарачких способности страна у спору, али и способности запосленог да се „ценка“, чиме поступак посредовања добија елемент „баналности“, што је и проблематично са аспекта начела „правичности и поштења“, што се може сматрати недостатком поступка посредовања.⁵⁵ Надаље, имајући у виду важност положаја послодавца, може се рећи и да начело поверљивости поступка посредовања није апсолутно, јер се не односи на послодавца. Сходно јачој позицији послодавца у радном односу, постоји могућност

53 ЗСЗР, чл. 20.

54 Битно је указати на то да постоји мишљење међу правним теоретичарима, попут Драгићевић (Марија Драгићевић, „Техничке и правно-логичке мањкавости Закона о спречавању злостављања на раду“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2019, 303), да интерни поступак посредовања не може довести до споразума страна, јер се њиме тражи признање лица да је извршило злостављање на раду. Поступком посредовања се не квалификује нити утврђује радња злостављања, већ се настоји трајно решити спорни однос, разматрањем чињеница и утврђивањем мотива, односно окидача који су узроковали спорни однос. У споразум се не уносе експлицитна признања, већ неодређеније одредбе, којима се истиче да извршилац злостављања на раду није био свестан противправности свог понашања, и да ће се у будућности понашати примерено и у складу са законским оквиром заштите од злостављања на раду. У поступку посредовања није неопходно да злостављач призна своје понашање – важно је постизање решења спорног односа. Оно је у многим ситуацијама могуће: зависи од вештина посредника, спремности страна на попуштање и на крају, можда и најважније, од свести и воље послодавца да решавају проблеме злостављања у радној средини. Утврђење и квалификовање радње злостављања на раду је посао суда, не посредника.

55 Љубинка Ковачевић, Урош Новаковић, „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених по основу породичних дужности“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2018, 21.

употребе разних метода ради опструкције поступка, уколико не постоји стварна жеља да се спор реши.

Но, иако уочавамо мане интерног поступка посредовања, важно је указати и на позитивне стране. Послодавци који стварно брину о општој добробити радника, желеће да решавају радноправне проблеме у интерном поступку посредовања. Тиме не само да доприносе квалитетној и здравој радној средини, већ и превенирају дуге и скупе судске поступке. Белгијско законско решење предвиђа да послодавци који запошљавају више од 50 запослених, запошљавају интерног посредника, који решава спорове међу запосленима, што треба да размотри и српски законодавац, а послодавци да примењују такво решење у пракси, и без законског прописивања.

3. Дисциплински поступак против лица које је извршило злостављање на раду или злоупотребило право на заштиту од злостављања на раду – обавеза послодавца

Дисциплински поступак је *sui generis* поступак којим се код послодавца утврђује одговорност запосленог за кршење радне обавезе или дисциплине. Специфичност нашег нормативног оквира је у томе да уколико поступак посредовања није успео, а постоји основана сумња да је извршено злостављање или злоупотребљено право на заштиту од злостављања – послодавац је дужан да води поступак за утврђивање дисциплинске одговорности тог запосленог ради изрицања дисциплинских мера и утврђења чињеница. Стављање овакве обавезе послодавцу чини се врло спорним, имајући у виду да јасна правила дисциплинског поступка и дисциплинских органа нису прописана Законом о раду.⁵⁶ Матичним законом за област рада питања дисциплинског поступка уређена су путем института престанка радног односа на иницијативу послодавца. Тиме су многа правна питања остала неуређена и непотпуна, посебно ако имамо у виду одлуку Уставног суда, која ствара правну несигурност и подељеност мишљења стручне и научне праксе у погледу легитимности и легалности уређивања дисциплинског поступка општим актима у општем режиму радних односа. Уставни суд, оцењујући законитост колективних уговора и правилника о раду, којима су уређена питања дисциплинске одговорности, заузео је став да се општим актима не може уређивати дисциплинска одговорност, дисциплински органи и дисциплински поступак.⁵⁷ Важно је указати и на могући проблем

56 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 0150 одлука УС, 113/2017 и 95/2018.

57 Одлука Уставног суда Србије, број IV-494/2004 од 14. 7. 2005. године и одлука истог суда број IV-213/2004 од 23. 6. 2005, *Службени гласник РС*, бр. 68/2005.

који може представљати утврђење злоупотребе права на заштиту од злостављања на раду у дисциплинском поступку код послодавца, на основу кога се лицу откаже уговор о раду, а надаље у судском поступку се утврди да је лице претрпело злостављање на раду, што последично води и незаконитом отказу. Законодавац, дакле, није утврдио границе послодавчевих дисциплинских овлашћења, остављајући запослене у општем режиму радних односа без адекватне заштите.⁵⁸ Ради правне сигурности, било би правичније и целисходније да се чл. 23 брише из закона, барем док се јасна правила дисциплинског поступка не пропишу матичним законом за област рада. Надаље, спорна је и сама презумпција „основане сумње“ послодавца, на основу којих сазнања ствара слику о спорним питањима и доноси одлуку о вођењу дисциплинског поступка, посебно ако се зна да је интерни поступак посредовања тајан.⁵⁹

IV Закључак

Правна заштита од злостављања на раду код послодавца је од изузетне важности за сва запослена и радно ангажована лица да би се очувао њихов физички, психички и морални интегритет, и обезбедила здрава, безбедна и стимулативна радна средина. Стога, послодавци морају да раде на сталној едукацији радника о противправним понашањима са аспекта злостављања на раду, како би лица била свесна која су то понашања, ради уздржавања од истих, уз моментално реаговање уколико до њих дође. Послодавац треба да развија квалитетне међуљудске односе у колективу, где се према свима односи са поштовањем, уважавајући подједнако достојанство сваке личности у радној средини. У таквој радној средини тешко да злостављање на раду може да се догоди. Уколико послодавац, са врха, развија колективни образац понашања

58 Љубинка Ковачевић, „Уређивање дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа: особено номотехничко и/или концепцијско решење у српском законодавству“, *Правна ријеч*, бр. 42/2015, 507.

59 У пракси се често дешава проблем да се послодавци суочавају са отвореним питањем, након суочавања са сумњом о злоупотреби права, а на основу сопственог сазнања о случају и позадини истог, на основу чијег мишљења и перцепције се води поступак за утврђивање злоупотребе права на заштиту након неуспеха поступка посредовања. Чије је мишљење меродавно и чија је перцепција објективна и разумна? Ово није прецизирано, и потребно је то учинити изменама закона, увођењем разумног стандарда, а не досадашњег психолошког, јер се тиме све своди на дискрециону процену послодавца, који као иначе јача страна у радном односу може тиме теоретски вршити и злоупотребу права на заштиту, вршећи својеврсну одмазду и додатну виктимизацију над лицем које је поднело захтев за заштиту, јер подношење захтева не одговара интересима послодавца, а он своју управљачку функцију схвата уско и кратковидо, без вођења рачуна о стварној добробити својих запослених. Вид. више С. Глигорић, 253.

који садржи елементе злостављања на раду, тешко да је могуће остварити правну заштиту код послодавца у интерном поступку посредовања, јер такав послодавац подстрекава непримерена понашања преко руководиоца и других лица, подобних за такве активности. У таквим условима, обавезни интерни поступак посредовања најчешће ће постати средство за задовољење форме закона, јер код послодавца не постоји стварна воља и жеља да реши проблем. Узрок злостављања на раду је тиме колективан, и потиче са врха – од послодавца. И тада, запослени мора да покрене интерну заштиту, осим уколико је одговорно лице или послодавац, као физичко лице, означен за извршиоца злостављања, да би судска заштита била допуштена.

Нормативни оквир заштите од злостављања на раду у домаћем праву потребно је изменити и допунити у складу са међународним радним стандардима, Конвенцијом број 190 и Препоруком број 206, ради унапређења. Сходно томе, потребно је прописати и да једнократна понашања представљају радњу злостављања на раду, уз прописивање могућности заштите и од трећих лица (клијенти, пацијенти, пословни партнери итд.), уколико се нађу у улози извршиоца злостављања. По угледу на белгијско право, потребно је увести обавезне обуке за интерне посреднике и лица за подршку на тему превенције и спречавања злостављања на раду, уз предлог да послодавци, који запошљавају више од 50 лица, имају и запосленог посредника који би решавао спорове међу запосленима који имају радноправни основ. Да би се интерни поступак посредовања учинио објективнијим, процену основаности сумње да је извршено злостављање или злоупотребљено право на заштиту потребно је везати за личност посредника, јер он испитује чињенице у интерном поступку, пре него за дискрециону оцену послодавца. Наметање обавезе послодавцу да води дисциплински поступак, након неуспелог поступка посредовања, а на основу основане сумње да је извршено злостављање или злоупотребљено право на заштиту од злостављања, не чини се довољно легалним и легитимним решењем, јер јасна правила дисциплинског поступка нису прописана матичним законом за област рада, а сам дисциплински поступак је сужен изједначавањем са поступком поводом престанка радног односа.

Конечно, имајући у виду поједине изложене мањкавости нормативног оквира заштите од злостављања на раду у Републици Србији, треба истаћи да је похвално и добро да смо уредили ову област посебним законом. Међутим, да би правна заштита била делотворнија и ефикаснија у будућности, потребно је ратификовати међународне радне стандарде и постојећи оквир прилагодити истим.

Коришћена литература

- Birk Rolf, *European Social Charter*, Wolters&Kluwers, The Hague, 2007.
- Blanpain Roger, *European Labour Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2013.
- Глигорић Слађана, *Злостављање на раду – кључни радноправни аспекти*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (Gligorić Slađana, *Zlostavljanje na radu – ključni radnopravni aspekti*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021)
- Драгићевић Марија, „Техничке и правно-логичке мањкавости Закона о спречавању злостављања на раду“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2019. (Dragičević Marija, „Техничке и правно-логицке мањкавости Закона о спречавању злостављања на раду“, *Radno i socijalno право*, br. 1/2019)
- Ђукић Лидија, „Правна заштита због злостављања на раду“, *Билтен Врховној касационој суда*, бр. 3/2012. (Đukić Lidija, „Правна заштита због злостављања на раду“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 3/2012)
- Kollonay-Lehoczky Csilla, „The right to dignity at work“, *The European Social Charter and the Employment Relations* (eds. Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert), Hart Publishing, Oxford, 2017.
- Lippel Katherine, „The Law of workplace bullying: an international overview“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 32, Nr. 1/2010, 1–2.
- Јашаревић Сенад, Божић Дарко, „Заштита од насиља и узнемиравања на раду у међународним правним стандардима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2019. (Jašarević Senad, Božić Darko, „Zaštita od nasilja i uznemiravanja na radu u međunarodnim pravnim standardima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2019)
- Ковачевић Љубинка, „Безбедност и здравље радника у оквиру Европске уније“, *Страни правни живот*, бр. 1–3/2002. (Kovačević Ljubinka, „Bezbednost i zdravlje radnika u okviru Evropske unije“, *Strani pravni život*, br. 1–3/2002)
- Ковачевић Љубинка, „Појам злостављања на раду у законодавству и судској пракси Републике Србије“, *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2016. (Kovačević Ljubinka, „Pojam zlostavljanja na radu u zakonodavstvu i sudskoj praksi Republike Srbije“, *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2016)

- Ковачевић Љубинка, „Уређивање дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа: особено номотехничко и/или концепцијско решење у српском законодавству“, *Правна ријеч*, бр. 42/2015. (Ковачевић Љубинка, „Uređivanje disciplinske odgovornosti u okviru instituta prestanka radnog odnosa: osobeno nomotehničko i/ili konceptijsko rešenje u srpskom zakonodavstvu“, *Pravna riječ*, br. 42/2015)
- Ковачевић Љубинка, Новаковић Урош, „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених по основу породичних дужности“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2018. (Ковачевић Љубинка, Novaković Uroš, „Mirno rešavanje sporova povodom diskriminacije zaposlenih po osnovu porodičnih dužnosti“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2018)
- Ковачевић Љубинка, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013. (Ковачевић Љубинка, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd, 2013)
- Лубарда Бранко, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004. (Lubarda Branko, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004)
- Миљковић Мирослав, *Коментар Закона о спречавању злостављања на раду*, Пословни биро, Београд, 2010. (Miljković Miroslav, *Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu*, Poslovni biro, Beograd, 2010)
- Михаиловић Гордана, „Медијација у радним споровима“, *Новине у пројектима о раду* (ур. Зоран Ивошевић), Глосаријум, Београд, 2016. (Mihailović Gordana, „Medijacija u radnim sporovima“, *Novine u propisima o radu* (ur. Zoran Ivošević), Glosarijum, Beograd, 2016)
- Peruzzi Marko, „Effectiveness, and problematic aspects of the EU framework on psychosocial risks“, *Psychosocial risks in labour and social security law* (ed. Loic Lerouge), Springer, Cham, 2017.
- Рељановић Марио, „Недостаци Закона о спречавању злостављања на раду“, *Iustitia*, бр. 2/2015. (Reljanović Mario, „Nedostaci Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu“, *Iustitia*, br. 2/2015)
- Héas Franck, „Prevention of psychosocial risks in labour law: role of the law and collective bargaining“, *Psychosocial risks in labour and social security law* (ed. Loic Lerouge), Springer, Cham, 2017.
- Hoel Helge, Vartia Maarit, *Bullying and sexual harassment at the workplace, in public space and in political life in the EU*, Policy Department for Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, Brussels, 2018.
- Шундерић Боривоје, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001. (Šunderić Borivoje, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Beograd, 2001)

Sladana GLIGORIĆ, PhD

Consultant at Laura Consulting Ltd., Assistant and Associate at the Faculty of Law for Economics and Justice, Serbia

LEGAL PROTECTION AGAINST HARASSMENT AT WORK IN DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW

Summary

Harassment at work is a labour law problem that has become relevant in recent decades, in parallel with the development of neoliberal capitalism and globalisation, which together cause flexibility in the sphere of labour. In such working conditions, when the workplace is harder to maintain, other employees and employer use several illegal methods, harassing colleagues, to break them mentally, so that they leave the work environment. We have had a Law on prevention of harassment at work for more than a decade. It contains shortcomings and good solutions. The efficiency of legal protection against harassment at work in work environment depends mostly on the position of the employer. Internal mediation is an effective method to prevent harassment at work with employers who maintain quality interpersonal relationships in the team, while it is often a method for satisfying the form of law. By applying the historical, sociological, and comparative method, with reference to the international labour standards, Convention No. 190 and Recommendation No. 206 and European standards, we tried to send proposals to the legislator, in order to improve the existing normative framework.

Key words: *Harassment at Work. – Legal Framework for Protection against Harassment at Work in Domestic Law. – International Labour Law Standards. – European Labour Law Standards.*

Датум пријема рада: 17. 2. 2022.

Датум прихватања рада: 21. 3. 2022.

УДК: 347.739(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22106A

др *Маша* МИШКОВИЋ*
асистент са докторатом Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

КОМБИНОВАЊЕ МЕТОДА ПРОДАЈЕ ИМОВИНЕ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА**

Сажетак

Закон о стечају предвиђа три метода продаје имовине стечајног дужника: јавно надметање, јавно прикуљање понуда и непосредну отогбу. У судској пракси се поставило питање (не)могућности комбиновања метода продаје имовине стечајног дужника. Примера ради, поставља се питање да ли је могуће имовину стечајног дужника продати иако што ће се најпре сировести отогбу јавно прикуљања понуда, а затим поставити отогбу јавно надметања, са циљем да се дође до највеће могуће вредности имовине стечајног дужника. Дакле, основно питање на које у раду треба одговорити је да ли је могуће комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника, ако је иако могуће постићи највећу вредност његове имовине. Ово питање је значајно, имајући у виду да је основни циљ стечаја најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности имовине стечајног дужника.

* Електронска адреса аутора: masa.miskovic@ius.bg.ac.rs.

** Рад је написан на основу истраживања спроведеног за потребе стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2022. годину.

Кључне речи: *Стечајни дужник. – Стечај банака. – Продаја имовине стечајног дужника. – Метод продаје имовине. – Комбиновање метода продаје имовине.*

І Увод

Инспирацију за писање овог рада представљају решења Привредног суда у Београду и Привредног апелационог суда из 2021. године, у којима се поставило питање могу ли се комбиновати методи продаје имовине стечајног дужника које предвиђа Закон о стечају: јавно надметање, јавно прикупљање понуда и непосредна погодба.¹ Ово питање се поставило у случају стечаја банака, али је актуелно без обзира на врсту стечајног дужника. Важност питања се огледа у томе што је полазна хипотеза да се управо комбиновањем метода продаје имовине она продаје по највишој цени, што доприноси остварењу циља стечаја – најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.²

Један од задатака стечајног управника, који стоји пред њим пре него што започне са конкретном продајом, представља одређивање најповољнијег начина уновчења имовине стечајног дужника, и у том погледу се јавља дилема – да ли спровести јавни или нејавни поступак продаје.³ Ако се одлучи за јавну продају, на располагању му стоји продаја јавним надметањем и јавним прикупљањем понуда. При том, како је истакнуто у правној теорији, „оптималан начин спровођења поступка јавне продаје још увек представља ‘црну кутију’ за практичаре и законодавце“.⁴ С друге стране, приватна продаја се спроводи у форми непосредне погодбе.

Када се у Грчкој приступило реформи извршног поступка, поводом продаје непокретности предложено је решење по коме би након прикупљања понуда између два понудиоца која су дала највеће понуде било настављено усмено јавно надметање.⁵ „Комбинација принципа

1 Закон о стечају – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 72/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 132 ст. 4.

2 ЗОС, чл. 2.

3 Вук Радовић, *Стечајно право*, Београд, 2018, 535.

4 Yaad Rotem, Omer Dekel, „The Bankruptcy Auction as a Game-Designing an Optimal Auction in Bankruptcy“, 28 February 2012, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2270945>, 10. 3. 2021, 4.

5 *Напомена* – Паралела са продајом имовине у извршном поступку се спроводи, с обзиром на то да је правна природа метода продаје имовине у извршном и стечајном

писмених понуда у затвореним ковертама са завршницом у виду усменог надметања обезбеђује златну средину и продају непокретности по највећој цени. У коначном исходу, резултат је и заштита дужника од економске деструкције и поштовање принципа сразмерности.⁶

Иако се и у нашој стечајној пракси истицало да се најбоље цене остварују комбиновањем метода продаје имовине стечајног дужника, потребно је размотрити да ли је такво комбиновање дозвољено важећим законодавством. Дакле, потребно је размотрити решења *de lege lata*, независно од евентуалних позитивних страна комбиновања метода продаје имовине стечајног дужника.

II Приказ судске праксе у стечајном поступку банака

Питање (не)могућности комбиновања различитих метода продаје имовине стечајног дужника поставило се у случају стечајног поступка над „Универзал банком“ и „МБ Унион банком“. У току оба поступка стечајни управник доставио је суду обавештење о намери, плану, начину и роковима продаје имовине стечајног дужника.⁷ У обавештењима је наведено да се продаја планира методом „јавног прикупљања понуда уз побољшање“ и методом „непосредне погодбе уз оглашавање и електронско побољшање понуда“, а описани су и наведени поступци продаје. Овакво комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника са регулисањем поступка продаје предвиђено је Правилником о уновчавању имовине финансијских институција у стечају или ликвидацији, који је донела Агенција за осигурање депозита као стечајни управник у стечајном поступку банака.⁸

По пријему обавештења о намери, плану, начину и роковима продаје имовине стечајног дужника Привредни суд у Београду је

поступку иста (ради се о тзв. принудној аукцији – оној која се спроводи независно од воље власника предмета аукције, ради намирања потраживања). Вид. више Маша Мишковић, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Београд, 2020, 100–103, 124, 239–240.

6 Nikolas Klamaris, „Zum Stand des griechischen Zwangsvollstreckungsrechts – eine zusammenfassende Skizze“, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Nr. 4/2008, 500; нав. према: Никола Бодирога, *Теорија извршној правосудној*, Београд, 2012, 316–317 фн. 515.

7 Стечајни управник је дужан да достави обавештење о намери, плану продаје, начину уновчења, методу продаје и роковима продаје у складу са чл. 133 ст. 1 и 2 ЗОС.

8 Правилник о уновчавању имовине финансијских институција у стечају или ликвидацији – Правилник АОД, *Службени гласник РС*, бр. 126/2020.

Најомена – Агенција за осигурање депозита врши функцију стечајног или ликвидационог управника у поступку стечаја или ликвидације банака, друштва за осигурање и давалаца финансијског лизинга. Вид. Правилник АОД, I. 1, I. 8.

оцењивао да ли је предложена продаја у свему у складу са законом. Суд управља поступком стечаја од његовог покретања до окончања, те по службеној дужности цени законитост спровођења стечајног поступка, нарочито да ли се спроводи у складу са Законом о стечају, а у случају банака – у складу са Законом о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање.⁹ С обзиром на то да се продаја у стечајном поступку може вршити искључиво методима и у поступку прописаним законом, суд је донео решења којима је *обусловио* поступке продаје имовине стечајних дужника, који су били отпочети по процедури описаној у достављеним обавештењима о намери, плану, начину и роковима продаје. Истовремено је наложио стечајном управнику да у року од осам дана по правоснажности решења суда огласи, односно спроведе продају целокупне имовине стечајног дужника наведене у обавештењу, као и друге имовине подобне за уновчење, искључиво у складу са методима продаје и поступком продаје прописаним Законом о стечају.¹⁰ Привредни апелациони суд је, решавајући по жалби стечајног управника (АОД), потврдио првостепена решења.¹¹

III (Не)могућност комбиновања метода продаје имовине стечајног дужника

Услови и поступак стечаја банака уређују се Законом о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање. Међутим, овај закон не садржи одредбе о методима продаје имовине банке.¹² Осим тога, на поступак стечаја банака не примењују се национални стандарди за управљање стечајном масом, који се иначе примењују на продају имовине осталих привредних друштава.¹³ То значи да се на поступак стечаја

9 Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање – ЗОСЛБДО, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015 и 44/2018 – др. закон. Вид. Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021; Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 234/21 од 8. 9. 2021.

10 Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 19/14 од 29. 4. 2021; Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 19/14 од 5. 7. 2021; Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 4797/12 од 5. 7. 2021.

11 Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 234/21 од 8. 9. 2021; Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021; Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 314/21 од 6. 10. 2021.

12 ЗОСЛБДО садржи једино одредбу о начину уновчења, по којој у поступку стечаја над банком није дозвољена продаја стечајног дужника као правног лица. Вид. ЗОСЛБДО, чл. 15.

13 ЗОСЛБДО, чл. 22.

Напомена – На основу члана 27 става 9 ЗОС министар, на предлог овлашћене организације, доноси националне стандарде за управљање стечајном масом. На основу

банака примењују општи прописи о стечају (уз одређене изузетке).¹⁴ Другим речима, примењују се одредбе закона којима се уређује стечај привредних друштава, а то су одредбе ЗОС.

Имајући у виду да су одредбе ЗОС, којима се регулише поступак продаје имовине стечајног дужника уопштене и предвиђају различите начине и методе продаје, Привредни апелациони суд је истакао да је „неопходно и постојање подзаконског акта којим би се технички регулисали детаљи поводом продаје имовине. [...] Стога, постојање правилника који доноси Агенција за осигурање депозита, а којим би се регулисао поступак продаје у техничком смислу, а који је у складу са Законом о стечају, је нужност – неопходност ради правилног спровођења продаје“.¹⁵ У том смислу, управни одбор Агенције за осигурање депозита донео је посебан правилник, којим се детаљније регулише уновчавање имовине банака у стечају.

Питање (не)могућности комбиновања метода продаје имовине банака као стечајних дужника поставило се у судској пракси управо због постојања Правилника АОД, који у односу на ЗОС детаљније регулише поступак продаје имовине, али поред метода који су регулисани у ЗОС, предвиђа и одређене методе, који представљају њихову комбинацију. Поставља се питање да ли комбиновање метода предвиђено подзаконским актом заиста представља само „техничко регулисање детаља поводом продаје имовине“ или је, ипак, реч о одредбама које нису усклађене са ЗОС.

Закон о стечају предвиђа три метода продаје имовине стечајног дужника: јавно надметање, јавно прикупљање понуда и непосредну погодбу.¹⁶ С друге стране, Правилником АОД предвиђено је да се продаја врши лицитацијом (јавним надметањем), тендером (јавним прикупљањем понуда) или непосредном погодбом, као законом предвиђеним начинима уновчавања имовине у стечајном поступку, *на начин како је њо предвиђено Правилником (подр. ауџ).*¹⁷ У том смислу, предвиђена су два облика јавног прикупљања понуда – тендер са побољшањем и тендер без побољшања понуда, као и два облика

изричитог законског овлашћења и на предлог Агенције за лиценцирање стечајних управника, министар је донео посебан правилник. Вид. Правилник о утврђивању националних стандарда за управљање стечајном масом, *Службени гласник РС*, бр. 62/2018, Национални стандард бр. 5.

14 Мирко Васиљевић, *Компанијско право – Право привредних друштава*, Београд, 2019, 709.

15 *Билтен Привредног апелационог суда*, бр. 3/2019, одговор на питање бр. 32, 147–148.

16 ЗОС, чл. 132 ст. 4.

17 Правилник АОД, чл. 5 ст. 1.

непосредне погодбе – уз оглашавање и кроз директне преговоре са заинтересованим лицем (без оглашавања).¹⁸ Ако се продаја врши јавним надметањем (лицитацијом), спроводи се лицитација са увећањем цене.¹⁹ Српско стечајно право је прихватило тзв. енглески тип аукције, односно аукцију са растућом ценом (*English auction, an ascending-price auction*), која представља најстарију, најпознатију и најчешћу врсту аукције.²⁰

У стечајном поступку „Универзал банке“ у обавештењу је наведено да се продаја планира методом „јавног прикупљања понуда уз побољшање“. С друге стране, у случају „МБ Унион банке“ као метод продаје предложена је „непосредна погодба уз оглашавање и електронско побољшање понуда.“²¹

1. Јавно прикупљање понуда уз побољшање

Јавно прикупљање понуда уз побољшање по својој правној природи представља комбинацију метода јавног прикупљања понуда и метода јавног надметања.²² Суд је до овог закључка дошао, имајући у виду то да поступак „побољшања“ након јавног прикупљања понуда и записничког отварања понуда подразумева да се приступа слању позива за побољшање понуда да би понуђачи у остављеном року упутили побољшану писану понуду за куповину имовине која је предмет продаје.²³

18 Правилник АОД, чл. 29, чл. 41 ст. 4.

19 Вид. део 7.2.1. Правилника АОД.

20 Аукција са растућом ценом спроводи се тако што се почетна цена увећава на начин да свака наредна понуда мора да буде већа од претходне за одређени „прираштај“, односно „лицитациони корак“ (*bid increment*) све док се не дође до једне – коначне највише понуде. Вид. Paul Klemperer, „Auction Theory: A Guide to the Literature“, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 13, Nr. 3/1999, 4; Ernan Haruvy, Peter T. L. Popkowski Leszczyc, *Internet Auctions – Foundations and Trends in Marketing*, Hanover, 2009, 6; Christina Ramberg, *Internet Marketplaces – The Law of Auctions and Exchanges Online*, Oxford, 2007, 135; Asunción Mochón, Yago Sáez, *Understanding Auctions*, Cham – Heidelberg – New York – Dordrecht – London, 2015, 12–13; Vijay Krishna, *Auction theory*, Amsterdam – Boston – Heidelberg – London – New York – Oxford – Paris – San Diego – San Francisco – Singapore – Sydney – Tokyo, 2010, 2.

21 Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 19/14 од 29. 4. 2021; Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 4797/12 од 5. 7. 2021.

22 Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 19/14 од 29. 4. 2021.

23 Поступак побољшања понуда подразумева да након записничког отварања понуда одбор за продају региструје „e-mail“ адресу и по могућству „ip“ адресу свих понуђача. Затим се приступа слању позива за побољшање понуда на регистровану „e-mail“ адресу понуђача са износом највише цене која је понуђена за предмет продаје. Ако понуђач у остављеном року не достави побољшану писану понуду са регистроване „e-mail“ адресе, сматраће се да остаје при датој понуди. Ако у

Овакву комбинацију метода продаје имовине стечајног дужника ЗОС не предвиђа. Закон о стечају предвиђа јавно надметање као усмену јавну продају и јавно прикупљање понуда као писмену јавну продају. У правној теорији се скреће пажња да терминологија ЗОС није усклађена са теоријом трговинског права, с обзиром на то да се у трговинском праву разликује, с једне стране, јавно надметање (које може бити усмено и писмено) и, с друге стране, закључење уговора прикупљањем понуда, где се само одређена лица, која су претходно одабрана у тзв. претквалификационом поступку,²⁴ позивају да упуте понуду.²⁵ Такво прикупљање понуда није јавно, јер је јавност ограничена.²⁶ Међутим, ЗОС користи термин „јавно прикупљање понуда“, што не значи да је стечајном управнику забрањено да продаје имовину нејавним прикупљањем понуда, већ значи да ће се у том случају примењивати правила о продаји непосредном погодбом.²⁷

Потребно је направити разлику између тзв. претквалификације, односно претквалификационог поступка, с једне стране, и комбинације метода продаје имовине, с друге стране. Комбинација метода продаје имовине стечајног дужника у наведеном случају из судске праксе подразумева да се најпре спроводи поступак прикупљања понуда, а затим се наставља са јавним надметањем (тзв. побољшање). С друге стране, претквалификациони поступак би требало третирати као „предфазу“, односно посебни поступак, који *прећиходи* прикупљању понуда. Другим речима, претквалификациони поступак није фаза (део) поступка прикупљања понуда, јер поступак прикупљања понуда почиње

остављеном року буду достављене побољшане понуде, одбор за продају поново упућује позив за побољшање понуде и такав поступак се понавља све док понуђачи упућују побољшане понуде. Вид. Правилник АОД, чл. 32.

24 Прикупљању понуда може претходити одређени „претквалификациони поступак“, односно тзв. „претквалификација“ за такмаце. Вид. Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Београд, 2021, 96. Претквалификациони поступак постоји ако је организатор надметања објавио оглас и позвао сва заинтересована лица да се пријаве како би након тога одлучио од којих ће лица затражити достављање понуде. Ради се о „предфази“, односно посебном поступку који претходи прикупљању понуда, чији је смисао да се одређена лица „квалификују“ за поступак прикупљања понуда. Претквалификациони поступак служи да се утврде учесници у лицитационом поступку, односно да се утврде правно релевантни елементи на основу којих може започети поступак лицитације. Након завршеног претквалификационог поступка, следи сама лицитација. Вид. Aleksandar Goldštajn, *Privredno ugovorno pravo*, Zagreb, 1967, 117. О правној природи претквалификационог поступка вид. више: М. Мишковић, 136–137.

25 Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд, 1996, 222–226; В. Радовић, 536.

26 Због тога се поступак прикупљања понуда зове и „ограничено“ јавно надметање. Вид. И. Јанковец, 226.

27 В. Радовић, 536.

након окончаног претквалификационог поступка. Његов смисао је да се одређена лица „квалификују“ за поступак прикупљања понуда. Спровођење претквалификационог поступка за циљ има да сузи број потенцијалних понудилаца како би организатор надметања разматрао само „озбиљне“ понуде које задовољавају одређене „почетне“ услове, без којих он не би закључио уговор са одређеним понудиоцима (не би ни разматрао њихове понуде) и када би му неки други услови у погледу тих понудилаца одговарали.²⁸ За разлику од тога, поступак прикупљања понуда подразумева избор најбољег понудиоца „директно“ на основу приспелих понуда, односно без претходне фазе у којој би се најпре сузио круг потенцијалних понудилаца.

Ако је објављени оглас био упућен неодређеном броју лица, то значи да свако заинтересовано лице може поднети своју понуду у складу са условима објављеног огласа. У овом случају се не поставља питање претквалификационог поступка, већ се ради о јавном прикупљању понуда. Међутим, ако је организатор надметања објавио оглас и позвао сва заинтересована лица да се пријаве, да би након тога одлучио *од којих лица ће запитражити достављање понуде*, тада се може говорити о постојању претквалификационог поступка.²⁹ На основу пристиглих пријава у претквалификацији, позивалац бира такмаце, које позива да му доставе писане понуде ради учешћа у надметању, јер сматра да су у стању да обаве тражени посао на основу доказа које су поднели о постављеним условима.³⁰ Дакле, претквалификација ће се, по правилу, спроводити када је предмет писаног надметања посебно сложен, вредан и ризичан, а ради се о обављању одређеног посла, ако су испуњени (претходно) постављени услови како би се уопште учествовало у писаном надметању (на пример, искуство, опрема, стручни радници, финансијско стање, неосуђиваност и слично).³¹ За разлику од тога, код продаје имовине стечајног дужника, такви услови се, по правилу, не постављају, односно претквалификација се не спроводи.

Имајући у виду да Закон о стечају садржи императивне норме, а не предвиђа комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника, немају утицаја наводи жалбе стечајног управника (АОД) да је метод продаје са електронским побољшањем понуда у пракси показао најбоље резултате, јер су њим остварене најбоље цене продаје.³² Из истог разлога,

28 М. Мишковић, 136–137.

29 *Ibid.*, 136.

30 И. Јанковец, 264.

31 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 96. Фаза претквалификације често претходи фази надметања на међународним лицитацијама. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2016, 57.

32 Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021; Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 314/21 од 6. 10. 2021.

Правилником АОД се комбиновање метода продаје имовине не може предвидети, већ се само може детаљније регулисати сам поступак продаје имовине стечајног дужника. Због тога је суд истакао да се „продаја може вршити искључиво законом (*йодв. ауиј.*) прописаним методима“.³³ Стога није од утицаја ни то што је одбор поверилаца дао сагласност на комбиновани метод продаје. Аргумент наведен у жалби стечајног управника (АОД) на решење Привредног суда у Београду да је Агенција за осигурање депозита самостални правни субјект који је функционално независан од било ког државног органа,³⁴ као и да је начин продаје у „искључивој нормативној јурисдикцији Агенције није прихватљив, јер АОД не може поступати супротно одредбама ЗОС, без обзира на своју самосталност“.³⁵

2. Непосредна погодба уз оглашавање и електронско побољшање понуда

Непосредна погодба уз оглашавање и електронско побољшање понуда по својој правној природи такође представља комбинацију различитих метода продаје имовине стечајног дужника. Правилником АОД предвиђено је да је код стечаја банака непосредна погодба могућа после неуспеле продаје тендером или лицитацијом. Ако такве продаје није било, продаја непосредном погодбом могућа је у два случаја: прво, у случају продаје покретних ствари мање вредности (процењене вредности до 2000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије); и друго, у случају да одбор директора донесе такву одлуку.³⁶ При том, продаја имовине банака у стечају може се извршити непосредном погодбом искључиво ако је такав начин продаје унапред одобрио одбор поверилаца.³⁷

Непосредна погодба се може спровести уз оглашавање и без оглашавања – кроз директне преговоре са заинтересованим лицем.³⁸

33 Решење Привредног суда у Београду 1. Ст 19/14 од 29. 4. 2021. Овај став изражен је и раније у судској пракси. Вид. *Билијен Привредној апелационој суда*, бр. 3/2019, одговор на питање бр. 28, 140–141.

34 Вид. Закон о Агенцији за осигурање депозита – ЗАОД, *Службени гласник РС*, бр. 14/2015 и 51/2017, чл. 1 ст. 2.

35 Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021; Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021. Наводи жалбе о „искључивој нормативној јурисдикцији“ Агенције односе се на одредбу ЗАОД, по којој управни одбор Агенције доноси опште акте којима се уређује поступање Агенције као стечајног управника, у складу са ЗОСЛБДО. Вид. ЗАОД, чл. 13 ст. 1 тач. 6.

36 Правилник АОД, чл. 41 ст. 1 и 2 у вези са чл. 3 ст. 6.

37 Правилник АОД, чл. 41 ст. 3.

38 Правилник АОД, чл. 41 ст. 4.

Непосредна погодба уз оглашавање подразумева објављивање огласа о продаји имовине. Међутим, није исправно овакав метод продаје имовине називати „непосредном погодбом уз оглашавање“, с обзиром на то да продаја непосредном погодбом представља приватну (нејавну) продају, те не може бити „уз оглашавање“.³⁹ Продаја непосредном погодбом спроводи се тако што стечајни управник *директно обавештава* једног или више потенцијалних купаца о предмету и условима продаје и по обављеним преговорима закључује уговор о продаји.⁴⁰

Дакле, непосредна погодба не подразумева објављивање огласа и позивање сваког заинтересованог лица да упути понуду. Стога, иако Правилник АОД као посебан метод продаје предвиђа непосредну погодбу уз оглашавање, не ради се о непосредној погодби, јер оглашавање подразумева позивање неодређеног броја лица да упути понуду, што је неспојиво са природом непосредне погодбе. Стечајни управник поступак непосредне погодбе може спровести и тако што ће позив за подношење понуда упутити одређеним индивидуално позваним лицима. У овом случају се не ради о јавном надметању и јавном прикупљању понуда, код којих се позив упућује неодређеном броју лица, већ је надметање ограничено, с обзиром на то да у надметању учествују само индивидуално позвана лица.⁴¹ Међутим, не ради се ни о непосредној погодби уз оглашавање, јер оглашавање подразумева објављивање огласа на интернет страници АОД и у средствима јавног информисања,⁴² што значи да је у том случају оглас упућен неограниченом броју лица. Значи, непосредна погодба уз оглашавање по својој правној природи није непосредна погодба, већ јавно прикупљање понуда.

У судској пракси је истакнуто да непосредна погодба уз оглашавање и електронско побољшање понуда по својој правној природи представља комбинацију метода јавног прикупљања понуда, метода јавног надметања и непосредне погодбе.⁴³ Поступак електронског побољшања представља јавно надметање, док непосредна погодба уз оглашавање представља јавно прикупљање понуда. Међутим, суд је, с обзиром на назив метода продаје, истакао да се поред јавног надметања и јавног прикупљања понуда комбинују и елементи непосредне погодбе. Суд је стао на становиште да елементи непосредне погодбе постоје,

39 Једна од основних карактеристика непосредне погодбе је нејавност, и то је кључна разлика у односу на друге начине продаје у стечају. Вид. В. Радовић, 545.

40 *Ibid.*, 544.

41 *Ibid.*, 546.

42 Правилник АОД, чл. 43 ст. 1.

43 Решење Привредног суда Ст 4797/12 од 5. 7. 2021; Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021.

јер се по проглашењу најбољег понудиоца са њим приступа „*нейосредном њреїоварању (їодв. ауїї.)* и закључењу уговора“. Међутим, да би постојали елементи непосредне погодбе требало би да по окончању надметања буде могуће спровођење непосредног преговарања са најбољим понудиоцем и, као резултат тога, његова (најбоља) понуда би се могла мењати. С обзиром на то да најбољи понудилац не мења своју понуду коју је доставио у поступку јавног прикупљања понуда, не може бити речи о непосредном преговарању, односно о постојању елемената непосредне погодбе.⁴⁴

Додатно, суд је заузео став о постојању елемената непосредне погодбе, имајући у виду да после завршетка јавног отварања понуда одбор за продају оцењује понуде у року од три дана од дана отварања понуда и понуду *може одбити као неприхватљиву*, ако оцени да је неадекватна у односу на процењену вредност предмета продаје.⁴⁵ Осим процењене тржишне вредности имовине, узимају се у обзир и следећи критеријуми: стање објекта/имовине у грађевинском смислу; употребна вредност и могућност издавања у закуп, као и могући приходи по том основу; трошкови обезбеђења, осигурања и други зависни трошкови; очекиване инвестиционе и грађевинске активности на локацији на којој је имовина; преостало време до очекиване главне/завршне деобе и тржишна кретања.⁴⁶ То значи да је према Правилнику АОД могуће да не дође до закључења уговора са најповољнијим понудиоцем, с обзиром на то да стечајни управник има дискреционо право да и најповољнију понуду оцени као „неприхватљиву“. Закон о стечају не предвиђа дискреционо право стечајног управника да оцењује да ли је достављена понуда прихватљива или неприхватљива с обзиром на процењену тржишну вредност предмета продаје. Стога је суд истакао да „уколико је поступак јавног надметања спроведен према свим прописаним условима из Закона о стечају, по његовом окончању и проглашењу најповољнијег понуђача, стечајни управник је у обавези да закључи уговор са најповољнијим понуђачем.“⁴⁷

44 Непосредна погодба би постојала и када би у поступку јавног прикупљања понуда била достављена само једна понуда, при чему би Агенција тражила од јединог понудиоца да побољша своју понуду.

45 Правилник АОД, чл. 34, чл. 35 ст. 4, чл. 36 ст. 3.

46 Правилник АОД, чл. 3 ст. 5.

47 Решење Привредног суда у Београду Ст 4797/12 од 5. 7. 2021; Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021.

Напомена – Потребно је нагласити да се уговор о продаји у стечају по природи ствари закључује када се имовина продаје непосредном погодбом, док код јавног надметања и јавног прикупљања понуда уговор о продаји, иако се у пракси увек закључује, није потребан, имајући у виду да се у тим случајевима својина на купца

Може се закључити да одредба Правилника АОД по којој стечајни управник не мора закључити уговор са најповољнијим понудиоцем због неприхватљивости његове понуде није у складу са Законом о стечају. Стечајни управник је дужан да прихвати најповољнију понуду, имајући у виду да јавна продаја у стечају спада у категорију јавних продаја „без резерве“.⁴⁸ С обзиром на то да постоји обавеза закључивања уговора о продаји са најповољнијим понудиоцем, а спроводи се поступак оглашавања, не може се говорити о елементима непосредне погодбе, иако се метод продаје у Правилнику АОД назива „непосредна погодба уз оглашавање“.

Дакле, у наведеном случају ради се о комбиновању метода јавног прикупљања понуда и јавног надметања (у домену спровођења тзв. побољшања) без елемената непосредне погодбе. Међутим, како је објашњено у претходном делу рада, комбиновање метода предвиђено Правилником АОД је *contra legem*, па је суд оправдано обуставио спровођење продаје имовине стечајног дужника.

Додатни аргумент због кога се комбиновање метода јавног прикупљања понуда и јавног надметања не може спровести је то што обавештење стечајног управника и оглас о продаји морају садржати услове који су Законом о стечају предвиђени за сваки метод продаје. Метод јавног надметања је у том смислу најзахтевнији, с обзиром на то да обавештење стечајног управника и оглас о продаји морају, између осталог, садржати и почетну цену и услове под којима ће се извршити јавно

преноси без правног посла, независно од воље власника – одлуком суда. Штавише, према Закону о стечају, без обзира на то о ком методу продаје имовине стечајног дужника се ради, основ за стицање својине купца није уговор о продаји, већ судско решење. Дакле, и када се имовина продаје непосредном погодбом, основ стицања својине није уговор о продаји, већ решење стечајног судије којим се констатује да је продаја извршена. Вид. ЗОС, чл. 133 ст. 13. Више о томе: Маша Мишковић, „Стицање својине на непокретним стварима у извршном и стечајном поступку“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2021, 192–196; Драгиша Слијепчевић, „Правни пут законитог оспоравања продаје имовине стечајног дужника“, *Правни живоић*, бр. 11/2019, 117–118.

48 В. Радовић, 537; М. Мишковић (2020), 72.

Напомена – Када се аукција врши „без резерве“, то значи да је аукционар дужан да закључи уговор са најповољнијим понудиоцем, односно да у огласу не може искључити своју обавезу закључења уговора. Насупрот томе, аукција „са резервом“ подразумева да је аукционар у огласу искључио своју обавезу закључења уговора са најбољим понудиоцем. Више о томе вид.: Миодраг Мићовић, *Јавно надмећање*, докторска дисертација, Крагујевац, 1988, 32; М. Васиљевић (2016), 58; И. Јанковец, 225; Joseph Bateman, *A Practical Treatise on the Law of Auctions (With Forms and Directions to Auctioneers)*, London, 2017 (1st edition by Henry N. Sheldon, Boston, 1833), 163; Brian W. Harvey, Franklin Meisel, *Auctions Law and Practice*, Oxford, 2006, 232.

надметање.⁴⁹ Код јавног прикупљања понуда и непосредне погодбе нема почетне цене, већ само процењене вредности имовине. То би значило да би код комбиновања одређеног метода продаје са методом јавног надметања (и када би комбиновање било дозвољено) у обавештењу и огласу морала да се наведе почетна цена, јер би такав оглас морао садржати све услове који се траже за јавно надметање.⁵⁰ У обавештењу које је АОД као стечајни управник доставила почетна цена није наведена. То значи да нису испуњени услови за спровођење јавног надметања, те је то додатни аргумент против предложеног комбиновања метода продаје имовине стечајног дужника, без обзира на одредбе Правилника АОД.

IV Закључак

Један од задатака стечајног управника је да одреди најповољнији метод продаје имовине стечајног дужника како би се остварио циљ стечаја – најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности његове имовине. Закон о стечају предвиђа три метода продаје имовине стечајног дужника (јавно надметање, јавно прикупљање понуда и непосредну погодбу), али не предвиђа могућност њиховог комбиновања. Комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника није била интенција законодавца, што се види и из одредбе која прописује садржину обавештења стечајног управника о намери, плану продаје, начину уновчења, методу продаје и роковима продаје. Наиме, ЗОС одређује садржину обавештења *йосебно* за сваки од три метода продаје имовине стечајног дужника.

Комбиновање метода које је предвиђено Правилником АОД супротно је одредбама ЗОС. Иако је замисао била да се комбиновањем метода продаје, односно предвиђањем могућности побољшања понуда омогући учесницима продаје да побољшају своје понуде како би се остварио основни циљ стечаја, такво повећање понуда се остварује и јавним надметањем, које је законом предвиђено као дозвољени метод продаје. За сваког учесника јавног надметања постоји подстицај да упућује понуде са ценом која тежи његовој максималној цени, како би избегао да пропусти прилику да купи предмет аукције за цену мању од оне коју је спреман да плати.

Дакле, комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника, иако је регулисано Правилником АОД, *de lege lata* није дозвољено, па је потребно усклађивање Правилника АОД са Законом о стечају. Питање

49 ЗОС, чл. 133 ст. 4 тач. 3.

50 Решење Привредног апелационог суда 8 Пвж 308/21 од 22. 9. 2021.

које остаје отворено је да ли је *de lege ferenda* Законом о стечају потребно предвидети могућност комбиновања метода продаје имовине стечајног дужника ради остваривања циља стечаја, ако се највећа могућа вредност имовине стечајног дужника може остварити и путем јавног надметања, које је предвиђено као дозвољени метод продаје. Код јавног надметања постоји почетна цена која се у току поступка надметања повећава, док код јавног прикупљања понуда не постоји почетна цена, већ само процењена вредност имовине. При том, она не представља минималну цену за предмет продаје, те оглас о продаји путем јавног прикупљања понуда садржи назнаку да процењена вредност није минимално прихватљива вредност, нити је на било који други начин обавезујућа или опредељујућа за понуђача приликом одређивања висине понуде коју ће упутити. То значи да се у поступку јавног прикупљања понуда може десити да буде достављена понуда која је нижа од наведене процењене вредности. Због тога се чини да би предвиђање могућности комбиновања метода продаје имовине стечајног дужника било од значаја управо када се спроводи поступак јавног прикупљања понуда, како би се омогућило да се не остане на најповољнијој понуди из тог поступка (која је, примера ради, нижа од процењене вредности имовине), већ да постоји могућност побољшања, односно повећања понуда у поступку јавног надметања.

Коришћена литература

- Bateman Joseph, *A Practical Treatise on the Law of Auctions (With Forms and Directions to Auctioneers)*, London, 2017 (1st edition by Henry N. Sheldon, Boston, 1833).
- Бодирога Никола, *Теорија извршној правосудној пракси*, Београд, 2012. (Bodiroga Nikola, *Teorija izvršnog postupka*, Beograd, 2012)
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право – Право привредних друштва*, Београд, 2019. (Vasiljević Mirko, *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, Београд, 2016. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2016)
- Goldštajn Aleksandar, *Privredno ugovorno pravo*, Zagreb, 1967.
- Јанковец Ивица, *Привредно право*, Београд, 1996. (Jankovec Ivica, *Privredno pravo*, Beograd, 1996)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2021)

- Klamaris Nikolas, „Zum Stand des griechischen Zwangsvollstreckungsrechts – eine zusammenfassende Skizze“, *Zeitschrift für Zivilprozess*, Nr. 4/2008.
- Klemperer Paul, „Auction Theory: A Guide to the Literature“, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 13, Nr. 3/1999.
- Мићовић Миодраг, *Јавно надметање*, докторска дисертација, Крагујевац, 1988. (Мићовић Миодраг, *Јавно надметање*, докторска дисертација, Крагујевац, 1988)
- Мишковић Маша, „Стицање својине на непокретним стварима у извршном и стечајном поступку“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2021)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2021. (Мишковић Маша, „Sticanje svojine na nepokretnim stvarima u izvršnom i stečajnom postupku“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2021)* (ur. Vuk Radović), Beograd, 2021)
- Мишковић Маша, *Правна љприрода аукције*, докторска дисертација, Београд, 2020. (Мишковић Маша, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Београд, 2020)
- Mochón Asunción, Sáez Yago, *Understanding Auctions*, Cham –Heidelberg – New York –Dordrecht – London, 2015.
- Радовић Вук, *Стечајно љправо*, Београд, 2018. (Radović Vuk, *Stečajno pravo*, Beograd, 2018)
- Ramberg Christina, *Internet Marketplaces – The Law of Auctions and Exchanges Online*, Oxford, 2007.
- Rotem Yaad, Dekel Omer, „The Bankruptcy Auction as a Game-Designing an Optimal Auction in Bankruptcy“, 28 February 2012, доступно на адреси: <http://ssrn.com/abstract=2270945>, 10. 3. 2021.
- Слијепчевић Драгиша, „Правни пут законитог оспоравања продаје имовине стечајног дужника“, *Правни животи*, бр. 11/2019. (Slijepčević Dragiša, „Pravni put zakonitog osporavanja prodaje imovine stečajnog dužnika“, *Pravni život*, br. 11/2019)
- Harvey Ernán, Popkowski Leszczyc Peter T. L., *Internet Auctions – Foundations and Trends in Marketing*, Hanover, 2009.
- Harvey Brian W., Meisel Franklin, *Auctions Law and Practice*, Oxford, 2006.

Maša MIŠKOVIĆ, PhD

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMBINING METHODS OF SALE OF BANKRUPTCY DEBTOR'S PROPERTY

Summary

Serbian Law on Bankruptcy provides for three methods of sale of bankruptcy debtor's property: public auction, public collection of offers and direct agreement. The case law raises the question of the (im)possibility of combining the methods of sale of the bankruptcy debtor's property. For example, the question arises whether it is possible to sell the bankruptcy debtor's property, firstly, by conducting a public collection of offers, and after that a public auction, in order to reach the highest possible value of the bankruptcy debtor's property. Hence, the main question in this paper is whether it is possible to combine the methods of sale of the bankruptcy debtor's property, if it represents a way of achieving the highest value of the bankruptcy debtor's property. This issue is important, given that the main aim of bankruptcy shall be to ensure the most favorable collective settlement of bankruptcy creditors by achieving the highest possible value for the bankruptcy debtor's property.

Key words: *Bankruptcy Debtor. – Bank Insolvency. – Sale of Bankruptcy Debtor's property. – Method of Sale of Property. – Combining Methods of Sale of Property.*

Датум пријема рада: 3. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 21. 3. 2022.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 004.78:336.717

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22107A

Јована МИХАИЛОВИЋ*

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

Ивана ТЕРЗИЋ ДАНИЛОВИЋ**

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ПРУЖАОЦИ УСЛУГА ПОВЕЗАНИХ С ВИРТУЕЛНИМ ВАЛУТАМА – ПОЈЕДИНИ СТАТУСНОПРАВНИ АСПЕКТИ

Сажетак

Будући да су пружаоци услуга повезаних с дигиталном имовином нови субјекти у нашем правном систему, циљ аутора јесте да укажу на основна стајанскоправна решења домаће позитивне права у вези са тим субјектима, у делу који се односи на пружање услуга повезаних с виртуелним валутама. У првом делу рада даје је преглед правних извора домаће права и, у циљу приказа шире слике, права ЕУ. Појам је анализиран појам пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама и начин стицања тој својства. У централном делу рада, даје је приказ дозвољених делатности пружаоца услуга, као и приказ услова за обављање тих делатности. Најослејку, анализирани су начини пресјанка својства пружаоца услуга. Закључено је да је одређење за конзервативнији приступ у регулацији ових субјеката домаће законо-

* Електронска адреса аутора: jov.mihailovic@gmail.com.

** Електронска адреса аутора: ivanaterzicdanilovic@gmail.com.

давца последица појиребе да се обезбеди крајња ојрезности у иримени иројисаних захтјева, а како би мојућности за евенјуалне злоупотребе, с обзиром на ирироду услуја које ће иружати, биле сведене на минимум.

Кључне речи: *Пружалац услуја повезаних с виртуелним валућама. – Дијипална имовина. – Крипћо имовина. – Услуге повезане с виртуелним валућама.*

I Увод

Почетком примене Закона о дигиталној имовини, област дигиталне имовине и пословање у вези са дигиталном имовином постали су законом уређени, а створени су и предуслови за детаљно подзаконско уређење појединих аспеката пословања у вези са дигиталном имовином.¹ Овај закон ступио је на снагу 29. децембра 2020. године, а примењује се од 29. јуна 2021. године.² На тај начин, Република Србија постала је једна од првих држава Европе које су законом уредиле област дигиталне имовине. Наиме, када је предметни закон ступио на снагу, само су три државе чланице Европске уније (Француска, Немачка и Малта) имале већ успостављене националне режиме којима су уређени поједини аспекти крипто имовине.³ Свакако, не треба изгубити из вида чињеницу да су још 2017. године виртуелне валуте препознате од стране домаћег законодавца као значајне с аспекта адекватног

1 Закон о дигиталној имовини – ЗДИ, Службени иласник РС, бр. 153/2020.

2 ЗДИ, чл. 146.

3 Студија утицаја Предлога уредбе о пилот режиму за тржишну инфраструктуру засновану на DLT технологији (*Commission staff working document, Impact assessment, Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology*, SWD (2020) 201, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020SC0201&from=EN>, 16. 1. 2022, 13. На овом месту даје се и напомена да се, када се говори о правном оквиру Европске уније, користи термин крипто имовина (енг. *crypto-assets*), у складу са терминологијом предложеном регулативом ЕУ. Према истраживању спроведеном од стране Универзитета у Кембриџу, а у вези са самом терминологијом која се од стране надлежних тела користи за виртуелне валуте, наводи се да постоји најмање десет различитих термина који се употребљавају. Ипак, термин „виртуелна валута“ највише је заступљен, с тим да се термини „виртуелна валута“, „дигитална валута“ и „крипто валута“ користе као синоними. Вид. Apolline Blandin, Ann Sofie Cloots, Hatim Hussain, Michel Rauchs, Rasheed Saleuddin, Jason Grant Allen, Bryan Zhang, Katherine Cloud „The Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study“, *Cambridge Centre for Alternative Finance*, University of Cambridge, доступно на адреси: [2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf \(cam.ac.uk\)](https://www.ccaaf.ac.uk/wp-content/uploads/2019/04/ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf), 11. 1. 2022, 34.

управљања ризиком од прања новца и финансирања тероризма.⁴ Наиме, тада важећим одредбама закона који уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма било је, између осталог, предвиђено да су лица која се баве пружањем услуга куповине, продаје или преноса виртуелних валута или замене тих валута за новац или другу имовину, односно лица која посредују при пружању тих услуга, обвезници тог закона.⁵ Важећи закон који уређује област спречавања прања новца и финансирања тероризма, уместо тих лица, а имајући у виду одредбе Закона о дигиталној имовини, као обвезнике препознаје пружаоце услуга повезаних с дигиталном имовином и детаљно прописује њихове обавезе с аспекта управљања ризиком од прања новца и финансирања тероризма и слично.⁶

Предмет уређења Закона о дигиталној имовини јесте издавање дигиталне имовине и секундарно трговање дигиталном имовином у Републици Србији, заложно и фидуцијарно право на дигиталној имовини, али и пружање услуга повезаних с дигиталном имовином; надлежност надзорних органа и сам надзор над применом закона.⁷ Наиме, Закон о дигиталној имовини, поред утврђивања значења појма дигиталне имовине,⁸ појмовно одређује и две врсте дигиталне имовине, и то: виртуелну валуту и дигитални токен.⁹ Посебно појмовно одређење наведених врста дигиталне имовине има законом утврђене практичне последице на надлежности надзорних органа. Народна банка Србије надлежна је за питања из тог закона која се односе на одлучивање у управним поступцима, доношење подзаконских аката, надзор над обављањем послова и остваривање других права и обавеза надзорног органа у делу који се односи на виртуелне валуте као врсту дигиталне имовине. С друге стране, Комисија за хартије од вредности надлежна је за наведена питања у делу који се односи на дигиталне токене као врсту

4 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017, чл. 4 ст. 1 тач. 17. Закон је ступио на снагу у децембру 2017. године, а примењује се од 1. априла 2018. године. Даље измене и допуне закона објављене су у *Службеном гласнику РС*, бр. 91/2019 и 153/2020.

5 Наведено подразумева да су то лица која су дужна предузимати радње и мере за спречавање прања новца и финансирања тероризма, примера ради, идентификација корисника, узимање копије личног документа, одговарајуће извештавање надзорног органа, одређивање овлашћеног лица за предузимање наведених радњи и сл.

6 Закон о изменама и допунама закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 153/2020, као и ЗДИ, ступио је на снагу 29. децембра 2020. године, а примењује се од 29. јуна 2021. године.

7 ЗДИ, чл. 1.

8 ЗДИ, чл. 2 ст. 1 тач. 1.

9 ЗДИ, чл. 2 ст. 1 тач. 2 и 3.

дигиталне имовине, као и у делу који се односи на дигиталну имовину која има одлике финансијских инструмената.¹⁰

II Прописи Европске уније

У Европској унији још увек није усвојена регулатива која уређује област дигиталне имовине. Међутим, Европска комисија је 24. септембра 2020. године усвојила Пакет дигиталних финансија,¹¹ који укључује Предлог дигиталне финансијске стратегије за ЕУ¹² и предлоге регулативе о крипто имовини и отпорности финансијског сектора на сајбер претње.¹³ Чини се да се у самом Предлогу дигиталне финансијске стратегије за ЕУ пошло од тога да је област дигиталне имовине област која даје много могућности, али и област која истовремено подразумева изложеност значајним ризицима.¹⁴

- 10 ЗДИ, чл. 10 ст. 1 и 2. У вези са дигиталном имовином која има карактеристике и виртуелне валуте и дигиталног токена, на одлучивање у управним поступцима, доношење подзаконских аката, надзор над обављањем послова и остваривање других права и обавеза надзорног органа, сходно се примењују одредбе чл. 10 ст. 1 и 2. Вид. ЗДИ, чл. 10 ст. 3.
- 11 Вид. Пакет за дигиталне финансије (*Digital finance package*), доступно на адреси: https://ec.europa.eu/info/publications/200924-digital-finance-proposals_en, 14. 1. 2022.
- 12 Предлог дигиталне финансијске стратегије (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee and the Committee of the regions on a Digital Finance Strategy for the EU*, COM (2020) 591 final; даље у фуснотама: Digital Finance Strategy for the EU).
- 13 У питању су предлози три уредбе: Предлог уредбе о тржиштима крипто имовине и изменама (*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937*, COM(2020) 593 final – 2020/0265 (COD), 24. 9. 2020; даље у тексту и фуснотама: Предлог MiCA); Предлог уредбе о пилот режиму за тржишну инфраструктуру засновану на DLT технологији (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a pilot regime for market infrastructures based on distributed ledger technology*, COM(2020) 594 final – 2020/0267(COD), 24. 9. 2020); Предлог уредбе о дигиталној отпорности за финансијски сектор (*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014*, COM (2020) 595 final – 2020/0266 (COD), 24. 9. 2020; даље у тексту и фуснотама: Предлог DORA).
- 14 Вид. Joint Statement of the European Commission and Council on ‘stablecoins’, 5. 12. 2019, доступно на адреси: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/12/05/joint-statement-by-the-council-and-the-commission-on-stablecoins/>, 16. 1. 2022, тач. 2. Тренутно највеће прилике, али и највеће претње у области финансија, долазе из дигиталне области. Вид. Karel Lannoo, „Regulating crypto and cyberware in the EU“, *European Capital Markets Institute Policy Brief*, No 31, 2021, доступно на адреси: https://www.ecmi.eu/sites/default/files/ecmi_pb_no_31_kl_regulating_crypto_and_cyberware_in_the_eu.pdf, 17. 1. 2022.

У вези са предложеним регулаторним оквиром за крипто имовину, прави се разлика између, с једне стране, крипто имовине на коју је постојећи регулаторни оквир ЕУ примењив – у питању је она крипто имовина која може бити квалификована или као *финансијски инструменти*,¹⁵ у складу са Директивом о тржиштима финансијских инструмената,¹⁵ или као *електронски новац*, у складу с Директивом о електронском новцу¹⁶ и, с друге стране, оне крипто имовине на коју постојећа регулатива ЕУ није примењива.¹⁷ За обе ове врсте крипто имовине, предузимање регулаторних мера на нивоу ЕУ имаће позитивно дејство – у вези са првом врстом дигиталне имовине, регулаторна активност ће обезбедити правну сигурност, тј. постаће јасно да ли се и у којим случајевима примењује легислативни оквир ЕУ који уређује финансијске услуге, док ће у вези са другом врстом имовине усвајање регулативе предупредити правну несигурност која би се састојала у непостојању правила, што би свакако значило значајну изложеност ризику – како потрошача, тако и инвеститора.¹⁸ Предложена јединствена регулаторна правила у вези са крипто имовином, садржана су у предлозима три уредбе ЕУ: Предлогу уредбе о тржиштима крипто имовине, Предлогу уредбе о пилот режиму за тржишну инфраструктуру засновану на DLT технологији и Предлогу

15 Директива о тржиштима финансијских инструмената (*Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EC*, OJ L173/349, 12. 6. 2014; даље у тексту и фуснотама: MIFID II).

16 Директива о електронском новцу (*Directive 2009/110/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on the taking up, pursuit and prudential supervision of the business of electronic money institutions amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and repealing Directive 2000/46/EC*, OJ L 267/7, 10. 10. 2009; даље у тексту и фуснотама: EMD2).

17 У литератури се наводи да виртуелне валуте могу имати један од три облика: (1) тип 1 – чиста „јединица“ која се састоји само од уписа у „регистар“ – *Bitcoin* је пример; (2) тип 2 – токен који даје право на принос изведен из неке врсте имовине (примера ради, издати токен може представљати удео у привредном друштву); (3) тип 3 – токен који даје право на потраживање – то је право на одређен фонд новца, или неке друге структуре, *Theader* и *Ripple* пример су тог концепта. У том смислу, постоје и две регулаторне категорије у чији се обухват виртуелне валуте могу сврстати. Виртуелне валуте типа 3 могу бити третиране као дужничке хартије од вредности или, као и виртуелне валуте типа 2, могу бити обухваћене појмом „шеме за колективна улагања“. Међутим, постоји широка сагласност да виртуелне валуте типа 1 јесу у потпуности ван постојеће регулативе хартија од вредности, те се дискусија у погледу регулативе водила око тога да ли постоји потреба да се успостављањем новог регулаторног оквира и те јединице ставе у законодавне оквире. Наведено према Simon Gleeson, *The legal concept of money*, 1st edition, Oxford University Press, Oxford, 2018, 196 и 198.

18 Студија утицаја предлога уредбе о пилот режиму за тржишну инфраструктуру засновану на DLT технологији, 13.

DORA.¹⁹ Опредељење да се уместо директиве наведена питања регулишу уредбом произлази из потребе утврђивања јединственог скупа правила која би се непосредно примењивала на јединственом тржишту ЕУ.²⁰ У одсуству правила на нивоу ЕУ, три државе чланице (Француска,²¹ Немачка²² и Малта) успоставиле су националне режиме којима су уређени

19 Тако је Европска комисија предложила појашњење постојеће дефиниције финансијских инструмената садржане у MiFID II на начин да се тим појмом обухвате и финансијски инструменти засновани на технологији дистрибуиране базе података, а што је опредељујуће за примену MiFID II. Вид. Експланаторни меморандум уз Предлог MiCA (*Explanatory memorandum*), тач. 1.

20 *Ibid.*, тач. 2.

21 У Француској се, након исцрпних консултација и на основу извештаја стручњака, дошло до закључка да постоји потреба да буде успостављен посебан регулаторни оквир за иницијалну понуду крипто валута (енг. *Initial Coin Offering – ICO*), те је 2019. године донет Закона о расту и трансформацији фирми, чији је циљ био управо омогућавање раста малих и средњих предузећа, као и омогућавање запосленима и другим носиоцима интереса (енг. *stakeholders*) успостављање контроле над друштвом. Француски Закон о расту и трансформацији привредних друштава из 2019. године (*LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*; даље у фуснотама: PACTE Act), доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>, 17. 1. 2022. PACTE Act даје дефиницију дигиталне имовине, пружалаца услуга повезаних с дигиталном имовином, самих услуга повезаних с дигиталном имовином. Вид. Hubert de Vauplane, Victor Charpiat, *The Virtual Currency Regulation Review: France*, 2021, доступно на адреси: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/france>, 17. 1. 2022.

22 Закон којим је у правни оквир Немачке имплементирана Директива о спречавању прања новца (*Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU*, OJ L 156/43, 19. 6. 2018) AMLD V ступио је на снагу 1. јануара 2020. године (*Act on the Implementation of the Amendment Directive to the Fourth EU Money Laundering Directive*). Вид. Caroline Herkströter, Michael Born, Andreas Loeck, „Crypto Assets: Germany introduces new regulatory regime“, 2020, доступно на адреси: <https://www.regulationtomorrow.com/de/crypto-assets-germany-introduces-new-regulatory-regime/>, 17. 1. 2022.

Тим законом дошло је до измена неколико правних аката, укључујући и важне измене немачког Закона о банкарству (*Kreditwesengesetz*; даље у фуснотама: KWG), а у вези са крипто имовином. Новом регулативом уведена је нова финансијска услуга: „посао чувања дигиталне имовине“, који подразумева чување и администрирање дигиталне имовине, као и заштиту крипто имовине или приватних криптографских кључева. Лица која пружају наведене услуге треба да имају дозволу за обављање тих послова. Вид. KWG, чл. 32. Такође, крипто имовина може бити квалификована као један од постојећих облика финансијских инструмената, у складу са важећом регулативом. Дозвољено је да банке и инвестициона друштва обављају и наведене послове повезане с крипто имовином. Међутим, лица која обављају само послове чувања крипто имовине, изузета су од строгих захтева постављених KWG. Вид. Andreas Fillmann, „German Law Aspects of Crypto Assets“, *National Law*

поједини аспекти крипто имовине која не може бити квалификована као финансијски инструмент у смислу MIFID II нити као електронски новац у смислу EMD2.²³ Међутим, наведени национални режими се разликују. Најпре, правила у вези са лиценцирањем лица која пружају услуге повезане с дигиталном имовином у Француској нису обавезујућа, док на Малти и у Немачкој јесу обавезујућа; затим обухват крипто имовине и активности се разликује; као и мере које имају за циљ да обезбеде интегритет тржишта, односно спречавање злоупотреба.²⁴ Свакако, наведени правни режими биће на снази док се на нивоу ЕУ наведено питање не реши на јединствен начин.

III Појам и начин стицања својства пружаоца услуга

У складу са Законом о дигиталној имовини, пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином јесте правно лице које пружа једну или више услуга повезаних с дигиталном имовином у смислу закона.²⁵ Даље је прописано да то може бити само оно правно лице које има правну форму привредног друштва.²⁶ Наведено значи да пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином мора бити организован у некој од четири законом прописане форме привредних друштава (орточко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво).²⁷ Имајући у виду наведено, предузет-

Review, Vol. 10, Nr. 93/2020, доступно на адреси: <https://www.natlawreview.com/article/german-law-aspects-crypto-assets>, 17. 2. 2022.

- 23 За правни извор на Малти вид. Закон о виртуелној финансијској имовини из 2018. године (*The Virtual Financial Assets Act, Act XXX of 2018 as amended by Legal Notice 106 of 2021 and Act XLVI of 2021*), доступно на адреси: <https://legislation.mt/eli/cap/590/eng/pdf>, 17. 1. 2022.
- 24 Студија утицаја Предлога уредбе о пилот режиму за тржишну инфраструктуру заснивану на DLT технологији, 89 и даље.
- 25 Вид. ЗДИ, чл. 2 ст. 1 тач. 5. Треба приметити да ЗДИ не дефинише посебно пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама, већ се у подзаконским актима надлежног органа прави разлика. Тако се, у смислу подзаконских аката Народне банке Србије, који су донети на основу ЗДИ, под пружаоцем услуга подразумева пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином у делу пословања који се односи на виртуелне валуте, а који је привредно друштво које има дозволу Народне банке Србије за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама. Вид, примера ради, Одлуку о ближим условима и начину вршења надзора над пружаоцем услуга повезаних с виртуелним валутама и издаваоцем и имаоцем виртуелних валута – Одлука о надзору, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021, тач. 2 ст. 1 алинеја 1.
- 26 ЗДИ, чл. 52.
- 27 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021, чл. 2 и 8. С друге

ници не могу бити пружаоци услуга повезаних с дигиталном имовином.²⁸

Својство пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином могу стећи како новооснована привредна друштва, тако и она привредна друштва која већ егзистирају у правном промету. Међутим, финансијске институције под надзором Народне банке Србије (банке, друштва за осигурање, друштва за реосигурање, друштва за посредовање у осигурању, друштва за заступање у осигурању и заступници у осигурању, даваоци финансијског лизинга, друштва за управљање добровољним пензијским фондовима, платне институције и институције електронског новца) не могу стећи својство пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином.²⁹ Изузетно, прописано је да банке могу пружати услугу чувања и администрирања дигиталне имовине за рачун корисника дигиталне имовине и са тим повезане услуге, али само у делу чувања криптографских кључева.³⁰ При томе, за пружање те услуге банкама дозвола није потребна, већ је банка дужна да, најкасније 30 дана пре почетка, односно престанка пружања те услуге, обавести Народну банку Србије о намери почетка или престанка пружања те услуге, уз достављање прописане документације.³¹

С друге стране, из појединих одредаба Предлога МиСА долази се до закључка да, према предложеном ЕУ оквиру, платне институције и институције електронског новца могу пружати услуге повезане с крипто имовином.³² Тако се, примера ради, у одредби која уређује овлашћење

стране, лице које пружа само саветодавне услуге повезане с дигиталном имовином, може бити организовано у правној форми привредног друштва или предузетника или може да буде регистровано као физичко лице које у виду занимања обавља делатност слободне професије у складу са посебним прописима. ЗДИ, чл. 55 ст. 3.

28 У Предлогу МиСА наводи се да услуге повезане с крипто имовином пружају искључиво правна лица (енг. *legal person*) која имају пословно настањење у држави чланици ЕУ и која имају одобрење за рад као пружаоци услуга повезаних с крипто имовином, у складу са чл. 55 тог предлога. Вид. Предлог МиСА, чл. 53 ст. 1.

29 Вид. ЗДИ, чл. 13 ст. 2 у вези са чл. 2 ст. 1 тач. 15.

30 ЗДИ, чл. 13 ст. 3. У складу са ЗДИ, чување и администрирање дигиталне имовине за рачун корисника дигиталне имовине и са тим повезане услуге обухватају контролу над средствима помоћу којих се приступа дигиталној имовини (нпр. криптографски кључеви), као и са тим повезане услуге (нпр. администрирање средствима обезбеђења). ЗДИ, чл. 3 ст. 2.

31 ЗДИ, чл. 56 ст. 3.

32 У смислу чл. 4 ст. 4 Директиве о платним услугама на унутрашњем тржишту (*Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, OJ L 337, 23. 12. 2015; даље у фуснотама: PSD2*).

надлежних тела да одузму дозволу за рад пружаоцима услуга повезаних с крипто имовином наводи да је један од случајева у којима постоји такво овлашћење надлежних органа, случај када је пружалац услуга повезаних с крипто имовином изгубио одобрење за рад као платна институција у смислу Директиве о платним услугама на унутрашњем тржишту 2015/2366 (PSD2), односно као институција електронског новца у смислу EMD2, а у року од 40 календарских дана није дошло до промена у том смислу.³³ Даље се у делу у коме је уређена заштита новчаних средстава клијената, наводи да се поједине од тих одредаба не примењују на пружаоце услуга повезаних с крипто имовином који су институције електронског новца у смислу EMD2, односно платне институције у смислу PSD2.³⁴ До истог закључка се долази и анализом одредаба које се односе на сарадњу надлежних органа у погледу надзора, којима је, између осталог, предвиђено да ће, кад се пружалац услуга повезаних с крипто имовином бави другим активностима, осим оних које су обухваћене том уредбом – надлежни органи сарађивати са органима одговорним за надзор над тим активностима, укључујући и сарадњу с пореским органима.³⁵ Чини се да је опредељење за конзервативнији приступ у регулацији ових субјеката домаћег законодавца последица потребе да се обезбеди крајња опрезност у примени прописаних захтева, а како би могућности за евентуалне злоупотребе код ових субјеката, с обзиром на природу услуга које ће пружати, биле сведене на минимум.

У складу са Предлогом MiCA, услуге повезане с крипто имовином могу пружати само правна лица која имају седиште у држави чланици ЕУ и која су овлашћена као пружаоци услуга повезаних с крипто имовином.³⁶ Попут наведеног решења, и у српском праву се пословање пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама налази у режиму лиценцираних делатности,³⁷ што значи да се својство пружаоца услуга стиче добијањем дозволе надзорног органа (Народне банке Србије).³⁸

33 Предлога MiCA, чл. 56 ст. 2 тач. 6.

34 Предлога MiCA, чл. 63 ст. 4.

35 Предлога MiCA, чл. 85.

36 Добијено овлашћење омогућује пружаоцима услуга повезаних с крипто имовином да на целој територији ЕУ пружају услуге, на основу права пословног настањивања, укључујући филијалу, или на основу слободе пружања услуга. Вид. Предлог MiCA, чл. 53 ст. 1 тач. 3.

37 О системима настанка привредних субјеката, с обзиром на утицај воље „државе“, вид.: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 69–72. Систем одобрења се примењује за настанак привредних субјеката у ризичним делатностима, за чије успешно обављање је потребна већа имовина и стручност. Вид. *Ibid.*, 71.

38 Поступак одлучивања о захтеву за давање дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама уређен је ЗДИ и Одлуком о спровођењу одредаба Закона о

При томе, пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама немају обавезу да свом називу додају одредницу која би упућивала да су у питању пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама (ту обавезу немају ни платне институције ни институције електронског новца). Наиме, законодавац је сматрао да ти субјекти нису толико особени да буду посебна статусноправна форма, као нпр. банке.³⁹

Додатно, треба имати у виду да је, релевантним прописима, установљен и регистар пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама.⁴⁰ Сам упис пружалаца услуга у поменути регистар нема конститутивно дејство будући да пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама то својство стичу већ на основу дозволе надзорног органа.⁴¹ Међутим, то не значи да вођење регистра Народне банке Србије има само формални значај, који се исцрпљује искључиво у евидентирању прописаних промена у погледу садржине података који се у њему воде. Наиме, будући да је реч о регистру пружалаца услуга који води надзорни орган, који је истовремено, у складу са законом, надлежан како за давање – тако и за одузимање дозволе за пружање услуга повезаних

дигиталној имовини које се односе на давање дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама и сагласности Народне банке Србије – Одлука НБС о лиценцирању, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021, при чему се на поменути поступак сходно примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, ако ЗДИ не садржи другачија решења. Вид. ЗДИ, чл. 11 ст. 2. На пример, разлоге за одбацивање захтева ЗДИ посебно не регулише, већ се примењују одговарајуће одредбе Закона о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење. Тако ЗУП у чл. 59 ст. 1 предвиђа, између осталог, да је поднесак неуредан ако има недостатке који орган спречавају да поступи по њему, ако није разумљив или ако није потпун, док је ставом 2 тог члана предвиђено да, ако поднесак не буде уређен у року – орган решењем одбацује поднесак. Такође, чл. 92 ст. 1 тач. 6 ЗУП прописује да орган решењем одбацује захтев којим је покренут поступак, ако захтев не буде уређен у року који је одредио орган.

39 У погледу платних институција детаљније вид. Мирјана Радовић, „Платна институција као ново специјализовано привредно друштво“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Евројске уније* (2015) (ур. Вук Радовић), Београд, 2015, 187.

40 У регистре пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама, Народна банка Србије уписује податке о пружаоцима услуга повезаних с виртуелним валутама који имају дозволу за пружање ових услуга, као и о огранцима пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама у страним државама, односно пружаоцима услуга повезаних с виртуелним валутама који на основу сагласности Народне банке Србије ове услуге пружају непосредно у иностраној држави. ЗДИ, чл. 72 ст. 2. Детаљнија садржина регистра пружалаца ових услуга, као и начин на који Народна банка Србије води овај регистар, прописани су подзаконским актом. Вид. Одлука о садржини регистра пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама и ближим условима и начину вођења тог регистра – Одлука НБС о садржини регистра, *Службени гласник РС*, бр. 47/2021.

41 Одлука НБС о садржини регистра, тач. 1 ст. 2.

с виртуелним валутама, овај регистар по својој природи треба да представља најпотпунији преглед, у коме су на систематичан начин евидентиране све релевантне промене о свим пружаоцима услуга, укључујући и податке о одузимању дозволе тим лицима, и као такав треба да омогући заинтересованим лицима да се поуздају у податке из тог регистра.

Када је реч о самом поступку одлучивања надзорног органа, за разлику од важећих законских решења о поступцима давања дозволе за чије одлучивање је надлежна Народна банка Србије, главна законска новина је замена традиционалног негативног значења „ћутања управе“ и увођење претпоставке „позитивног ћутања управе“.⁴² Реч је о савременим тенденцијама које се уводе пре свега у циљу спречавања одуговлачења и спорости процедура за одлучивање, односно смањења појаве бирократије.⁴³ Међутим, имајући у виду кратак законски рок од 20 дана (дакле, не радних дана) од дана пријема захтева за одлучивање и обимност документације коју треба сагледати у том поступку, односно процене које треба извршити с обзиром на чињеницу да су ови субјекти *per definitionem* високоризични – чини се да поменута претпоставка може представљати приличан изазов за надлежни орган.⁴⁴

42 ЗДИ, чл. 11 ст. 4. Према том правилу, ако надзорни орган не одлучи о захтеву у прописаном року (тзв. „ћутање управе“), сматра се да је тај захтев усвојен наредног дана од дана истека рока за одлучивање.

43 Осим тога, могућност судске заштите постоји не само уколико је лице о чијим је правима, обавезама или правним интересима одлучивано незадовољно одлуком управе, те сматра да је правна норма повређена на његову штету, већ и уколико се ради о незаконитом пасивном држању управе (тзв. ћутању управе) у конкретном случају. Вид. Zoran R. Tomić, „Upravni spor i upravno sudovanje u savremenoj Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2010, 23.

44 Посебно је интересантно да наведено решење није инспирисано одредбама Предлога МиСА. Наиме, тај предлог прописује два нивоа одлучивања надзорног органа. Први, у ком надзорни орган у року од 25 радних дана од пријема захтева за давање дозволе оцењује потпуност захтева и потпуност достављене документације, те ако захтев није потпун, одређује рок до ког подносилац захтева треба да достави информације које недостају. У другом нивоу одлучивања, који започиње тек након пријема потпуног захтева, надзорни орган у року од три месеца од датума пријема потпуног захтева оцењује усклађеност подносиоца захтева са прописаним условима и доноси детаљну образложену одлуку о издавању или одбијању одобрења за рад подносиоцу захтева, при чему у обзир узима природу, обим и сложеност услуга повезаних с виртуелним валутама које подносилац захтева намерава да пружа. Вид. Предлог МиСА, чл. 55.

IV Делатност пружаоца услуга

Пружалац услуга повезаних с виртуелним валутама, поред услуга повезаних с дигиталном имовином, може да обавља само оне послове и услуге који су непосредно повезани са услугама повезаним с дигиталном имовином.⁴⁵ Под „пословима и услугама који су непосредно повезани са услугама повезаним с дигиталном имовином“ могу се сматрати продаја хардверских новчаника и осталих хардверских компоненти за приступ адреси дигиталне имовине; продаја и развој софтверских решења за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином и сл. Такође, ови субјекти могу пружати, без посебне дозволе надзорног органа, саветодавне услуге које се у Закону о дигиталној имовини јављају у виду инвестиционог саветовања, давања инвестиционих препорука, саветовања у вези са структуром капитала, пословном стратегијом, издавањем дигиталне имовине и сличним питањима, као и друге саветодавне услуге повезане с дигиталном имовином.⁴⁶ Даља операционализација заузетог опредељења „посебан субјект, посебна делатност“ спроведена је прописивањем правила да пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама) може поверити обављање само појединих, и то оперативних послова повезаних с пружањем услуга повезаних с дигиталном имовином трећем лицу, уз претходно обавештавање надзорног органа, најкасније 30 дана пре дана намеравањег поверавања, уз задржану одговорност за законито пословање лица коме је поверио обављање тих послова и уз обезбеђивање, у границама могућности, вршења надзора над таквим лицем.⁴⁷ Ако се томе дода забрана пружања услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама) од стране финансијских институција под надзором Народне банке Србије, као и забрана коришћења поменутих услуга од стране тих институција,⁴⁸ добија се заокружена, целовита слика о дозвољеним активностима као потврда доследно спроведеног правила о обављању ових активности од стране једног специјализованог привредног субјекта.

Изузетно, како је то напред и наведено, банке могу пружати услугу чувања и администрирања дигиталне имовине за рачун корисника

45 ЗДИ, чл. 4 ст. 2. Изузетно, правна лица која имају дозволу Комисије за хартије од вредности за обављање делатности брокерско-дилерског друштва или организатора тржишта у складу са законом којим се уређује тржиште капитала могу да пружају услуге повезане с дигиталном имовином по добијању дозволе надзорног органа за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином. ЗДИ, чл. 4 ст. 3.

46 ЗДИ, чл. 5.

47 ЗДИ, чл. 93. При томе, до поверавања не може доћи ако би то поверавање нарушило квалитет унутрашњих контрола тог пружаоца или би могло знатно угрозити законитост пословања тог пружаоца, његово финансијско стање или стабилност.

48 ЗДИ, чл. 13 ст. 2.

дигиталне имовине и са тим повезане услуге, али само у делу чувања криптографских кључева.⁴⁹ Имајући у виду природу саме те услуге, наведено решење се може сматрати оправданим, јер је реч о услузи која подразумева контролу над криптографским кључевима, као средствама помоћу којих се приступа дигиталној имовини. На тај начин, банке не бивају изложене ризицима који карактеришу дигиталну имовину, а са друге стране, имајући у виду чињеницу да су банке најзначајније и најстроже регулисане финансијске институције, у стању су да пруже висок квалитет наведене услуге и да се сматрају гарантом безбедности – у смислу спречавања злоупотреба у погледу приступа криптографским кључевима, што је битан сегмент поуздања корисника у пружање ове услуге. Наведена правила одраз су законодавног опредељења о обављању ових активности у нашем правном систему од стране једног субјекта, коме је, пак, забрањено бављење другим пословним активностима. Таквим решењем настоје се минимализовати ризици који могу настати у вези с њиховим пословањем и спречити да се евентуално негативно одразе на финансијски систем Републике Србије.

V Услови за обављање делатности

Услове за обављање делатности пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама, могли бисмо, имајући у виду захтеве њима постављене, поделити на услове који се односе на: а) капитал пружаоца услуга;⁵⁰ б) подобност појединих лица у пружаоцу услуга (члана управе и руководиоца пружаоца услуга и лица са квалификованим учешћем у пружаоцу услуга); и в) унутрашње акте пружаоца услуга.⁵¹ Сви услови за обављање делатности пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама морају да буду испуњени не само у тренутку добијања дозволе за пружање ових услуга, већ и све време обављања делатности. О важности испуњења прописаних захтева најбоље говори чињеница да је надзорни орган овлашћен да у случају престанка испуњења прописаних услова пружаоцу услуга одузме дозволу за обављање делатности.⁵²

49 ЗДИ, чл. 13 ст. 3.

50 ЗДИ, чл. 54. Одлука о начину израчунавања минималног капитала и извештавању о минималном капиталу пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама – Одлука о капиталу, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021.

51 Услови су садржани у ЗДИ и у Одлуци НБС о лиценцирању.

52 ЗДИ, чл. 137 ст. 2 тач. 1.

1. Капитал

Када је у питању износ минималног капитала привредног друштва које подноси захтев за давање дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама, тај износ прописан је законом⁵³ и зависи од ризичности услуге/услуга повезаних с виртуелним валутама коју/које привредно друштво намерава да пружа.⁵⁴ Прописана је обавеза одржавања капитала, те је пружалац услуга дужан да обезбеди да његов капитал током целог пословања буде у висини која није мања од износа прописаног минималног капитала.⁵⁵ Додатно, надзорни орган може (подзаконским актом) утврдити обавезу израчунавања капиталног захтева и то применом једног од два метода прописана законом: 1) метода укупне вредности трансакција с виртуелним валутама, односно укупне вредности виртуелних валута које чува и којима администрира тај пружалац услуга; или 2) метода фиксних трошкова. За сада обавеза израчунавања капиталног захтева применом неког од два законом прописана метода није предвиђена. Наведено подразумева да се минимални капитал израчунава на истоврсан начин за сва привредна друштва која су поднела захтев за давање дозволе за пружање једне или више услуга повезаних с виртуелним валутама, односно за све пружаоце услуга који имају дозволу Народне банке Србије за пружање тих услуга, тј. обим пословања или фиксни трошкови пословања нису за сада од значаја за потребе обрачуна минималног износа капитала.⁵⁶

53 ЗДИ, чл. 54.

54 Износ је најнижи (20.000 евра у динарској противвредности) када су у питању услуге пријема, преноса и извршења налога за куповину и продају дигиталне имовине за рачун трећих лица; услуге куповине и продаје дигиталне имовине за готов новац и/или средства на рачуну и/или електронски новац; услуге замене дигиталне имовине за другу дигиталну имовину; услуге чувања и администрирања дигиталне имовине за рачун корисника дигиталне имовине и са тим повезане услуге; услуге у вези са издавањем, понудом и продајом дигиталне имовине, са обавезом њеног откупа (покровитељство) или без те обавезе (агентура); као и услуге вођења регистра заложног права на дигиталној имовини. Захтевани (минимални) износ капитала је виши (50.000 евра у динарској противвредности) када су у питању услуге прихватања/преноса дигиталне имовине и управљања портфолиом дигиталне имовине. Коначно, највиши износ капитала (125.000 евра у динарској противвредности) захтева се за услугу организовања платформе за трговање дигиталном имовином. Међутим, ако привредно друштво намерава да организује платформу за трговање дигиталним токенима само једног издаваоца, минимални капитал износи 20.000 евра у динарској противвредности. ЗДИ, чл. 54. Уколико привредно друштво намерава да пружа више услуга за које су прописани различити износи минималног капитала, дужно је да има капитал у износу прописаном само за услугу односно услуге за које је прописан највиши износ минималног капитала, видети: Одлука о капиталу, тач. 2 ст. 2.

55 ЗДИ, чл. 54 ст. 4.

56 ЗДИ, чл. 54 ст. 1 и 2.

2. Подобност одређених лица

У погледу услова који се тичу подобности појединих лица у пружаоцу услуга, у складу са Законом, надзорни орган цени подобност следећих лица у пружаоцу услуга: члана/ова управе, руководиоца пружаоца услуга и лица са квалификованим учешћем у пружаоцу услуга. Ова лица налазе се у посебном режиму давања претходне сагласности на избор у случају члана управе/руководиоца пружаоца услуга, односно претходне сагласности за стицање квалификованог учешћа у пружаоцу услуга, имајући у виду значај ових лица за стабилно и сигурно руковођење односно управљање пружаоцем услуга. Пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином дужан је да прибави сагласност надзорног органа на избор члана управе и руководиоца тог пружаоца, као и да надзорни орган обавести о разрешењу, односно оставци члана управе или руководиоца тог пружаоца најкасније наредног дана од дана тог разрешења, односно оставке.⁵⁷ Такође, пружалац услуга, односно лице које намерава да стекне квалификовано учешће у пружаоцу услуга или да га увећа тако да стекне од 20% до 30%, више од 30% до 50% или више од 50% гласачких права или капитала у том пружаоцу, односно тако да постане његово матично друштво – дужно је да прибави претходну сагласност Народне банке Србије за ово стицање, односно увећање.⁵⁸

Када је реч о појму руководиоца пружаоца услуга, треба приметити да законодавац, изузев навођења да је реч о руководиоцу пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама),⁵⁹ ближе не одређује ово лице. Наиме, услови подобности за члана управе и руководиоца пружаоца услуга су идентични, и као такви регулисани истим законским и подзаконским нормама, без изричитог помена о односу ових лица, тј. о (не)дозвољености да исто лице буде и члан управе и руководиоца пружаоца услуга.⁶⁰ Ипак, прописано је да члан управе и руководиоца пружаоца услуга не могу бити чланови надзорног одбора у пружаоцу услуга.⁶¹ Да би се боље разумела улога члана управе и однос са руководиоцем пружаоца услуга, користан је осврт на општа правила нашег права у погледу система управљања привредним друштвом.⁶² Наиме, у дводомном систему управљања постоји раздвојеност вођења

57 ЗДИ, чл. 61.

58 Вид. ЗДИ, чл. 66; Одлука НБС о лиценцирању, тач. 27.

59 ЗДИ, чл. 56 ст. 2 тач. 12.

60 Вид. ЗДИ, чл. 60.

61 ЗДИ, чл. 60 ст. 5; Одлука НБС о лиценцирању, тач. 10 ст. 2.

62 Мисли се на примену ЗПД који се, у складу са ЗДИ, примењује на пружаоце услуга повезаних с дигиталном имовином, ако нису у супротности са ЗДИ. Вид. ЗДИ, чл. 53.

послова друштва од надзора над вођењем послова, тј. постоје два органа (надзорни одбор и један или више извршних директора који чине извршни одбор ако их је три или више).⁶³ С друге стране, код друштава која су оптирала за једнодомни систем управе, не врши се раздвајање између вођења послова друштва и надзора над вођењем послова, већ су обе те функције поверене једном органу.⁶⁴ Имајући у виду наведено, ако је управљање друштвом дводомно – обезбеђен је надзор над лицем које истовремено врши функцију законског заступника друштва и оперативно и непосредно води послове друштва, у делу који се односи на законско заступање (односно функцију извршног директора), те би се могло сматрати да нема сметњи за стицај функција извршног директора и руководиоца. С друге стране, ако је систем управљања једнодомни – уколико би исто лице било и директор (као једини члан управе) и руководиоца, исто би значило да би то лице требало „да врши надзор над самим собом“ у погледу обе функције – директора и руководиоца, те би се свакако више аргумената могло наћи за раздвајање ове две функције. Међутим, недостатак изричите законске забране, говори у прилог решењу да је на надзорном органу да, у складу са својом најбољом праксом и оценом сваког конкретног случаја – укључујући ту и процену сложености, обима и природе услуга које намерава да пружа одређено привредно друштво, донесе одлуку да ли је оправдано да исто лице буде и члан управе и руководиоца пружаоца услуга.⁶⁵ Сами захтеви у погледу стручних квалификација и оспособљености руководиоца пружаоца услуга у равни су са решењима предвиђеним за ова лица код платних институција и институција електронског новца,⁶⁶ и требало би у формалном смислу да створе претпоставке за квалитетно руковођење пружаоцем услуга.⁶⁷ Наиме, Народна банка Србије цени да ли лице

63 Вук Радовић, „Комисије одбора директора (надзорног одбора)“, *Корпоративно управљање за чланове управе привредног друштва* (ур. Вук Радовић, Катарина Ђулић), Београд, 2014, 115.

64 *Ibid.*

65 У циљу обезбеђивања транспарентности у пословању ових лица и примене опрезнијег приступа у регулацији ових субјеката, предвиђено је да најмање један члан управе пружаоца мора активно знати српски језик и имати пребивалиште на територији Републике Србије. Разлог прописивања наведене одредбе јесте да барем један члан управе пружаоца услуга буде повезан са Републиком Србијом, и то путем постојања пребивалишта, како би његово управљање пословањем пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама било ефективно и како би наведено лице имало стварни утицај на формирање пословне политике. Вид. Одлука НБС о лиценцирању, тач. 10 ст. 2.

66 Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014 и 44/2018, чл. 80 ст. 4.

67 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 10 ст. 3–5. Наведена одлука прописује и да сарадници тих лица, као и лица са квалификованим учешћем у пружаоцу услуга треба

предложено за члана управе, односно руководиоца пружаоца услуга има добру пословну репутацију на основу документације и доказа прописаних наведеним подзаконским актом, као и других података којима располаже, а може од подносиоца захтева затражити да достави и другу документацију за коју закључи да јој је потребна.⁶⁸ Новина у односу на приступ који је примењен код платних институција и институција електронског новца јесте изричито прописивање да Народна банка Србије може, при оцени пословне репутације наведених лица, узети у обзир и околност да то лице није поступило у складу с решењем Народне банке Србије којим му је изречена новчана казна у поступку вршења надзора над пружаоцем услуга у складу са Законом о дигиталној имовини и прописима Народне банке Србије, односно околност да је пружалац услуга платио изречену новчану казну уместо тог лица.⁶⁹

3. Унутрашњи акти

Коначно, највећи део захтева које привредно друштво треба да испуни да би добило дозволу за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама, односи се на пружање одговарајућих доказа надзорном органу који треба да покажу да је такво привредно друштво у стању да обезбеди испуњеност одговарајућих организационих, кадровских, техничких и других услова за континуирано, стабилно и сигурно пословање, што се, у поступку одлучивања по поднетом захтеву за давање дозволе, своди управо на постојање одговарајућих унутрашњих аката, чије предлоге, тј. нацрте подносилац захтева доставља надзорном органу који цени њихов квалитет у том поступку. У специјалном режиму претходне сагласности налазе се само општи акти пружаоца услуга. Општи акти пружаоца услуга су статут (ако је подносилац захтева акционарско друштво), односно оснивачки акт (одлука о оснивању или уговор о оснивању), који морају садржати елементе утврђене законом којим се уређују привредна друштва, као и правила пословања друштва.⁷⁰ Наведено значи да је пружалац услуга дужан да прибави претходну сагласност Народне банке Србије на своје опште акте, као и на измене и/или допуне општих аката.⁷¹

да буду подобна лица, а оцена саме те подобности даје се на темељу доказа о њиховој неосуђиваности, при чему је сам појам „сарадник“ прописан поменутом одлуком. Вид.: ЗДИ, чл. 68; Одлука НБС о лиценцирању, тач. 10 ст. 7–9.

68 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 11 ст. 1.

69 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 11 ст. 4.

70 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 5 ст. 1.

71 ЗДИ, чл. 64.

Општи акти пружаоца услуга су кровни документи једног пружаоца услуга. Сврха регистрације ових аката јесте омогућавање заинтересованим лицима да се упознају о основним подацима у погледу пословања, начина пружања услуга повезаних с виртуелним валутама и управе пружаоца услуга – као и да се у наведене податке могу поуздати као тачне, тј. као податке који одговарају стварном стању ствари. Будући да подносилац захтева за давање дозволе за пружање ових услуга представља регистровано привредно друштво које већ има регистроване опште акте и делатност код Агенције за привредне регистре, то је разумљив и неопходан захтев да најпре такав подносилац захтева измени статут, односно оснивачки акт и правила пословања друштва. У том смислу, садржина и правци измена општих аката пружаоца услуга опредељени су прописом, тако да се општи акти – статут, односно оснивачки акт морају изменити на начин да одражавају промене које би настале давањем подносиоцу захтева дозволе, а нарочито да садрже податке о промени претежне делатности, услугама повезаним с виртуелним валутама које подносилац захтева намерава да пружа и другим пословима и услугама који су непосредно повезани са услугама повезаним с виртуелним валутама које намерава да обавља, односно пружа (имајући у виду законску забрану обављања других пословних активности), обезбеђеном минималном капиталу подносиоца захтева у прописаном износу, управи подносиоца захтева, системима управљања и унутрашњих контрола, чувању података и документације, вођењу пословних књига, изради финансијских извештаја подносиоца захтева и ревизији тих извештаја, као и евентуалном поверавању појединих оперативних послова трећем лицу.⁷² Квалитет наведених унутрашњих аката од велике је важности, будући да општи акти треба да буду приказ унутрашње структуре и организације тог пружаоца услуга и правила под којима ће пружалац услуга обављати своје пословање.

Кад је, пак, реч о другим унутрашњим актима пружаоца услуга (нпр. план активности, пословни план, опис планираних мера за заштиту новчаних средстава, рачуноводствене процедуре, процедуре за оцену усклађености с прописима којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма итд.),⁷³ за усвајање тих аката, као и за усвајање њихових измена и допуна, није потребна претходна сагласност надзорног органа. Међутим, наведено не значи да су такви акти изван домашаја надзорног органа, нити да пружалац услуга може потпуно слободно да опредељује њихову садржину. Напротив, и такви акти представљају предмет сагледавања надзорног органа, и то: или у

72 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 5 ст. 2.

73 Вид.: ЗДИ, чл. 56; Одлука НБС о лиценцирању, тач. 6 и даље.

поступку за давање дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама (програм активности, пословни план), или и у самом том поступку, али и након што је дозвола дата – у поступку надзора.⁷⁴ У том смислу, и код ових унутрашњих аката остварује се иста идеја која је и у основи прописивања посебног режима у ком се налазе општи акти пружаоца услуга – обезбеђење усклађености пословања пружаоца услуга са захтевима релевантних прописа. Дистинкција која је направљена Законом о дигиталној имовини у погледу унутрашњих аката на чију садржину Народна банка Србије даје сагласност – јесте у основи решење које је у потпуности у духу уређивања регулисаних делатности над којима Народна банка Србије врши надзор, попут нпр. пословања банака, платних институција и институција електронског новца.

VI Престанак својства пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама

Пружалац услуга повезаних с виртуелним валутама може добровољно одлучити да престане са пословањем и о томе обавестити надзорни орган, а такође престанак својства пружаоца ових услуга може бити и резултат поступка надзора, у случају да је утврђено постојање неког од законом прописаних услова за одузимање дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама. Својство пружаоца услуга у сваком случају формално престаје доношењем решења Народне банке Србије о одузимању дозволе за пружање ових услуга, а промена се региструје код Агенције за привредне регистре. Такође, Народна банка Србије, као надзорни орган, по службеној дужности уписује наведену промену у Регистар пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама. Анализом законских разлога за престанак важења дозволе за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама), који подразумевају да наведена дозвола престаје да важи: 1) када надзорни орган донесе решење о одузимању те дозволе; 2) када је пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином брисан из регистра привредних субјеката услед статусне промене; 3) када је отворен стечајни поступак или покренут поступак принудне ликвидације над пружаоцем услуга повезаних с дигиталном имовином,⁷⁵ долазимо

74 Имајући у виду наведено, треба приметити да нису сви унутрашњи акти по свом домаћају идентични. Тако, примера ради, програм активности и пословни план представљају унутрашње акте који своју улогу исцрпљују у поступку давања дозволе од стране надлежног органа, те бисмо их могли назвати унутрашњим актима у ширем смислу.

75 ЗДИ, чл. 73.

до закључка да се у појединим случајевима губитак својства пружаоца услуга поклапа са престанком постојања привредног друштва као правног субјекта (брисање из регистра привредних субјеката услед статусне промене), док у другим случајевима привредно друштво наставља да егзистира још неко време по престанку важења дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама (доношење решења о одузимању дозволе и отварање стечајног поступка или поступка принудне ликвидације пружаоца услуга).⁷⁶ Треба приметити да законодавац у појединим случајевима пружа овлашћење надзорном органу да одузме дозволу пружаоцу услуга повезаних с виртуелним валутама, тј. такву одлуку препушта дискреционом овлашћењу („Надзорни орган може донети решење о одузимању дозволе...“), док у другим случајевима то представља дужност надзорног органа („Надзорни орган доноси решење о одузимању дозволе...“).⁷⁷

Поређењем са начином формулације конкретних разлога за одузимање дозволе за обављање делатности платних институција и институција електронског новца, примећује се да је ова материја и поред прописивања појединих истих разлога за одузимање дозволе – уређена на другачији начин код наведених субјеката, а нарочито у погледу прављења дистинкције када је одузимање дозволе дужност, а кад овлашћење надзорног органа.⁷⁸ Тако ће, на пример, онемогућавање вршења надзора над платном институцијом бити подвргнуто дискреционој оцени надзорног органа у погледу доношења релевантне одлуке, док ће у случају пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама

76 Упор. М. Радовић, 207 и 208.

77 Разлози због којих надзорни орган може одузети дозволу пружаоцу услуга односе се на утврђивање: неиспуњења неког од прописаних услова за обављање пословања пружаоца услуга; случај када је решење о давању дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама донето на основу неистинитих података; када су активности пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином повезане с прањем новца или финансирањем тероризма; када пружалац услуга не одржава минимални капитал у складу са одредбама ЗДИ или када пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином није у року извршио налоге и мере изречене решењем. ЗДИ, чл. 137 ст. 2. Са друге стране, разлози због којих надзорни орган одузима дозволу за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином, своде се на неотпочивање пословања пружаоца услуга у року од шест месеци од дана доношења решења о давању дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама или њихово непружање у периоду дужем од шест месеци; добровољну одлуку пружаоца услуга да престане са пословањем, у ком случају писмено обавештава надзорни орган да више не намерава да пружа те услуге или да намерава да спроведе поступак ликвидације; у случају тежих повреда прописа којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма или у случају онемогућавања вршења надзора над пословањем пружаоца услуга. Вид. ЗДИ, чл. 137 ст. 1.

78 ЗПУ, чл. 188.

постојање такве ситуације резултирати обавезом одузимања дозволе за пружање ових услуга.⁷⁹ Такође, констатујемо да српски законодавац није следио у потпуности решења формулисана у Предлогу МиСА, при чему запажамо и да су изостали изричито наводи у погледу тога да ли надзорни орган може ограничити одузимање дозволе на тачно одређену услугу, а да се тиме не дира у важење дозволе за пружање других услуга.⁸⁰ Међутим, чини се да је у духу правне логике решење у складу са којим би, у случају да је надзорни орган утврдио постојање разлога за одузимање дозволе који се не односе на све услуге повезане с виртуелним валутама за које је пружалац услуга добио дозволу, могло водити одузимању дозволе само за пружање оних услуга повезаних с виртуелним валутама на које се ти разлози односе.

VII Закључак

Пре ступања на снагу прописа који уређују област дигиталне имовине (и виртуелних валута као једног облика дигиталне имовине), обављање послова повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама) није било уређено прописима, те није постојало ограничење у погледу лица која се могу бавити тим пословима, нису биле уређене услуге које та лица могу пружати, нити су били прописани услови под којима се та делатност може обављати. Доношење прописа у области дигиталне имовине створило је правни оквир за пружање наведених услуга у законом опредељеним оквирима. Према томе, постало је извесно да само она лица која испуне прописане услове и добију дозволу надзорног органа могу обављати услуге повезане с дигиталном имовином (виртуелним валутама). Наиме, сама природа наведених услуга и ризик који са собом носе подразумева примену строжег правног режима у односу на режим који се примењује у складу са законом који уређује привредна друштва, те су ово субјекти чија регулација захтева посебан правни оквир пословања. Тај правни оквир је упоредив са правним оквиром у коме послују платне институције, али свакако има своје специфичности које произлазе како из посебности природе услуга које обављају пружаоци услуга повезаних с дигиталном имовином, тако и из специфичности ризика које обављање тих услуга са собом носи. Стављањем пружања услуга у наведеној области у режим дозволе надлежног органа, као и „праћење“ пословања лица које пружа услуге повезане с дигиталном имовином након добијања дозволе (будући да је пословање сваког лица које добије дозволу надлежног органа за обављање наведених

79 Упор.: ЗПУ, чл. 188 ст. 2 тач. 8 и ЗДИ, чл. 137 ст. 1 тач. 4.

80 Вид.: Предлог МиСА, чл. 56 ст. 1–3; ЗПУ, чл. 188 ст. 2.

услуга предмет надзора тог истог надлежног органа), закључујемо да је направљен велики корак у правцу стварања правне извесности у погледу обављања услуга повезаних с дигиталном имовином и пословања ових субјеката.

Коришћена литература

- Blandin Apolline, Cloots Sofie Ann, Hussain Hatim, Rauchs Michel, Saleuddin Rasheed, Allen Grant Jason, Zhang Bryan, Cloud Katherine, „The Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study“, *Cambridge Centre for Alternative Finance*, University of Cambridge, доступно на адреси: [2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf](https://www.cam.ac.uk/files/2019-04-ccaf-global-cryptoasset-regulatory-landscape-study.pdf) (*cam.ac.uk*), 11. 1. 2022.
- Vauplane de Hubert, Charpiat Victor, „The Virtual Currency Regulation Review: France“, 2021, доступно на адреси: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-virtual-currency-regulation-review/france>, 17. 1. 2022.
- Gleeson Simon, *The legal concept of money*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020)
- Lannoo, Karel, „Regulating crypto and cyberware in the EU“, *European Capital Markets Institute Policy Brief*, No 31, 2021, доступно на адреси: https://www.ecmi.eu/sites/default/files/ecmi_pb_no_31_kl_regulating_crypto_and_cyberware_in_the_eu.pdf, 17. 1. 2022.
- Радовић Вук, „Комисије одбора директора (надзорног одбора)“, *Корпоративно управљање за чланове управе привредног друштва* (ур. Вук Радовић, Катарина Ђулић), Београд, 2014. (Radović Vuk, „Komisije odbora direktora (nadzornog odbora)“, *Korporativno upravljanje za članove uprave privrednog društva* (ur. Vuk Radović, Katarina Đulić), Београд, 2014)
- Радовић Мирјана, „Платна институција као ново специјализовано привредно друштво“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Београд, 2015. (Radović Mirjana, „Platna institucija kao novo specijalizovano privredno društvo“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2015)* (ur. Vuk Radović), Београд, 2015)
- Tomić R. Zoran, „Upravni spor i upravno sudovanje u savremenoj Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 1/2010.

Fillmann Andreas, „German Law Aspects of Crypto Assets“, *National Law Review*, Vol. 10, Nr. 93/2020, доступно на адреси: <https://www.natlawreview.com/article/german-law-aspects-crypto-assets>, 17. 2. 2022.

Herkströter Caroline, Born Michael, Loeck Andreas, „Crypto Assets: Germany introduces new regulatory regime“, 2020, доступно на адреси: <https://www.regulationtomorrow.com/de/crypto-assets-germany-introduces-new-regulatory-regime/>, 17. 1. 2022.

Jovana MIHAILOVIĆ

PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Ivana TERZIĆ DANILOVIĆ

PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

VIRTUAL CURRENCY SERVICES PROVIDERS – CERTAIN ISSUES OF LEGAL STATUS

Summary

Regarding the fact that digital assets services providers are new in domestic legal system, the aim of this paper is to point out certain aspects of its status, in the part related to virtual currency. Firstly, authors deal with legal sources of domestic law and, with the aim to provide broader context, EU law. Thereafter the notion of virtual currency services provider is explained along with the way of obtaining that status. In the central part of the paper, the analysis of the services in which those subjects are entitled to engage is given as well as specific conditions that need to be fulfilled for authorized provision of services. Finally, the ways of termination of status are presented. Authors conclude that a cautious approach has been used in regulating those subjects due to the nature of its services and the risks, aiming to minimize possibilities for abuse.

Key words: *Virtual Currency Services Provider. – Digital Assets. – Crypto-assets – Virtual Currency Services.*

Датум пријема рада: 10. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 21. 3. 2022.

УДК: 347.441.83(497.11)

CERIF: S 130

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22108A

Ксенија ЦИПКОВИЋ*

мастер правник, Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ВАНСУДСКА ЕВИКЦИЈА**

Сажетак

Ауторка разматра појам вансудске евикције у нашој правној теорији и практичне ситуације у којима је она допуштена. Сјорно је истравање да ли је за остваривање права на заштити у случају вансудској узнемиравања неопходно да стипцалац покрене изв. „изазивачку парницу“ против треће лица које тврди да му одређено право припада. Од одговора зависи да ли је неопходно да суд утврди постојање права треће, што би неирало постојање вансудске евикције. Након анализе историјској поимања инстинктивна и његове еволуције, различитих станоштва наших правних аутора, као и решења швајцарској и француској права, ауторка закључује да постоје ситуације у којима ће прибавилац уживати право на заштити, а да право треће лица суд није утврдио. Прибавиоцу се заштити признаје уколико је право треће очигледно основано и ако је по другом основу прибавио право у оном обиму у коме је требало да га прибави претходним уговором. На крају, разматра се однос ЗОО према вансудској евикцији.

* Електронска адреса аутора: ksenija@ius.bg.ac.rs.

** Рад представља део мастер рада „Заштита од евикције“, одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду.

Кључне речи: *Евикција. – Правни недостаци. – Одговорност преносиоца. – Узнемиравање прибавиоца (стицаоца). – Уговорна одговорност.*

I Увод

Једно од посебних дејстава теретних уговора јесте одговорност преносиоца за правне недостатке или, како се другачије назива, заштита од евикције. Овај институт штити стицаоца (прибавиоца) онда када се покаже да стварно или облигационо право које је прибавио има правни недостатак. Под правним недостатком подразумевамо право или правну претензију трећег лица која искључује, умањује или ограничава прибавиочево право.

Смисао преносиоцеве одговорности за правне недостатке се темељи на његовој обавези да гарантује стицаоцу да право које на њега преноси постоји и да нема правних сметњи за уживање тог права.¹ Преносилац се обавезује да пренесе одређено стварно право на стицаоца, односно уговором преноси одређено облигационо право стицаоцу, а стицалац се обавезује да му за то плати уговорену накнаду. Преносиочева обавеза гласи на пренос права у уговореном обиму. Међутим, могуће је да он, свесно или несвесно, са стицаоцем закључи уговор о преносу туђег права или права које је оптерећено или ограничено правом трећег лица. Тада право није пренето у уговореном обиму – преносилац своју обавезу није извршио онако како је уговорено. Према томе, овде се заправо ради о једном случају манљивог извршења уговорне обавезе, која повлачи уговорну одговорност преносиоца.

Услови који морају бити испуњени да би преносилац одговарао су: 1) теретност уговора; 2) узнемиравање прибавиоца у вршењу његовог права од стране трећег; 3) узнемиравање је засновано на праву или правној претензији трећег; 4) правни недостатак је постојао у праву преносиоца; 5) савесност прибавиоца и 6) обавештавање преносиоца.

Предмет овог рада јесте разматрање другог услова – узнемиравања прибавиоца у вршењу његовог права. Неспорно је да ће прибавилац уживати право на заштиту онда када суд утврди постојање права трећег. Међутим, у теорији је спорно да ли ће стицалац бити заштићен када се узнемиравање врши вансудским путем. Да ли ће стицалац у том случају бити приморан да се нађе у улози тужиоца и захтева да суд утврди да ли је трећи заиста титулар одређеног права као што тврди? Позитиван

¹ Јаков Радишић, *Облигационо право: општи део*, 11. издање, Ниш, 2017, 160.

одговор на постављено питање негира постојање вансудске евикције. С друге стране, негативан одговор отвара бројне дилеме. Прво, које су то ситуације у којима би било оправдано заштитити стицаоца од узнемиравања заснованог на праву трећег, а да суд није одлучивао о његовом наводном праву? Затим, да ли је довољно да се стицалац осећа угрожено јер је сазнао за постојање права трећег или је потребно да трећи предузима радње које га ометају у вршењу права, односно ометају његову мирну државину? На крају, да ли наш законодавац познаје вансудску евикцију? Ауторка полази од појма вансудске евикције, разлога њеног (не)постојања у римском праву, разматра решења упоредног права и анализира одговоре на постављена питања, првенствено имајући у виду норме домаћег законодавства.

II Појам вансудске евикције

1. Уопштено о евикцији

Да бисмо разумели вансудску евикцију као ужи појам, неопходно је поћи од општег појма евикције. Наша правна теорија на различите начине дефинише евикцију, а анализа ових становишта је посебно значајна у контексту вансудске евикције.

Евикција (лат. *evictio*, франц. *l'éviction*, нем. *die Entwährung, Gewähr*) је сваки правни акт треће особе којим та особа на темељу свога права искључује или ограничава прибавиоца у вршењу права које би овоме по уговору припадало или припадало без ограничења. Другим речима, евикцију дефинишемо као правно узнемиравање прибавиоца од стране трећег лица чије право искључује, умањује или ограничава прибавиочево право.² Овако схваћена, евикција се изједначава са правним узнемиравањем стицаоца заснованом на праву или правној претензији трећег. Стицалац може бити правно узнемираван било судским, било вансудским путем. Већи део наше правне теорије заузима ово становиште.³

Постоји и уже схватање евикције. У ужем смислу, евикција подразумева да је трећи, вршећи своје право, одузео државину ствари

2 Zvonimir Slakoper, „Odgovornost za pravne nedostatke u Zakonu o obveznim odnosima i izabranim pravnim poretcima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2007, 2.

3 Перовић (вид. Слободан Перовић, *Облигационо право (књига прва)*, Београд, 1990, 377), Слакопер (вид. Z. Slakoper, 2), Антић (вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2010, 357), Ђорђевић и Станковић (вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право (ошшии гео)*, 5. издање, 1987, 272) су представници изнетог схватања.

прибавиоцу. Прибавилац је услед права трећег лица изгубио државину на целој ствари коју је прибавио од преносиоца, њеном делу или је његово прибављено право ограничено. Право трећег је, наиме, такво да негира прибавиоцеву искључиву државину, те стога он, приликом вршења свог права, нужно одузима или ограничава прибавиоцеву државину. Представник схватања евикције у ужем смислу је Михаило Константиновић.⁴ Валтазар Богишић, творац Општег имовинског законика за Црну Гору (у даљем тексту: ОИЦГ) је, такође, евикцију појмио као одузимање државине. Због тога, ОИЦГ овај институт и назива одузам (од речи одузимање): „Одузам бива кад ко правдом одузме купцу ствар ради узрока који је имао свој законити темељ пре куповине, и о овоме купац при уговарању знао није. Одузам је и онда кад се купцу и не одузме цијела ствар, него само неки дио њен, или му се иначе окрњи цјелина права на купљеној ствари, или се на њу какав терет наложи.“⁵ Према овом становишту, правно узнемиравање се може вршити и судским и вансудским путем, али оно подразумева одузимање или ограничавање државине стицаоцу.

Треће, најуже схватање евикције, изводимо из етимолошког значења појма евикције. Сама реч потиче од латинског глагола *evincō, ere* који значи победити, савладати, надвисити. Евикција у најужем смислу подразумева да је прибавилац побеђен у спору од стране трећег лица, евинциран,⁶ односно да је право трећег лица које искључује, умањује или ограничава прибавиоцево право утврђено одлуком надлежног органа. Ово схватање заступа Јаков Радишић. Радишић критикује појам евикције у најширем смислу и тврди да то није евикција, већ правно узнемиравање. Правно узнемиравање може (али не мора) довести до евикције, односно до окончања спора на прибавиоцеву штету. Међутим, само истицање правне претензије није евикција.⁷ Самим тим што захтева да је суд утврдио постојање права трећег, ово схватање негира постојање вансудске евикције.

Шта подразумевамо под евикцијом у овом раду? Определимо се за најшире схватање појма из три разлога. Први разлог је термиолошке природе. Појмови одговорност за правне недостатке и одговорност за

4 Михаило Константиновић, *Облигационо право према белешкама са предавања професора др М. Константиновића*, Београд, 1959, 64.

Изнето схватање има смисла само ако је предмет преноса стварно право. У том случају постоји ствар чија државина може бити одузета. Међутим, предмет преноса може бити и потраживање. Ако прибавилац каквог облигационог права буде правно узнемирен, ово схватање евикције није од помоћи.

5 Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 874.

6 *E victus* на латинском значи побеђен, поражен.

7 Ј. Радишић, 161 фн. 99.

евикцију (или заштита од евикције) се у Закону о облигационим односима⁸ и нашој правној теорији⁹ користе као синоними. Ако говоримо о одговорности за правне недостатке, произлази да ће преносилац одговарати онда када правни недостатак постоји. Посматрано из угла стицаоца, он ће имати одређена права према преносиоцу не само уколико буде побеђен у спору или му буде одузета државина ствари коју је прибавио, већ увек када постоји право трећег које искључује, умањује или ограничава његово право. Други разлог је материјалноправне природе и везан је за обухват заштите прибавиоца. Овде полазимо од питања да ли право пружа заштиту у случају евикције схваћене у најужем, ужем или најширем смислу. Данас се заштита прибавиоцу признаје и у случају вансудске евикције, и то не само онда када је одузета или умањена државина ствари, а о чему ће подробније бити речи у наставку рада. Најзад, домаћа судска пракса евикцију дефинише као правно узнемиравање.¹⁰

2. Вансудска евикција

Према критеријуму начина узнемиравања, разликујемо судску и вансудску евикцију. Правни значај ове поделе се огледа у различитим роковима у оквиру којих стицалац може захтевати право на правну заштиту.

Код вансудске евикције право трећег постоји, али трећи није покренуо одговарајући поступак, односно његово право није утврђено одлуком надлежног органа која производи правна дејства.¹¹ Овде трећи узнемирава прибавиоца на основу неког свог права, али то не чини посредством суда.

Супротно, о судској евикцији говоримо онда када је постојање права трећег лица утврђено од стране надлежног органа одлуком која производи правна дејства. Најчешће ће трећи бити у улози тужиоца, али и стицалац може покренути тзв. „изазивачку парницу“ како би

8 Одсек три трећег одељка седме главе другог дела ЗОО носи назив „Одговорност за правне недостатке (заштита од евикције)“. Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

9 Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 154.

10 „...у смислу члана 508 ЗОО код уговора о продаји под евикцијом подразумева се правно узнемиравање купца поводом прибављања ствари а на основу неког права трећег које је постојало пре купчевог стицања ствари.“ (Врховни Касациони суд, Рев. 529/15 од 29. 10. 2015. године)

11 Z. Slakoper, 2.

окончао правну неизвесност и отклонио сумње у погледу обима стеченог права. Под судском евикцијом подразумевамо случајеве кад је пред било којим органом надлежним за доношење одлуке која производи правна дејства покренут неки правни поступак који се може окончати правним актом који одређује постоји ли неко право или не. Према томе, овде осим парничног поступка спадају и друге врсте судских поступака, попут ванпарничног,¹² арбитражног и управног.¹³ Наглашавамо да је ирелевантно да ли је поступак покренуо трећи или сам прибавилац.

III Вансудска евикција у римском праву

Римски правници су одговорност за евикцију везивали за уговор о продаји (*emptio venditio*), као најучесталији и економски најзначајнији теретни уговор. Битно је нагласити да је овај уговор у римском праву производио облигационоправна, а не стварноправна дејства. Обавезе продавца су се састојале у томе да: 1) преда ствар купцу; 2) на купца пренесе мирну државину (*vacuam possessionem tradi*);¹⁴ 3) одговара за правне недостатке; и 4) одговара за физичке недостатке. Према томе, продавац није имао обавезу преноса својине на купца, његова обавеза није гласила на *dare*, већ на *facere*.¹⁵ Овакво решење се објашњава првенствено практичним разлозима,¹⁶ а његове практичне последице су се огледале у томе да купац није имао право на тужбу због чињенице да му својина није пренета.¹⁷ Он је могао тужити продавца јер му ствар није предата, али не због тога што предајом није постао сопственик ствари.¹⁸ Међутим, продавац је имао обавезу обезбеђења мирне државине. Ова обавеза није престајала актом предаје ствари, већ је трајала све док купац своје право на мирну државину изводи из куповине ствари, што практично значи да је теретила продавца до протекла рока за

12 Рецимо, ванпарнични поступак за уређење међа. Вид. Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88 и *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015, 106/2015 и 14/2022, чл. 155–163.

13 Z. Slakoper, 34.

14 Под мирном државином подразумевамо ону државину која је ослобођена фактичких и правних уплитања трећих лица. Вид. Владимир Вулећић, „Развој одговорности за евикцију: римска решења у модерном српском законодавству“, *Правни животи: лист за правна истражања и праксу*, бр. 10/2011, 715.

15 Супротно, према Милошевићу се и у римском праву очекује да продавац пренесе својину на купца, али купац нема право на тужбу због чињенице да својина није пренета. Вид. Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2015, 368.

16 Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1981, 261.

17 Жика Бујуклић, *Римско право*, Београд, 2015, 382.

18 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman foundations of the Civilian Tradition*, New York, 1995, 293.

стицање одржајем. Уколико би купцу неко трећи оспорио државину или коришћење ствари које му је загарантовано уговором, тужбом или интердиктом, он је био дужан да позове продавца да му помогне у спору. У случају да се спор оконча неповољно по купца, продавац је одговарао за евикцију јер није извршио обавезу обезбеђења мирне државине из уговора.¹⁹

Можемо закључити да римско право начелно није познавало вансудску евикцију. Разлог лежи у чињеници да Римљани нису развили свест о томе да продавац има обавезу не само да обезбеди купцу мирну државину, већ да на њега пренесе својину. Због тога, купац је могао остварити право на заштиту путем описаних правних средстава само ако му је та мирна државина уистину била и повређена, а продавац је одговарао тек уколико суд утврди постојање права трећег. С обзиром на то да се данас, с једне стране, обавеза продавца схвата као обавеза преноса права својине²⁰ и правила о заштити од евикције, с друге стране, превазилазе оквире уговора о продаји, овакво резонување није оправдано.

Међутим, важно је истаћи да су римски правници у класичном праву признавали заштиту и једном виду вансудске евикције. Наиме, Богојевић Глушчевић наводи како римски правник Помпоније критикује став да купац не може захтевати заштиту ако је задржао посед ствари. Овај римски класичар је сматрао да купац има право захтевати накнаду штете у случају да је ствар задржао код себе, али не на основу уговора о продаји, већ по другом основу. Тај основ може бити како теретни правни посао, тако и лукративни. Примера ради, купио је ствар поново од правог власника, наследио је или добио на поклон.²¹ Дакле, још у класичном римском праву налазимо зачетке идеје о вансудској евикцији у једном одређеном случају.

IV Вансудска евикција у француском и швајцарском праву

1. Француско право

Француски грађански законик уређује одговорност у случају евикције (*de la garantie en cas d'éviction*) у чл. 1626–1640.²² Одредбе које

19 М. Милошевић, 368–369.

20 Основна обавеза продавца је да изврши предају ствари купцу, али тако да купац стекне право располагања, односно право својине. С. Перовић, 540.

21 Д. Стојчевић, 262; Невенка Богојевић Глушчевић, „Заштита купца од правних недостатака ствари у средњовековном которском праву“, *Зборник Правној факултету у Подгорици*, бр. 34/2007, 90–91.

22 Француски грађански законик из 1804. године (*Code Civil*; даље у фуснотама: СС).

регулишу одговорност продавца када правни недостатак постоји су одолеле законодавним реформама, тако да су данас на снази одредбе усвојене 1804. године.²³

Француско право, по узору на римско, захтева да стицалац буде евинциран, односно побеђен од стране трећег у судском поступку.²⁴ Сам осећај узнемирености и страха да ће у будућности доћи до ометања његове државине није довољан. Иако СС предвиђа само судску евикцију, француски судови шире тумаче чл. 1630 и не захтевају увек да право трећег буде утврђено судском одлуком. Заштита се признаје и у оним случајевима када је судски поступак покренут (али не и окончан), ограничавајући се на случај када је правна претензија трећег неспорна и прибавилац има оправдан разлог за страх. У случају недефинисаних претњи које се не понављају, француска судска пракса не признаје заштиту стицаоцу.²⁵

Можемо закључити да вансудска евикција у француском праву готово и да не постоји. Да би стицалац остварио право на заштиту, неопходно је да суд претходно утврди постојање права трећег, односно да дође до евикције у најужем смислу. Изузетак постоји уколико стицалац оправдано страхује због очигледно основаног права трећег, али и тада судови захтевају да поступак буде покренут.

Ипак, чл. 1653 СС прописује да купац не мора платити цену ако је узнемирен реивиндикационом или хипотекарном тужбом, или ако постоји оправдан разлог за страх да ће доћи до узнемиравања. Ово право купца потпада под тзв. „суспендовање уговора“, али оно долази у обзир само када купац још увек није платио цену.²⁶ Дакле, купцу који још увек није извршио своју уговорну обавезу закон дозвољава да одложи испуњење ако постоји оправдан страх да ће бити правно узне-

23 *Légifrance*, Le service public de la diffusion du droit, Code Civil, доступно на адреси: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>, 26. 2. 2022.

24 СС, чл. 1650.

25 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les contrats spéciaux*, 5^e édition, Paris, 2011, 220–221.

26 Код правних последица евикције, интересантно је да СС одступа од општег режима уговорне одговорности. Општи режим је измењен реформом из 2016. године, а спектар права које има уговорник који је претрпео штету је проширен и тиме прилагођен потребама уговорника. Насупрот томе, важећа правила о евикцији у СС датирају из 1804. године. Према чл. 1217 СС, уговорник који је претрпео штету услед неизвршења или манљивог извршења има чак пет опција: 1) да одбије да изврши или обустави извршење своје обавезе; 2) да захтева принудно извршење обавезе у натури; 3) да затражи смањење цене; 4) да захтева раскид уговора; 5) да захтева накнаду коју је претрпео као последицу неизвршења. Из наведеног, уговорник може да оптира да суспендује (привремено обустави) уговор, присили његово извршење, прилагоди га насталим околностима или га раскине. Уз то, има право да захтева накнаду штете коју је претрпео услед неиспуњења, односно неуредног испуњења. Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 16^e édition, Paris, 2017, 296.

мирен.²⁷ Овакво решење није оправдано, пошто ставља у повољнији положај стицаоца који није извршио своју обавезу, док „везује руке“ стицаоцу који је то уредно учинио, а оправдано страхује да ће бити правно узнемирен.

2. Швајцарско право

Швајцарски Законик о облигацијама регулише одговорност продавца у случају евикције (*la garantie en cas d'éviction*) у чл. 192–196.²⁸

У швајцарском праву, баш као и у француском, страх стицаоца од правног узнемиравања није довољан да би он уживао правну заштиту, ма колико он оправдан био. Неопходно је да трећи запрети стицаоцу или на други начин омета његову државину; речју, захтева се да се његова правна претензија која искључује, умањује или ограничава право стицаоца манифестује одређеном радњом.²⁹ Не захтева се да државина ствари буде одузета, већ је довољно њено сметање.

Међутим, за разлику од француског права, швајцарско право признаје заштиту и у случају вансудске евикције. Наиме, швајцарска правна теорија истиче да тужба трећег није неопходна да би стицалац остварио право на заштиту.³⁰ СО прописује два случаја вансудске евикције. Прво, преносилац одговара и онда када је стицалац у доброј вери признао право трећег пре него што је суд донео одлуку или ако је прихватио компромис, под условом да је стицалац благовремено упозорио преносиоца и позвао га да се умеша у спор, али овај то није учинио.³¹ Друго, преносилац је дужан да пружи заштиту стицаоцу који докаже да је био приморан да преда ствар трећем.³²

V Вансудска евикција у нашем праву

1. Вансудска евикција пре доношења ЗОО

Правноисторијски посматрано, најважнији извор српског облигационог права пре доношења ЗОО јесте Српски грађански законик.³³

27 Вид. СС, чл. 1653.

28 Швајцарски законик о облигацијама из 1911. године (*Code des obligations*; даље у фуснотама: СО).

29 Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, Bern, 2000, 29.

30 Luc Thévoz, Franz Werro, *Code des obligations I (art. 1–529)*, Basel, 2003, 1044.

31 СО, чл. 194 ст. 1.

32 СО, чл. 194 ст. 2.

33 Грађански законик за Књажевство Србију из 1844. године.

СГЗ је прописао одговорност продавца за евикцију чланом 655: „Ако би купац у држању купљене ствари узнемирен био, или би се основано бојати имао, да ће узнемирен бити, он има право захтевати од продавца, да узроке узнемирења с пута уклони, или бар да добар зато стоји, и донде може да уговорену цену не плати, осим ако није он све то на себе узео.“

Одговорност продавца за евикцију схватала се као последица његове обавезе да купцу обезбеди мирну државину. Према томе, уколико би купац у држању прибављене ствари био узнемирен на основу права или правне претензије коју је трећи истицао, могао је под одређеним условима да захтева заштиту од продавца. Узнемиравање је могло бити учињено одузимањем ствари или другим сметањем државине, и то путем тужбе или приговора. С друге стране, ако трећи није покренуо парнични поступак, а купац страхује од узнемиравања, морао је покренути тзв. „изазивачку парницу“ против оног од кога страхује.³⁴ Дакле, према Перићу, купац је уживао заштиту једино у случају судске евикције, када суд утврди постојање права трећег.³⁵

Из цитиране одредбе СГЗ можемо закључити да се купац који није платио цену налази у повољнијем положају. Он може да „уговорену цену не плати“. Ради се о одредби која није преузета из аустријског права, већ се српски законодавац угледао на француско право. Речено је да члан 1653 СС прописује да купац не мора платити цену ако је узнемирен реивиндикационом или хипотекарном тужбом или ако постоји оправдан разлог за страх да ће доћи до узнемиравања.³⁶ Дакле, уколико постоји само оправдан страх од узнемиравања, али до узнемиравања (још увек) није дошло, купац који је исплатио цену неће имати никаква права, док ће купац који то није учинио имати право да не плати цену.

34 Живојин Перић, *О обавези заштите код уговора о продаји и кувини*, Београд, 1927, 31–78.

35 Одговорност продавца за правне недостатке прописана је штуро, једним законским чланом, али теоријска анализа овог института Живојина Перића нам показује да је тадашња правна теорија итекако схватала његов смисао. Перић је, по узору на француско и аустријско право, писао о условима за заснивање одговорности и правним последицама евикције, иако СГЗ не садржи такве одредбе. Упркос томе што датирају из прве половине двадесетог века, његова разматрања о евикцији су актуелна и данас, првенствено због тога што је писао по узору на упоредноправна решења која су пола века касније прихваћена у ЗОО.

36 Вулетић истиче да је нејасно зашто се баш на овом месту законодавац прикло- нио решењу француског права. Француско право овде фаворизује купца који још увек није платио цену, а самим тим не ризикује да изгуби било шта. Решење које ставља купца који је савесно извршио своју обавезу у гори положај од оног који одговлачи са плаћањем цене, по њему, никако не може бити оправдано. Владимир Вулетић, „Правни положај купца у развоју домаћег законодавства средњег и новог века“, *Правни живои: лисџ за љравна ишћања и љраксу*, бр. 10/2010, 868.

2. Теоријска разматрања

Какво узнемиравање прибавиоца је довољно да би за преносиоца, ако су испуњени и остали услови, настала обавеза заштите од евикције у нашем праву? Да ли је довољно да он осећа страх одређеног интензитета, да му државина буде осујећена попут решења швајцарског права, да парнични поступак буде покренут као у француском праву, или наше право, по узору на римско, захтева да дође до евикције у најужем смислу, односно да суд утврди постојање права трећег? Теорија је по овом питању подељена – искристалисала су се два схватања.

а) Прво становиште

Према првом становишту, само судска евикција ужива правну заштиту.³⁷ Прибавилац може бити узнемирен на два начина – путем тужбе или приговора. Узнемиравање путем тужбе најчешће подразумева да је ствар у прибавиочевој државини, а трећи у улози тужиоца покушава да његову државину оспори, у потпуности или делимично.³⁸ Примера ради, трећи своје право може остваривати својинском тужбом (ако је преносилац продао туђу ствар), конфесорном тужбом (ако треће лице има право службености) или хипотекарном, односно заложном тужбом (ако треће лице има право хипотеке или залоге на предатој ствари). Приговор као дефанзивно процесноправно средство долази у обзир када су улоге замењене, тј. када је на страни тужиоца прибавилац. Прибавилац ће одлучити да тужи трећег углавном онда када му је трећи одузео државину ствари, па изреку суда види као начин за повраћај. Ипак, одузимање државине не мора бити опредељујући разлог за подношење тужбе. Могуће је да се ствар налази у државини стицаоца, али он страхује да ће му трећи одузети ствар. Тада против трећег може подићи негативну тужбу за утврђење, којом од суда захтева да утврди да трећи није титулар права које тврди да му припада.³⁹

Међутим, питање које постављамо јесте да ли ће прибавилац који је узнемиран вансудским путем (нпр. претњама) или је сазнао за постојање права трећег на други начин морати да покрене „изазивачку парницу“ и чекати да суд одлучи о основаности права трећег да би остварио права по основу евикције? Јер, и у случају да до узнемиравања још увек није дошло, неспорно је да ће такав стицалац осећати несигурност

37 Представници овог становишта су Перић (вид. Ж. Перић, 82–85), Перовић (вид. С. Перовић, 381–382), Радишић (вид. Ј. Радишић, 161) и Антић (вид. О. Антић, 378–379).

38 О. Антић, 378.

39 Ж. Перић, 82–85.

у погледу стеченог права и страховати да ће до узнемиравања у неком тренутку доћи.⁴⁰ Антић⁴¹ и Перовић⁴² сматрају да је за наступање преносиоачеве одговорности за евикцију у таквој ситуацији преносилац дужан да покрене парнични поступак, како би суд утврдио право стање ствари. Њему на располагању стоји деклараторна тужба (тужба за утврђење).⁴³ Након што парница почне да тече, прибавилац може позвати преносиоца да се умеша на његовој страни, а од исхода поступка зависи да ли ће преносилац одговорати.⁴⁴ Сумирано, према изнетом становишту је нужно да суд утврди постојање права трећег, односно непостојање права стицаоца у оном обиму у коме је требало да га стекне по уговору, да би на страни преносиоца настала обавеза заштите. Уколико треће лице није судским путем захтевало остварење свог права, да би прибавилац остварио право на заштиту, мораће он да буде тај који ће тужити трећег. Доследна примена овог схватања негира постојање вансудске евикције. Међутим, и представници овог схватања признају право на заштиту прибавиоцу уколико је право трећег очигледно основано у складу са чл. 512 ЗОО.⁴⁵

Шта подразумевамо под очигледно основаним правом трећег лица? Овде се ради о вансудском истицању права које мора бити очигледно основано и ноторно, такво да би вођење спора било илузорно и довело би до беспотребних парничних трошкова.⁴⁶ Право трећег је очигледно основано ако трећи располаже таквим доказима на основу којих би суд (хипотетички, јер је овде евикција вансудска) удовољио његовом захтеву за остваривање тог права.⁴⁷ Прибавилац тада има две могућности: да призна очигледно основано право трећег без спора или да исплати одређену своту трећем да би овај одустао од свог права. У

40 На пример, купац је од пријатеља сазнао да продавац није власник, већ само сувласник ствари које му је продао.

41 О. Антић, 379.

42 С. Перовић, 381–382.

43 Овом тужбом тужилац захтева од суда да утврди да му одређено право припада (позитивна тужба за утврђење), односно да утврди да туженом одређено право не припада (негативна тужба за утврђење).

44 С. Перовић, 382.

45 Тако, Перовић истиче да евикција етимолошки подразумева да је прибавилац изгубио спор од трећег, али да је у савременом праву прихваћено становиште да се евикција може догодити и ван спора, ако је право трећег очигледно основано и ноторно. С. Перовић, 959.

46 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима (књиџа група)*, Београд, 1995, 959.

47 Ivan Bukljaš, Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1979, 1669.

оба случаја ће за преносиоца настати одређене обавезе. У првом случају, обавезе ће зависити од тога да ли је евикција потпуна или делимична, а у другом случају се за преносиоца рађа обавеза да накнади прибавиоцу исплаћену своту и претрпљену штету.⁴⁸

б) Друго становиште

Представници другог становишта сматрају да за наступање одговорности није потребно да треће лице одузме ствар од стицаоца, нити да покрене судски поступак против њега ради заштите свог права.⁴⁹ Обавеза заштите на преносиочевој страни постоји независно од тога да ли трећи предузима неку правну радњу ради утврђења, остварења, заштите свог права, или то не чини.⁵⁰ Ако таква радња трећег изостаје, његово право самим својим постојањем још не искључује, ограничава или умањује прибавиочеву фактичку могућност коришћења предмета на којем постоји то право трећег. Међутим, то право својим постојањем и даље искључује, ограничава или умањује прибавиочево право, те тако дуго док постоји може утицати на правни положај прибавиоца. Управо из тог разлога прибавиоцу припада право на заштиту и кад је трећи пасиван у погледу остварења свог права. Прибавилац ужива заштиту онда када постоји правни недостатак, а не само онда када постоји правни захтев.⁵¹

Ипак, и према овом схватању не би требало узети свако правно узнемиравање као довољно за рађање одговорности преносиоца. Према Јанковецу⁵² и Фишер Шобот,⁵³ потребно је да стицалац оправдано страхује да ће бити узнемирен од стране трећег лица. Примера ради, трећи може обавестити банку, и о томе поднети доказе, да купац који

48 ЗОО, чл. 512.

49 Ово схватање заступају Константиновић (М. Константиновић, 65), Јанковец (И. Јанковец, 154), Марковић (Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд, 1997, 457), Бабић (Илија Бабић, „Одговорност продавца за правне недостатке“, *Либерализам и заштитна конкуренције* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2010, 468–469), Слакопер (Z. Slakoper, 10–11), Ђорђевић и Станковић (Ђорђевић, Станковић, 215) и Фишер Шобот (Сандра Фишер Шобот, „Одговорност продавца за правне недостатке у праву међународне и домаће продаје“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 460).

50 У том смислу, Марковић сматра да преносилац одговара и без сметања државине, ако је утврђено да постоји право трећег лица које се може истаћи против прибавиоца, мада се треће лице још није користило својим правом нити се зна да ли оно хоће да се користи својим правом. Л. Марковић, 458.

51 Z. Slakoper, 10–11.

52 И. Јанковец, 154.

53 С. Фишер Шобот, 460.

захтева конституисање хипотеке није на пуноважан начин стекао право својине, јер је продавац био погрешно уписан као власник у катастру непокретности.⁵⁴

*в) Практичне последице одређивања
за прво или друго становиште*

Које од изложених становишта би требало прихватити? Запажамо да изнета становишта нису супротстављена у оној мери као што би се то могло учинити на први поглед. Представници првог становишта не оспоравају право прибавиоца на заштиту у случају вансудске евикције онда када је право трећег очигледно основано. Дакле, стицалац нема право на заштиту у случају вансудске евикције, осим ако је право трећег очигледно основано. Друго становиште, са своје стране, не штити стицаоца увек када је узнемираван вансудским путем. Његови представници сматрају да је прибавиочево право на заштиту ограничено на случајеве када он оправдано страхује од узнемиравања. Стицалац, према томе, има право на заштиту у случају вансудске евикције, али само ако је његов страх оправдан.

Да бисмо се определили за прво или друго схватање морамо, најпре, разјаснити њихове практичне последице. На први поглед, друго становиште обухвата већи број случајева у којима се прибавиоцу пружа заштита. Међутим, у ком практичном случају ово становиште штити стицаоца, а да он није заштићен првим становиштем? Прецизније, у којој ситуацији ће стицаочев страх бити оправдан, а да није изазван очигледно основаним правом трећег? Јер, представници првог становишта, иако у начелу захтевају да право трећег буде утврђено судском одлуком, признају заштиту прибавиоцу и у њеном одсуству онда када је право трећег очигледно основано. Да ли уопште постоје ситуације када право трећег није утврђено судском одлуком, нити је очигледно основано, а требало би заштитити прибавиоца? Ако је одговор потврдан, то значи да је друго становиште супериорно, јер прво становиште не „покрива“ све случајеве у којима се прибавилац штити од евикције.

Код излагања о римском праву, указано је на ситуацију у којој су римски правници у периоду класичног права признавали заштиту у случају вансудске евикције. Ради се о случају када до узнемиравања није дошло и прибавилац је ствар задржао, али по неком другом основу (нпр. ако је прибавилац наследио право имаоца, ако му је он ствар поконио).⁵⁵ Први је у нашој теорији ову ситуацију разматрао

54 И. Бабић, 468.

55 Нпр. Примус (продавац) закључи уговор о продаји са Секундусом (купцем). Касније, Секундус сазна да му је Терцијус (прави сопственик ствари) оставио ствар

Константиновић,⁵⁶ а чињеница да ју је изричито нормирао у Скици за законик о облигацијама и уговорима нам говори да ју је сматрао вредном пажње. Тако, у чл. 414 Скице је прописано: „Купац има право да раскине уговор и да од продавца захтева повраћај цене и накнаду штете ако ствар задржи у својој имовини по неком другом основу, а не по основу куповине.“⁵⁷ Иако овде прибавиоцу право није искључено нити сужено, он јесте претрпео евикцију, и то вансудску. Он није стекао оно право које је требало да стекне по основу уговора са прибавиоцем, већ је постао његов титулар на други начин, деривативним стицањем од стране правог имаоца тог права.⁵⁸ Како овде не можемо рећи да је прибавилац „признао основано право трећег“, следи да, ако останемо доследни првом схватању, прибавилац не би уживао никаква права према преносицу. Због тога сматрамо да је друго становиште адекватније.

Дакле, стицалац ће имати право на заштиту према правилима о евикцији онда када о праву трећег није одлучивао суд у два случаја. Прво, онда када се узнемиравање врши на основу очигледно основаног права трећег. Друго, онда када узнемиравања није ни било и прибавилац је стекао право у оном обиму у коме је било уговорено, али не на основу теретног уговора који је закључио са прибавиоцем, већ на други начин, односно по другом основу. У свим осталим ситуацијама правног узнемиравања вансудским путем, неопходно је да се сам прибавилац нађе у улози тужиоца и поднесе деклараторну тужбу којом захтева да суд одлучи о (не)постојању права трећег.

3. Вансудска евикција у ЗОО

Остављајући по страни теоријска разматрања, следи питање да ли наше позитивно право познаје вансудску евикцију. Одговор је потврдан. Неспорна је вансудска евикција онда када је право трећег очигледно основано.⁵⁹ Осим тога, Јанковец указује на две одредбе закона на основу којих се може закључити да наш законодавац дозвољава вансудску евикцију у неким другим случајевима.⁶⁰

коју је купио од Примуса тестаментом. Испитивањем се утврди да Примус уопште није био власник ствари које му је продао. Ствар остаје код Секундуса, али по другом основу (легат), а не по основу уговора о продаји. Ипак, и овде је Секундус евинциран и он има право да од Примуса захтева повраћај цене. М. Константиновић, 65.

56 *Ibid.*, 65.

57 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима* (даље у тексту: Скица), Београд, 1969, чл. 414.

58 Могућност да прибавилац задржи прибављену ствар по неком другом основу разматрају и Ђорђевић и Станковић. Вид. Ђорђевић, Станковић, 215.

59 ЗОО, чл. 512.

60 И. Јанковец, 154.

Прво, законодавац прописује да купац има право да раскине уговор ако продавац није ослободио ствар права или претензије трећег.⁶¹ Овде се ради о делимичној евикцији, док се уговор у случају потпуне евикције раскида по сили закона.⁶² У питању је изузетна ситуација у којој закон дозвољава једностран раскид уговора изјавом воље једног уговорника вансудским путем. Манљиво извршење обавезе, овде предаја ствари или пренос права које је оптерећено правним недостатком, може у потпуности да поништи синалагматични смисао, циљ ступања у облигациони однос једне стране.⁶³ Због тога законодавац овлашћује прибавиоца који је претрпео делимичну евикцију да раскине уговор изјавом воље једнострано. Ово решење је у складу с општим правилом о раскиду уговора због неиспуњења обавезе једне уговорне стране.⁶⁴ Његово право да захтева раскид уговора је условљено тиме да се сврха уговора не може остварити. Разлог због ког је законодавац поставио овај услов јесте што се може радити о недостатку који у врло малом обиму и/или кратком времену ограничава или умањује прибавиочева права, а трећи ималац права је пасиван. Под таквим околностима би било непримерно да се прибавиоцу допусти да изјави да раскида уговор упркос томе што је могуће постићи сврху због које је он тај уговор закључио.⁶⁵ На пример, сврха уговора се не може остварити ако је купац купио ствар ради даље продаје, а не може је продати због права трећег.⁶⁶

Друго, право купца на заштиту због евикције се може угасити и кад треће лице није покренуло спор – довољно је да је купац сазнао

61 ЗОО, чл. 510 ст. 2.

62 Потпуна евикција постоји када прибавилац, услед права трећег лица изгуби државину целе ствари. Она сасвим онемогућава прибавиоца да користи право које је на основу уговора требало да стекне, односно право трећег лица у овом случају негира прибавиочево право у целости. Ј. Радишић, 162. Насупрот томе, код делимичне (непотпуне) евикције стицалац губи државину само на једном делу ствари или има државину целе ствари, али са ужим овлашћењима од оних које је сматрао да има приликом закључења уговора. Вид. С. Перовић (1990), 378–379. Прибавиоцу који је претрпео делимичну евикцију је ограничена државина, а он на такво ограничење није пристао приликом закључења уговора. На пример, сувласник је продао ствар представљајући се као једини власник или је лице продало ствар на којој је конституисано неко уже право, попут права службености или плододуживања. О. Антић, 377.

63 О. Антић, 382.

64 У двостраним уговорима, кад једна страна не испуни своју обавезу, друга страна може, ако није што друго одређено, захтевати испуњење обавеза или, под условима предвиђеним у идућим члановима, раскинути уговор простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону, а у сваком случају има право на накнаду штете. ЗОО, чл. 124.

65 Z. Slakoper, 31.

66 I. Bukljaš, B. Vizner, 1668.

за право трећег, а није се обратио продавцу ради заштите.⁶⁷ У случају вансудске евикције, ако је прибавилац сазнао за право трећег, његово право по основу правних недостатака гаси се истеком године дана од сазнања за постојање права трећег.⁶⁸ Питање сазнања прибавиоца је фактичко питање које ће суд ценити од случаја до случаја.⁶⁹ Чињеница да ли је прибавилац за правни недостатак сазнао од трећег који на ствари има неко право или на други начин је овде правно ирелевантна. Ако преносилац тврди да је прибавилац право по основу правних недостатака изгубио јер је протекло више од годину дана од његовог сазнања, дужан је да то и докаже.⁷⁰ У питању је рок преклузивног карактера.⁷¹

Дакле, ЗОО: а) пружа заштиту стицаоцу онда када је право трећег очигледно основано, иако о том праву није одлучивао суд; б) овлашћује стицаоца о чијем праву је одлучивао суд, да раскине уговор једностраном изјавом воље у случају делимичне евикције; в) прописује да права стицаоца према прибавиоцу након одређеног времена престају уколико је стицалац сазнао за постојање трећег на било који начин, а не само покретањем судског поступка. Према томе, нема сумње да наш законодавац познаје вансудску евикцију.

VI Закључак

Под евикцијом подразумевамо свако правно узнемиравање стицаоца од стране трећег лица чије право искључује, умањује или ограничава стицаочево право. Правно узнемиравање може бити учињено судским или вансудским путем. Када о постојању права трећег лица није одлучио суд, говоримо о вансудској евикцији.

67 И. Јанковец, 154.

68 ЗОО, чл. 525 ст. 1.

69 С. Перовић (1995), 961.

70 I. Bukljaš, V. Vizner, 1671.

71 Благојевић и Круљ сматрају да су прописани рокови преклузивни, додајући да овде нема застоја и прекида рока као код застарелости (Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар закона о облигационим односима: друго издање*, Београд, 1983, 1329), а овакав став такође заузимају Лоза (Богдан Лоза, *Облигационо право: основни дио*, Сарајево, 1974, 29) и Бабић (И. Бабић, 481). На овај начин претежно резонују и наши судови (вид. Апелациони суд у Нишу, Гж. 4195/19 од 29. 10. 2019, доступно на адреси: propisi.net, 27. 2. 2022; Виши суд у Панчеву, Гж. 1158/11 од 23. 11. 2011, доступно на адреси: www.propisi.net, 27. 2. 2022; Апелациони суд у Новом Саду, Гж.3733/15 од 17. 3. 2016, доступно на адреси: www.propisi.net, 27. 2. 2022). С друге стране, Перић (Ж. Перић, 253) и Радовић (вид. Петар Радовић, „Заштита од евикције“, *Уговорно и одишјетно право по Закону о облигационим односима* [ур. Милан Петровић, Зоран Ивошевић, Миодраг Трифуновић], Београд, 1979, 282) говоре о застарелости прибавиоцевог права.

Део наше правне теорије заступа становиште да ће стицалац бити заштићен законским одредбама о евикцији тек уколико суд утврди да је трећи уистину титулар права или правне претензије као што тврди. Следи да ће, уколико само треће лице није покренуло судски поступак против стицаоца, стицалац морати да се нађе у улози тужиоца, те остварити право на заштиту од свог преносиоца тек након доношења судске одлуке. Међутим, постоје ситуације у којима је несврхисходно постављати такав услов. Издвојили смо два таква случаја. Прво, стицаоцу ће припадати права по основу евикције онда када је право трећег који правно узнемирава стицаоца вансудским путем очигледно основано. Под очигледно основаним правом сматрамо право чије постојање треће лице може засигурно доказати и то на начин да би хипотетички судија извесно удовољио његовом захтеву за остваривање тог права. У другом случају, стицалац је у крајњем исходу прибавио право у уговореном обиму, али не по основу теретног уговора који је закључио са преносиоцем, већ касније, по неком другом основу. Примера ради, наследио је правог титулара тог права, овај му је право поклонио или су закључили други правни посао усмерен на пренос права. Могуће је да у наведеној ситуацији до узнемиравања уопште није ни дошло. Ипак, како преносилац није извршио правилно своју обавезу из уговора, оправдано је да стицалац буде заштићен законским одредбама о евикцији. У осталим ситуацијама вансудског узнемиравања, стицалац неће уживати заштиту само на основу тврдњи трећег лица да му одређено право припада, већ је одлука суда о постојању права трећег *sine qua non* права на заштиту услед евикције.

Неспорно је да ЗОО познаје вансудску евикцију. О томе нам сведоче одредбе о заштити стицаоца када је право трећег очигледно основано, праву стицаоца који је претрпео делимичну евикцију да раскине уговор једностраном изјавом воље без обраћања суду онда када преносилац није удовољио његовом захтеву да отклони право трећег и посебном року за губитак права на заштиту у случају вансудског узнемиравања.

Коришћена литература

Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2010. (Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2010)

Бабић Илија, „Одговорност продавца за правне недостатке“, *Либерализам и заштитна конкуренције* (ур. Миодраг Мићовић), Крагујевац, 2010. (Babić Ilija, „Odgovornost prodavca za pravne nedostatke“, *Liberalizam i zaštita konkurencije* (ur. Miodrag Mićović), Kragujevac, 2010)

- Bénabent Alain, *Droit des obligations*, 16e édition, Paris, 2017.
- Благојевић Борислав, Круљ Врлета, *Коментар закона о облигационим односима: друго издање*, Београд, 1983. (Blagojević Borislav, Krulj Vrleta, *Komentar zakona o obligacionim odnosima: drugo izdanje*, Beograd, 1983)
- Богојевић Глушчевић Невенка, „Заштита купца од правних недостатака ствари у средњовјековном которском праву“, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, бр. 34/2007. (Bogojević Gluščević Nevenka, „Zaštita kupca od pravnih nedostataka stvari u srednjovjekovnom kotorskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici*, br. 34/2007)
- Бујуклић Жика, *Римско право*, Београд, 2015. (Bujuklić Žika, *Rimsko pravo*, Beograd, 2015)
- Буклаша Иван, Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1979.
- Вулећић Владимир, „Правни положај купца у развоју домаћег законодавства средњег и новог века“, *Правни живот: лист за правна питања и праксу*, бр. 10/2010. (Vuletić Vladimir, „Pravni položaj kupca u razvoju domaćeg zakonodavstva srednjeg i novog veka“, *Pravni život: list za pravna pitanja i praksu*, br. 10/2010)
- Вулећић Владимир, „Развој одговорности за евикцију: римска решења у модерном српском законодавству“, *Правни живот: лист за правна питања и праксу*, бр. 10/2011. (Vuletić Vladimir, „Razvoj odgovornosti za evikciju: rimska rešenja u modernom srpskom zakonodavstvu“, *Pravni život: list za pravna pitanja i praksu*, br. 10/2011)
- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облигационо право (општи део)*, 5. издање, Београд, 1987. (Đorđević Živomir, Stanković Vladan, *Obligaciono pravo (opšti deo)*, 5. izdanje, Beograd, 1987)
- Engel Pierre, *Contrats de droit suisse*, Bern, 2000.
- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993. (Jankovec Ivica, *Ugovorna odgovornost*, Beograd, 1993)
- Константиновић Михаило, *Облигационо право према белешкама са предавања професора др М. Константиновића*, Београд, 1959. (Konstantinović Mihailo, *Obligaciono pravo prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića*, Beograd, 1959)
- Лоза Богдан, *Облигационо право: посебни дио*, Сарајево, 1974. (Loza Bogdan, *Obligaciono pravo: posebni dio*, Sarajevo, 1974)
- Malaurie Philippe, Aynès Laurent, *Les contrats spéciaux*, 5e édition, Paris, 2011.
- Марковић Лазар, *Облигационо право*, Београд, 1997. (Marković Lazar, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1997)

- Милошевић Мирослав, *Римско право*, Београд, 2015. (Milošević Miroslav, *Rimsko pravo*, Beograd, 2015)
- Перић Живојин, *О обавези заштите код уговора о продаји и кувовини*, Београд, 1927. (Perić Živojin, *O obavezi zaštite kod ugovora o prodaji i kupovini*, Beograd, 1927)
- Перовић Слободан, *Облигационо право (књига прва)*, Београд, 1990. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo (knjiga prva)*, Beograd, 1990)
- Перовић Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима (књига друга)*, Београд, 1995. (Perović Slobodan, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima (knjiga druga)*, Beograd, 1995)
- Радишић Јаков, *Облигационо право: општи део*, Ниш, 2017. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo: opšti deo*, Niš, 2017)
- Радовић Петар, „Заштита од евикције“, *Уговорно и одштетно право по Закону о облигационим односима* (ур. Милан Петровић, Зоран Ивошевић, Миодраг Трифуновић), Београд, 1979. (Radović Petar, „Zaštita od evikcije“, *Ugovorno i odštetno pravo po Zakonu o obligacionim odnosima* (ur. Milan Petrović, Zoran Ivošević, Miodrag Trifunović), Beograd, 1979)
- Slakoper Zvonimir, „Odgovornost za pravne nedostatke u Zakonu o obveznim odnosima i izabranim правним poretcima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2007.
- Стојчевић Драгомир, *Римско приватно право*, Београд, 1981. (Stojčević Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1981)
- Thévoz Luc, Werro Franz, *Code des obligations I (art. 1–529)*, Basel, 2003.
- Фишер Шобот Сандра, „Одговорност продавца за правне недостатке у праву међународне и домаће продаје“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015. (Fišer Šobot Sandra, „Odgovornost prodavca za pravne nedostatke u pravu međunarodne i domaće prodaje“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2015)
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations – Roman foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, New York, 1995.

Ksenija DŽIPKOVIĆ, LL.M.

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

EXTRAJUDICIAL EVICTION

Summary

Author discusses extrajudicial eviction in legal theory and practice. It is debatable whether the acquirer must initiate the „provocative litigation“ against a third party who claims that a certain right belongs to him in order to exercise the rights regarding eviction in the case of extrajudicial harassment. The positive answer would deny the existence of extrajudicial eviction. After analysing the historical evolution of the institute, different views of legal authors, the legislative attitude in domestic and comparative law, author concludes that there are situations in which the acquirer will enjoy the right to protection regardless of if the right of the third party was established by the court. Protection shall be granted if the right of the third party is established on a firm basis and if the acquirer has acquired the right on the different basis to the extent that he should have acquired by a contract.

Key words: *Eviction. – Legal Defects. – Liability of the Transferor – Harassment of the Acquirer (Transferee). – Contractual Liability.*

Датум пријема рада: 1. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 18. 3. 2022.

УДК: 347.441.83

CERIF: S 130

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22109A

Александра СТЕФАНОВИЋ*

мастер правник, демонстратор Универзитета у Београду –
Правног факултета, Србија

СУБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНТИ ИСПЛАТЕ НЕДУГОВАНОГ**

Сажетак

Ауторка анализира услове за настајанак исплате недугованој који су субјективної карактера. У оквиру рада се ипруги да разіраничи іправи не од ісихолошких аіекаіа ових елемената, іе да укаже на ііііребе іірецизније разраде инііііуіа, како у оквиру законодавіва, ііако и у ііравној ііеорији. Субјективни елементи іірожимају и доіцију фазу исплате недугованој – ііраво на ііовраіај као сеімені ііосебних ііравила о ресіііуіуіа. У зависноіі од савесноіі исплатііоца се одреіује обим ресіііуіуіа. Такоіе, ііосііоје случајеви када се одсіуіа од ресіііуіуіа услед несавесноіі сіііаоца, ііе рад обухваіа и ііихову анализу. У раду су кориіііени уіоредноііравни и доімаііски метод.

Кључне речи: *Циљ. – Заблуда. – Савесноіі. – Ресіііуіуіа. – Знање.*

* Електронска адреса ауторке: aleksandra@ius.bg.ac.rs.

** Рад представља део (делом прераіен и скраіен) мастер рада „Исплата недугованог“, одбраіеног на Правном факултету Универзитета у Београду.

I Увод

Исплата недугованог подразумева исплату дуга која рађа право да исплатилац тражи повраћај плаћеног.¹ Како би дошло до исплате недугованог, неопходно је да буду задовољени општи и посебни услови. Општи услови се односе на услове за настанак стицања без основа као ширег концепта, док су посебни услови додатни услови за исплату недугованог. То су: исплата нечег што се не дугује, исплата са циљем гашења обавезе и субјективни услов који се најчешће разумева као заблуда. У даљем излагању ће бити појашњени други и трећи услов, те ће и сама сврха другог бити доведена у питање. Осим тога, субјективни моменти се јављају и код услова за повраћај неосновано стеченог. Имајући у виду да је у нашем праву реч о општем корпусу одредаба о реституцији, поменуте услове смо такође обрадили у раду. Реч је о савесности обогашеног која је у корелацији са обимом реституције, те знањем осиромашеног као препреке за реституцију.

II Посебни субјективни услови за настанак исплате недугованог

1. Исплата са циљем гашења обавезе

Исплатилац врши плаћање са циљем гашења обавезе, као начином престанка облигације. Поменути услов се сврстава у објективне, а у правној теорији се не увиђа његова спорност нити се одговара на очигледну дилему: шта је циљ? Овом питању се може приступити на два начина: на правни и психолошки. Уколико се приступи из правне перспективе, проблематика одређивања појма циља се може сврстати у поимања каузе и/или намере. Кауза је разлог обвезивања, односно циљ обвезивања. Код исплате недугованог говоримо о одсуству правног основа, а не основа. Дакле, кауза може постојати јер говоримо о вољном обвезивању – исплатилац плаћа са циљем гашења обавезе. Које обавезе – зависи од конкретног контекста, али лице сматра да треба да исплати и да је обавеза његова. Међутим, евидентно је реч о *de iure* непуноважном правном послу,² те сваки разлог обвезивања заправо и није правне природе. У овом контексту би се пре могло говорити о мотивацији за исплату која је сходно чл. 53 ЗОО правно релевантна само уколико

1 Paul Collinet, André Giffard, *Précis de droit romain, Tome 1*, Paris, 1930, 92.

2 Ауторка констатује да је говорење о непуноважним правним пословима већ *contradictio in adjecto*.

је недопуштена.³ Међутим, пошто су основ и правни основ увезани – одсуство правног основа дефинитивно има домино ефекат и на пуноважност основа, те је депласирано и упуштати се у расправу о допуштености побуде. Ауторка закључује да би мотивација ипак тада била у домену психологије. Ако је тако, зашто се овај услов издваја у правној теорији (нагласак на правној) као посебан услов? Адекватније би било изоставити га. Уколико се говори о погрешној представи о постојању дуга чији обвезник није исплатилац, онда се објашњавање таквог услова већ задовољава кроз концепцију заблуде. Ако погледамо из друге перспективе, циљ се у праву јавља у домену кривичног права кроз намеру као субјективни елемент који означава усмереност не ка кривичном делу, већ ка последици (дакле нечему изван самог кривичног дела, што и не мора наступити). За разлику од кривичног права, грађанско право не препознаје намеру као појам у претходно објашњеном значењу, те би требало елиминисати и овакво тумачење. Бенабен сматра да се често превиђа још један услов за настанак исплате недугованог који кореспондира исплати са циљем гашења обавезе: акцепт исплаћеног када се једино може успоставити одговорност за повраћај исплаћеног.⁴ Као пример наводи да она не постоји када је реч о лицу код кога је ствар депонована.⁵ Из поменутог примера се да приметити да није реч о фактичкој радњи пријема, већ се под акцептом исплаћеног подразумева свесна и вољна радња која мора имати своју правну тежину. Ауторка сматра да је адекватније изоставити овај услов јер кроз анализу услова за настанак исплате недугованог у нашем правном систему говоримо о условима који се морају испунити са стране исплатиоца, док стање свети стицаоца узимамо у обзир разматрајући услове за повраћај стеченог без основа.

2. Субјективни услов (*error*)

а) Дефиниција

Одељак је назван субјективни елемент како би и својим називом одразио дилему о субјективном елементу исплате недугованог: заблуда, извињавајућа заблуда, намера стицаоца или незнање. Заблуда је

3 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, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени лист РС*, бр. 18/2020.

4 Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 15^e edition, Paris, 2016, 352–353.

5 Иако аутор не наглашава, ауторка сматра очигледним да се ради о обавези чувања у оквиру уговора о остави.

једна од мана воље која представља нетачну представу о стварности.⁶ Конкретније, код исплате недугованог се ради о погрешном убеђењу исплатиоца да мора да испуни обавезу.⁷ Француска теорија поима заблуду у оквиру исплате недугованог као одсуство улагања дужне пажње при ступању у правне односе, односно дефинише је као обичну непажњу.⁸ Дискутабилно је колико се може успоставити аналогија између обичне непажње као концепта одштетног права и заблуде, коју по правилу схватамо у контексту мана воље, као негативног услова за испуњавање сагласности воља као услова за настанак пуноважног уговора. Начин доспевања у заблуду је ирелевантан – није важно да ли је погрешна представа резултат сопствене или туђе кривице.⁹ Из претходне опаске видимо да је француско право стало на становиште да је заблуда као елемент исплате недугованог увек скривљена, и то на страни исплатиоца. Дакле, законодавац прописује чл. 211 ЗОО да уколико исплатилац зна да није дужан да испуни неку обавезу, а испуни је, не може да захтева повраћај датог позивом на стицање без основа. Аутори који наводе да је заблуда један од нужних елемената, напомињу да је тренутак плаћања релевантан за процену постојања заблуде код исплатиоца.¹⁰ Радишић, напротив, сматра да заблуда исплатиоца нема ничег заједничког са заблудом која правни посао чини рушљивим: свака заблуда исплатиоца јесте битна, па и скривљена.¹¹ Не бисмо се сложили са Радишићем да није иста заблуда јер је реч о појму који означава погрешну представу која се јавља и код мана воље и (по правилу) код исплате недугованог. Разлика је у томе да је код мана воље за рушљивост правног посла релевантна само заблуда која је битна и извињавајућа. Претпостављамо да Радишић под појмом скривљене заблуде подразумева заблуду која није извињавајућа. Ведриш сматра да заблуда мора бити извињавајућа, те очигледно произлази да прави паралелу између поимања заблуде у оквиру рушљивих послова и код исплате недугованог.¹² У енглеском и америчком праву се наилази на институт са којим се може повући паралела

6 Слободан Перовић, *Облигационо право*, 7. издање, Београд, 1990, 286.

7 Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад, 2018, 604.

8 Eric Descheemaeker, „The New French Law of Unjustified Enrichment“, *Restitution Law Review*, vol. 25, 2018, 9.

9 Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право: ојшћи гео*, Београд, 1987, 542.

10 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 542, 604.

11 Јаков Радишић, *Облигационо право: ојшћи гео*, 11. издање, Ниш, 2017, 344.

12 Martin Vedriš, *Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima*, I Tom, Beograd, 1988, 463.

са исплатом недугованог – исплата туђег дуга у заблуди да се плаћа свој дуг, као врста стицања без основа услед заблуде јер је у њиховом праву заблуда један од неоправданих фактора који су услов за настањак стицања без основа.¹³ Десхемеке уочава да је Наполеонов грађански законик из 1804. године прописивао да је неопходна заблуда исплатиоца само када дође до исплате туђег дуга (обрнута релативна исплата недугованог).¹⁴ Међутим, аутор наводи да је, у складу са схватањем римског права, реч о *condictio indebiti per errorem solute*, те су доктрина и судска пракса попуниле правну празнину захтевајући заблуду у свим случајевима исплате недугованог употребом екстензивног тумачења. Оно што није било јасно јесте ко сноси терет доказивања: исплатилац, или се претпоставља постојање заблуде у случају одсуства дуга, те би терет обарања претпоставке био на стицаоцу. Судови су, поготову након 1965. године, били на другом становишту, што се мења 1993. године када Касациони суд за случајеве исплате апсолутно и релативно недугованог више не захтева заблуду, а и даље је тражи као услов код релативне обрнуте исплате, али постоји „цака“: доказивање одсуства заблуде код исплатиоца од стране стицаоца доводи до непримењивања правила о стицању без основа.¹⁵ Ваљало би приметити да Десхемеке уређујући стицање без основа говори паралелно како о материјалноправним условима које треба задовољити, тако и о условима за подизање кондикције, те заправо у поменутом случају, уколико би се тумачило из перспективе српског права, и није реч о одсуству заблуде, већ о одсуству доказивања постојања заблуде у судском поступку. Такође, пошто је у првом случају реч о исплати апсолутно недугованог, очигледно се подразумева да је стицалац био у заблуди, иначе не би платио. Релевантно је питање како обим заблуде утиче на право на повраћај: суд може умањити повраћај код исплате недугованог и код стицања без основа услед пропорције са заблудом сходно ставу након доношења Ордонансе 2016. године. Судска пракса је варијала између неколико опречних ставова до доношења поменутих измена: од потпуног прихватања захтева, преко потпуног одбијања захтева, те одређивање сразмере повраћаја спрам врсте заблуде или врсте недугованог, од чега је последње становиште пре измена било да заблуда не утиче на обим повраћаја, осим када је до губитка стицаоца дошло услед кривике исплатиоца када се сразмерно умањује захтев. Дакле, говори се о решавању два захтева у оквиру једног судског поступка: захтева за повраћај исплатиоца и приговора скривљене заблуде стицаоца. Разлог оваквог схватања може бити и историјскоправни:

13 Joachim Dietrich, *The Limitations of Unjust Enrichment: A New Perspective on Restitution*, Doctoral thesis, Canberra, 1994, 414–415.

14 E. Descheemaeker, 7.

15 *Ibid.*, 8–10.

наиме, судска пракса је на поменути начин изврдала примени правила (*praeter legem*) и штитила стицаоце лошег имовинског стања чак претпостављајући да је заблуда скривљена од стране исплатиоца. У правној теорији се наводи да нема корелације између степена непажње исплатиоца и износа осиромашења стицаоца. Пре реформе из 2016. године је, у складу са логиком грађанске одговорности, узимана у обзир штета која је причињена стицаоцу, док је након реформе акценат померен на саму непажњу. Цитирани аутор сматра да се француски законодавац у Ордонанси неспретно изразио хтевши, заправо, да заштити савесног стицаоца када је до исплате дошло кривицом исплатиоца. У француском праву постоји схватање да заблуда мора бити битна и извињавајућа како би дошло до настанка стицања без основа,¹⁶ док је у узорном римском праву било захтевано да заблуда буде извињавајућа.¹⁷

Српски грађански законик, по узору на Аустријски грађански законик, захтева да заблуда буде извињавајућа.¹⁸ Скица (чл. 169 са рубрумом „Веровање да дуг постоји“) уређује услов за исплату недугованог у којем се наводи да када неко, верујући да је дужан, плати што није био дужан, има право да захтева повраћај исплаћеног.¹⁹ Исто право има и онај ко исплати туђи дуг у заблуди, односно у погрешном уверењу да је дужан да плати. Дакле, Скицом је било предвиђено да је заблуда један од услова за настанак исплате недугованог. ФГЗ-ом је уређено да лице има право на повраћај уколико је у заблуди извршило исплату (чл. 1376).²⁰

Марковић, анализирајући чл. 1373 Југословенског законика, уочава да је допуштена и правна заблуда као разлог за тражење повраћаја једне чинидбе, те да постоје изузеци који сужавају поље примене овог правила: исплата застарелог дуга не заснива обавезу на повраћај исплаћене суме, макар да дужник није знао да не мора платити; исплата дуга за чије утеривање закон само ускраћује право на тужбу и на судску заштиту, али иначе признаје постојање дуга, и недостатак форме коју закон тражи да би дотична обавеза била пуноважна – тада обавеза не постоји.²¹ Интригантну опаску наводи Станишић: када је веза између

16 P. Collinet, A. Giffard, 126.

17 Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 2008, 375.

18 Валентина Цветковић Ђорђевић, „Развој кондикције од римског до савременог права“, *Страни правни животи*, бр. 1/2013, 209. Валентина Цветковић Ђорђевић, „Правно неосновано обогаћење у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије: књига 2* (ур. Стеван Лилић), Београд, 2012, 310.

19 Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996.

20 Француски Грађански законик (*Code Civil*).

21 Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд, 1997, 784–785.

осиромашења на једној страни и обogaћења на другој страни непосредна, основ који недостаје за осиромашење и обogaћење је заједнички, али ако је веза између осиромашења и обogaћења посредна, недостајући основ који оправдава осиромашење различит је у односу на недостајући основ који би требало да оправда обogaћење.²² Код исплате недугованог би пример у којем се извајају два (потенцијална) или више правних основа могао да се конструише у случају посредне везе између обogaћеног и исплатиоца када, на пример, постоји заступнички однос. Међутим, пошто у овом случају стицања без основа сам базични облигациони однос никад није ни имао правни основ, можемо говорити само о правним основима који спајају ланчани низ трећих лица.

Принуда и претња се изједначавају са заблудом као једним од услова за остварење права на реституцију (на пример, исплата недугованог у виду принуде државног органа).²³ Претња је психичка принуда која се може јавити уместо заблуде и, и даље творити услове за настанак исплате недугованог. Насупрот томе, када се говори о принуди у физичком смислу, не подразумева се да је воља манљива, већ да је одсутна, те ауторка сматра да тада не настаје исплата недугованог јер исплата у самом изразу подразумева вољну радњу (иако манљиве воље). Даниловић сматра се да је дошло до настанка исплате недугованог када је исплатилац исплату начинио из немарности.²⁴ Такође, она наводи да до исплате недугованог може доћи и када између потраживања повериоца и дужника постоје услови за законску компензацију, па се догоди да једна страна у заблуди испуни своју обавезу на начин да исплатом обухвати и део потраживања који се угасио компензацијом.

3. Ситуације када заблуда није неопходан услов

Имајући у виду да је правило да је заблуда неопходан услов за настанак исплате недугованог, изузеци се морају посебно прописати.²⁵ Тако, прописано је чланом 212 ЗОО када лице не може тражити враћање. У правној теорији се консензусом и двострука исплата дуга сврстава у случајеве када заблуда не мора постојати, те тако и чл. 212 ЗОО. У француској теорији постоји схватање да се заблуда као психолошки елемент тешко доказује, те да је неопходно јасно разлучити када

22 Слободан Станишић, *Облигационо право: општи дио (књига прва)*, Бања Лука, 2019, 805.

23 Јелена Даниловић, „Неосновано обogaћење“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–4/2001, 418.

24 *Ibid.*, 417–418.

25 Проистиче из правила: *exceptio specialiter praescribi debet*.

је она нужан услов за настанак исплате недугованог, односно када није.²⁶ Посебно је од измена ФГЗ 2016. године (које нису демантоване савременом правном доктрином) утврђена разлика у погледу поменутог услова када се ради о два ситуацијама: исплати објективно и субјективно недугованог. Заблуда није један од нужних услова за настанак овог извора облигација када је реч о исплати дуга који је објективно недугован, већ је довољно да се приликом тражења повраћаја докаже постојање материјалних услова јер је стицалац примио исплату која не постоји, те Бенабен сматра да тада не заслужује заштиту у виду додатног услова.²⁷

а) Када је исцлајилац задржао право тражења повраћаја

Задржавање права на повраћај (чл. 211 ЗОО) представља једнострану изјаву воље којом исплатилац пре, или најкасније у време исплате, ставља до знања обогатеном да ће тражити натраг оно што је неосновано плаћено.²⁸ *Arg. a contrario*, изјава нема дејство уколико је дата накнадно.²⁹ У Скици је чланом 170 било предвиђено да, када неко изврши исплату знајући да није дужан да плати, нема право да захтева повраћај, осим уколико је то право задржао.

б) Када је дуго исцлајен да би се избегла принуда државној органи или некој другој

Принуда као таква може доћи од физичког лица, мада се приписује правном лицу, нпр. државном органу уколико физичко лице иступа у својству заступника правног лица. Као пример за принуду државног органа се у правној теорији наводи плаћање како би се избегло принудно извршење уколико је уместо правог дужника означено погрешно лице.³⁰ Овде ваља нагласити да принуда по дефиницији може бити физичка и психичка (такозвана претња). Од државног органа (чл. 211 ЗОО) долази психичка принуда – принудно извршење као санкција уколико не дође до плаћања, а принуда физичког лица може бити физичка и/или психичка. Као што смо раније детаљније појаснили у делу који се односи на заблуду, у контексту исплате недугованог је могуће говорити само о претњи. У Скици је чл. 170 било предвиђено да, када неко изврши исплату знајући да није дужан да плати, нема право да захтева повраћај,

26 А. Bénabent, 354.

27 *Ibid.*, 352–353.

28 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 542.

29 Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 542.

30 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 542–543.

осим ако је платио да би избегао принудно извршење или неку другу принуду.

в) *Двосірука исілаіа дуіа*

Оно што је карактеристично за ову врсту исплате недугованог је да лице први пут плаћа по правном основу, а други пут плаћа недуговано (чл. 212 ЗОО). Посебно се наглашава да претходно наведено правило важи и када је једна од исплата извршена по основу извршне исправе. Ауторка мисли да треба упоредити са претходним случајем: у оба случаја долази до исплате под претњом принудне наплате, али је овде таква врста плаћања иницијално била дугована, те и намирена првом исплатом, а другом је извршена исплата недугованог. Треба учинити две напомене које су се искристалисале у судској пракси: прва, да поверилац нема права да захтева повраћај једног наплаћеног износа, јер се не ради о стицању без основа када је наплата извршена по основу две правоснажне и извршне судске одлуке, па нема ни услова за примену чл. 209 ЗОО;³¹ и друга, да стицање без основа двоструким исплаћивањем дуга постоји само под условом да је два пута плаћен идентичан дуг, и то у висини у којој је два пута плаћен.³²

III Субјективни елементи у оквиру реституције

1. Значај савесности за реституцију

Савесност означава постојање свести обогаченог о одсуству основаности стицања. Савестан је онај обогачени који није знао нити могао знати према околностима да се правно неосновано обогатио на туђ рачун.³³ Његова кривица се процењује према објективном стандарду просечно пажљивог човека.³⁴ Савесни обогачени има бољи положај

31 Драгослав Вељковић (ур.), „Пресуда Вишег привредног суда Пж. 6110/95 од 23. децембра 1995. године“, *Коментар Закона о облигационим односима са актуелном судском праксом: Том V*, Београд, 2020.

32 Драгослав Вељковић (ур.), „Решење Вишег трговинског суда Пж. 10679/06 од 27. децембра 2006. године“; Драгослав Вељковић, „Решење Вишег трговинског суда Пж. 753/06 од 5. октобра 2006. године“, *Коментар Закона о облигационим односима са актуелном судском праксом: Том V*, Београд, 2020. Драгослав Вељковић (ур.), „Решење Вишег трговинског суда Пж. 10679/06 од 27. децембра 2006. године“, *Коментар Закона о облигационим односима: Ојшійи део Закона о облигационим односима. II књија*, Београд, 2020.

33 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 555.

34 *Ibid.*, 609.

од несавесног. Поменуто становиште је општеприхваћено јер се темељи на начелу савесности и поштења и начелу правичности.³⁵ У француском праву се препознаје разлика у позицији обogaћеног у зависности од његове савесности.³⁶ Савесни обogaћени је дужан да врати ствар односно њену вредност, али не и плодове ствари који су пристигли пре подношења захтева за повраћај. Уколико је ствар отуђио пре подношења захтева – дугује накнаду вредности ствари на дан подизања захтева. Реституција мора бити натурална уколико је ствар непокретна или уколико је вредност ствари умањена кривицом обogaћеног (ослобађајући разлог је случај, односно *casus/vis minor*). ЗОО на четири места помиње савесност као релевантан критеријум код стицања без основа: код обавезе враћања плодова (чл. 214), обавезе плаћања затезне камате (чл. 214), надокнаде нужних и корисних трошкова (чл. 215) и неосноване исплате накнаде штете изазване повредом тела, нарушењем здравља или смрћу лица (чл. 216). Уколико је дошло до пропасти ствари услед више силе, савестан обogaћени не дугује осиромашеном новчану вредност, а несавесни је дужан да је надокнади.³⁷ Такође, треба узети у обзир принцип да савесни стицалац, после повраћаја стечене користи или исплате накнаде, не сме бити доведен у имовинску ситуацију која је гора од ситуације у којој би био да се обogaћење није ни догодило.³⁸ Из претходног се изводи да, уколико у тренутку истицања захтева стечене користи нема у конкретном случају (а не у складу са одређеним стандардом понашања), отпада и његова обавеза да је надокнади, те Радишић сматра да осиромашени сноси ризик располагања обogaћеног која су економски неразумна. Ауторка сматра поменути Радишићев став дискутабилним јер је наведени принцип у супротности са начелом савесности и поштења у конкретном случају: сврха примене правила о стицању без основа (за разлику од стварног права из ког потиче поменути принцип) је успостављање ранијег стања у имовини обogaћеног, али и осиромашеног, те се поставља питање зашто би приоритет имало имовинско стање обogaћеног (па чак и савесног) у односу на имовинско стање осиромашеног. Штавише, законодавац јасно назначавача обим враћања у одредбама којима диференцира консеквенце савесности, те би било контрадикторно да савесно лице има обавезу враћања плодова

35 Драган Д. Панџић, „Искључење реституције код правно неоснованог обogaћења у српском праву“, *Правни живоић*, бр. 10/2019, 461.

36 Boris Starck, Henri Roland, Laurent Boyer, *Droit civil: obligations*, 2^e edition, Paris, 1986, 736–737; Pierre Tercier, *Le droit des obligations (Avec la collaboration de M^e Karine Devaud)*, 4^e édition revue et corrigée, Zürich, 2009, 374; Luc Thévenoz, Franz Werro (éds.), *Commentaire romand – Code des obligations I art. 1–529*, Bâle, 2011, 444–445.

37 Александар Радованов, *Облигационо право: ојшњи гео*, Нови Сад, 2009, 215.

38 Ј. Радишић, 348.

и затезне камате, а нема обавезу враћања саме ствари или њене противвредности. На крају крајева, новчана реституција је и прописана као секундарни супститут натуралној имајући у виду ситуације када није могуће вратити се у пређашње стање јер је, на пример, ствар уништена или отуђена.

2. Обим реституције

Враћање стеченог без основа није условљено савесношћу или несавесношћу обогашеног.³⁹ На сличан став наилазимо и у судској пракси: повраћај новчаних средстава уплаћених без правног основа није условљен савесношћу лица у чију имовину су прешла средства.⁴⁰

а) Плодови

У немачкој правној теорији се подразумева да се плодови примарно враћају у природи, односно новчано уколико претходно није могуће.⁴¹ У француском праву савесни обогашени не дугује стечене плодове.⁴² Чланом 214 ЗОО је прописано да: „Кад се враћа оно што је стечено без основа, морају се вратити плодови и платити затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева.“⁴³ Моменат подношења захтева означава тренутак од ког је дефинитивно лице несавесно. Постоје и другачија схватања:⁴⁴ да би требало да врати само оне плодове који су настали у току трајања несавесности.⁴⁵ Дакле, уколико је постао несавестан касније, односно у неком тренутку након стицања без основа, али пре момента подношења захтева. Савесност се по општим правилима обориво претпоставља, те

39 Радмила Попадић, „Утврђивање накнаде за стицање без основа“, *Правни животи*, бр. 1/1989, 252; Илија Бабић, *Лексикон облигационе права*, Београд, 2001, 212.

40 Драгослав Вељковић (ур.), „Пресуда Врховног суда Србије Гзз. 5/90 од 1. фебруара 1990. године“, *Коментари Закона о облигационим односима са акцијелном судском праксом: Том V*, Београд, 2020.

41 Gerhard Dannemann, *The German law of unjustified enrichment and restitution. A Comparative Introduction*, New York, 2009, 69.

42 François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 10^e édition, Paris, 2009, 1055.

43 У складу са претходно наведеном поделом, затезна камата би представљала цивилне плодове.

44 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 557–558.

45 Обогашени постаје несавестан моментом подношења захтева ако је и раније био савестан. У контексту процесног права, заправо обогашени постаје несавестан моментом достављања поднетог захтева од стране суда.

би осиромашени требало и да доказује моменат од кога је обogaћени несавестан. Све зависи са које се стране посматра: уколико узмемо у обзир сврху прописивања степеновања враћања плодова у зависности од савесности обogaћеног, схватамо да је законодавац имао у виду пенални карактер одредаба. У складу са концептом грађанског права, адекватније би било решење којим се доследно примењује сразмерност (обogaћени би дуговао плодове од момента када је постао несавестан до момента враћања), поготову што не представља отежање позиције осиромашеног у доказивању.

б) Затезна камата

У француском праву савесни обogaћени не дугује затезну камату.⁴⁶ У немачком праву је до реформи из 2002. године постојала одредба чл. 347 по којој је све што је примљено морало да се врати са каматом која тече од дана пријема.⁴⁷ Данеман исто констатује да је реформом она обрисана, што не значи да се каткад не дугује и затезна камата, али произлази из општих правила.

У судској пракси се поставило питање да ли се тужбом из стицања без основа може тражити враћање износа камате када је уговорена каматна стопа изнад законске или тада може поднети тужбу за накнаду штете против државе. Седница одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда је заузела став да би овакву тужбу требало одбацити у поновљеном поступку, а тужба за накнаду штете против државе би била неоснована због наводно незаконите пресуде јер правоснажност пресуде обухвата и њену евентуалну незаконитост.⁴⁸ Обавеза плаћања затезне камате зависи, као што је раније наведено, од савесности обogaћеног. Уколико је стицалац несавестан, затезну камату дугује почевши од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева (чл. 214 ЗОО). Из тог разлога, када се тужбом захтева враћање стеченог без основа, тад је суд обавезан да утврди и савесност стицаоца.⁴⁹ Уколико су и осиромашени и обogaћени несавесни у случају враћања стеченог без основа,

46 F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1055; Thundart Raphaël, „Le paiement de l'indu en droit comparé français, allemand, autrichien et suisse“, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 35, Nr. 1/2001, 185–186.

47 G. Dannemann, 72.

48 Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 10. октобра 2003. године. Вид. Здравко Петровић, Владимир Козар (ур.), *Меја збирка судске праксе из облигационој права*, Београд, 2009.

49 Драгослав Вељковић (ур.), „Пресуда Вишег привредног суда у Београду Пж. 3832/87“, *Коментар Закона о облигационим односима. Ойшњи део Закона о облигационим односима: II књига*, Београд, 2020.

осиромашенима право на камату од момента подношења захтева, а не од дана стицања.⁵⁰

в) Накнада нужних и корисних трошкова

Обогаћени има право на накнаду нужних и корисних трошкова (чл. 215 ЗОО, чл. 1381 ФГЗ). Савесни и несавесни стицалац имају право на накнаду нужних трошкова у потпуности (чл. 215 ЗОО). Чланом 347 НГЗ је уређено право на накнаду трошкова које је лимитирано на нужне трошкове под условом да је дошло до натуралне или новчане реституције или да чињенични склоп потпада под одредбу чл. 346.⁵¹

Обим накнаде корисних трошкова зависи од савесности обогаћеног. Ако је обогаћени био несавестан, накнада за корисне трошкове му припада само до износа који представља увећање вредности у трезутку враћања (*arg. из чл. 215 ЗОО*). То значи да ризик смањења вредности улагања у ствар у односу на вредност учињених издатака током времена пада на несавесног стицаоца, те да ни савесни ни несавесни обогаћени немају право на накнаду луксузних трошкова.⁵² Француско право сматра да је за накнаду трошкова ирелевантна савесност лица, односно да и савесни и несавесни стицалац имају право на накнаду нужних и корисних трошкова.⁵³

Осим накнаде нужних и корисних трошкова, обогаћени има право да одузме односно одвоји оно чиме је ствар побољшао – *ius tollendi*, под условом да је одвојиво од саме ствари.⁵⁴ Висина учињених трошкова, чија се исплата тражи по основу стицања без основа, утврђује се према ценама у време учињених издатака, а не према ценама у време пресуђења.⁵⁵

50 Драгослав Вељковић (ур.), „Пресуда Врховног суда Србије Прев. 16/06 од 14. фебруара 2006. године“, *Коментар Закона о облигационим односима са актуелном судском праксом: Том V*, Београд, 2020.

51 G. Dannemann, 73; Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, New York, 2005, 89.

52 Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 610.

53 В. Starck, Н. Roland, L. Boyer, 738–739.

54 Ј. Радишић, 348; Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 610.

55 Драгослав Вељковић (ур.), „Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2229/88“, *Коментар Закона о облигационим односима са актуелном судском праксом: Том V*, Београд, 2020.

3. Одсуство реституције услед знања осиромашеног да исплаћује недуговано

У немачком праву је прихваћено схватање да уколико је осиромашени знао да исплаћује недуговано, нема право да тражи повраћај.⁵⁶ У француском праву је традиционално схватање да добровољна исплата представља препреку за тражење повраћаја.⁵⁷ Такође, изменама ФГЗ из 2016. године је уз претходно поменуту додата још једна препрека за реституцију, која је проистекла из прогресивне правне доктрине (доктрине о повраћају исплате недугованог:⁵⁸ грешка осиромашеног успоставља делимичну препреку за реституцију када она узрокује погрешну представу (А.С.: заправо заблуду иако је називају предрасудом) обогаченог у ситуацији када је обогачени прави поверилац, али осиромашени није дужник).⁵⁹

У Скици је чл. 170 било предвиђено да, када неко изврши исплату знајући да није дужан да плати, нема право да захтева повраћај, осим уколико је право на повраћај, осим уколико је право на повраћај задржао, или ако је платио да би избегао принудно извршење, или неку другу принуду. Чланом 211 ЗОО је прописано да осиромашени нема право да тражи повраћај уколико је знао да исплаћује недуговано.⁶⁰ У складу са законом, судска пракса је резоновала да, када је тужилац извршио исплату знајући да не дугује, не настаје стицање без основа и осиромашени нема право на реституцију.⁶¹

IV Закључак

Субјективни елементи се, дакле, могу поделити на: циљ и заблуду, односно одсуство заблуде са стране услова за настанак исплате

56 Ernst Von Caemmerer, Peter Schlechtriem (eds.), *Restitution – Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. X, Hanover, 2007, 14.

57 A. Bénabent, 355.

58 E. Descheemaeker, 7.

59 A. Bénabent, 355, 358.

60 Драгослав Вељковић (ур.), „Пресуда Вишег трговинског суда Пж. бр. 12104/05 од 29. децембра 2005. године“, *Коментар Закона о облигационим односима са акциуелном судском праксом: Том V*, Београд, 2020.

61 Пресуда Вишег трговинског суда Пж. 486/06 од 14. фебруара 2007. године. Вид. Светислав Р. Вуковић, Гордана Станојчић (ур.), *Акциуелна судска пракса из трајанско-материјалног права: облигационо право, стварно право, наследно право, сјаменено право, породично право*, Београд, 2011. Пресуда Вишег привредног суда у Београду Пж. 6321/99 од 11. новембра 1999. године, доступно у: *Избор судске праксе*, бр. 1/2001.

недугованог; и савесност обогашеног и знање осиромашеног са стране услова за реституцију. У свим поменутих условима се преламају психолошки и правни моменти. Правила о реституцији се односе на стицање без основа у целости, те и на исплату недугованог (реч је о општим правилима). Сам институт је целовит, те тако и треба сагледавати услове и за настанак саме облигације, и за реституцију.

Кроз циљ се поставља питање његовог поимања те је у раду изложено неколико хипотеза о његовом значењу: као кауза, намера или мотивација. Заблуда је доминантно прихваћена у правној теорији као услов који је специфичан за исплату недугованог у ужем смислу. Међутим, уочава се у раду да постоје различита схватања заблуде: поставља се питање да ли она треба да буде битна и/или извињавајућа.

Савесност обогашеног је ирелевантна за враћање стеченог без основа, али игра улогу у обиму реституције плодова, затезне камате и накнаде нужних и корисних трошкова. Такође, важно је увидети да знање осиромашеног доводи до одсуства реституције односно да је реч о негативном услову.

Коришћена литература

- Бабић Илија, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2001. (Babić Pija, *Leksikon obligacionog prava*, Beograd, 2001)
- Bénabent Alain, *Droit des obligations*, 15^e edition, Paris, 2016.
- Vedriš Martin, *Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima*, I Tom, Beograd, 1988.
- Вељковић Драгослав (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима. Општи део Закона о облигационим односима: II књига*, Београд, 2020. (Veljković Dragoslav (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima: II knjiga*, Beograd, 2020)
- Dannemann Gerhard, *The German law of unjustified enrichment and restitution. A Comparative Introduction*, New York, 2009.
- Даниловић Јелена, „Неосновано обогашење“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1–4/2001. (Danilović Jelena, „Neosnovano obogaćenje“, *Analī Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–4/2001)
- Dietrich Joachim, *The Limitations of Unjust Enrichment: A New Perspective on Restitution*, Doctoral thesis, Canberra, 1994.
- Descheemaeker Eric, „The New French Law of Unjustified Enrichment“, *Restitution Law Review*, vol. 25, 2018.

- Ђорђевић Живомир, Станковић Владан, *Облигационо право (ојшићи гео)*, Београд, 1987. (Đorđević Živomir, Stanković Vladan, *Obligaciono pravo (opšti deo)*, Beograd, 1987)
- Zimmermann Reinhard, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, New York, 2005.
- Марковић Лазар, *Облигационо право*, Београд, 1997. (Marković Lazar, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1997)
- Пајтић Бојан, Радовановић Сања, Дудаш Атила, *Облигационо право*, Нови Сад, 2018. (Pajtić Bojan, Radovanović Sanja, Dudaš Atila, *Obligaciono pravo*, Novi Sad, 2018)
- Пантић Драган Д., „Искључење реституције код правно неоснованог обogaћења у српском праву“, *Правни животи*, бр. 10/2019. (Pantić Dragan D., „Isključenje restitucije kod pravno neosnovanog obogaćenja u srpskom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2019)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, 7. издање, Београд, 1990. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, 7. izdanje, Beograd, 1990)
- Попадић Радмила, „Утврђивање накнаде за стицање без основа“, *Правни животи*, бр. 1/1989. (Popadić Radmila, „Utvrdživanje naknade za sticanje bez osnova“, *Pravni život*, br. 1/1989)
- Радишић Јаков, *Облигационо право: ојшићи гео*, 11. издање, Ниш, 2017. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo: opšti deo*, 11. izdanje, Niš, 2017)
- Радованов Александар, *Облигационо право: ојшићи гео*, Нови Сад, 2009. (Radovanov Aleksandar, *Obligaciono pravo: opšti deo*, Novi Sad, 2009)
- Raphaël Thundart, „Le paiement de l'indu en droit comparé français, allemand, autrichien et suisse“, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53, Nr. 1/2001.
- Starck Boris, Roland Henri, Boyer Laurent, *Droit civil: obligations*, 2^e edition, Paris, 1986.
- Terré François, Simler Philippe, Lequette Yves, *Droit civil – Les obligations*, 10^e édition, Paris, 2009.
- Tercier Pierre, *Le droit des obligations (Avec la collaboration de M^e Karine Devaud)*, 4^e édition revue et corrigée, Zürich, 2009.
- Thévenoz Luc, Werro Franz (éds.), *Commentaire romand – Code des obligations I art. 1–529*, Bâle, 2011.
- Horvat Marijan, *Rimsko pravo*, Zagreb, 2008.
- Caemmerer Ernst Von, Schlechtriem Peter (eds.), *Restitution – Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. X, Hanover, 2007.

Цветковић Ђорђевић Валентина, „Правно неосновано обогаћење у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије: књига група* (ур. Стеван Лилић), Београд, 2012. (Cvetković Đorđević Valentina, „Pravno neosnovano obogaćenje u srpskom pravu“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije: knjiga grupa* (ur. Stevan Lilić), Beograd, 2012)

Цветковић Ђорђевић Валентина, „Развој кондикције од римског до савременог права“, *Страни правни животи*, бр. 1/2013. (Cvetković Đorđević Valentina, „Razvoj kondikcije od rimskog do savremenog prava“, *Strani pravni život*, br. 1/2013)

Collinet Paul, Giffard André, *Précis de droit romain, Tome 1*, Paris, 1930.

Aleksandra STEFANOVIĆ, LL.M

Teaching Assistant at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

SUBJECTIVE ELEMENTS OF THE PAYMENT OF INDUE

Summary

*The author analyses subjective conditions for *condictio indebiti*. She tries to separate legal and psychological aspects of previously mentioned elements, and to indicate an existing need to elaborate this institute in legislation and legal theory. Subjective elements are also integrated in the later phase of *condictio indebiti* – special norms provisioning restitution. Scope of the restitution depends on the good faith of the payer. Also, there are cases when the restitution is permanently withheld as a result of the bad faith of the acquirer. Comparative and dogmatic methods are used in the article.*

Key words: Objective. – Error. – Good Faith. – Restitution. – Knowledge.

Датум пријема рада: 3. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 22. 3. 2022.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланак не би требало да буде дужи од 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

Чланак на српском језику треба да буде писан ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, који се пишу латиницом и курзивом (косим словима, односно италиком).

Чланак мора да на почетку садржи наслов, пуно презиме и име (свих) аутора, пун (званични) назив и седиште (укључујући и државу) институције у којој је аутор запослен. У напмени на дну прве странице наводи се е-адреса (свих) аутора.

Рад мора да садржи сажетак (апстракт), са основним циљевима истраживања, методама, резултатима и закључцима рада. Сажетак треба да има до 150 речи.

Након сажетка рад мора да има кључне речи које најбоље описују садржај чланка за потребе индексирања и претраживања. Број кључних речи не може бити већи од 5.

Рад мора да садржи листу референци (литература) која обухвата библиографске изворе (чланке, монографије и сл.) и даје се искључиво у засебном одељку након текста. Референце се наводе на доследан начин, према азбучном редоследу презимена аутора, како гласе у оригиналу.

Рад мора да има сажетак и кључне речи и на енглеском језику. Резиме и кључне речи се дају на крају чланка, након одељка Литература.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима. Наслови унутар чланка морају да имају следећи формат.

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (нпр. I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Дрући ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (нпр. 1., 2., 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини; курзив (коса слова, италик); нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (нпр. а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (нпр. 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Појам

1. Терминологија

а) Терминологија у ујоредном њраву

1) Немачко право

Чланак се предаје у електронском облику на адресу *casopis@pravnicuiprivredi.org.rs*. Пријем свих радова биће потврђен електронском поштом. Аутор предајом текста изјављује да текст није објављен или прихваћен за објављивање, да представља резултат сопствених истраживања и да се њиме не вређају права интелектуалне својине нити друга права трећих лица. Аутори су дужни да поступају у складу са правилима научне методологије у погледу цитирања туђих извора и навода.

Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Поступак рецензирања подразумева двоструку анонимну рецензију.

Редакција часописа задржава право да чланак прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског и енглеског језика.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

- а) Књиге се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, 100.

Roy Goode, *Commercial Law*, 3rd edition, London, 2004, 429.

- б) Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, 67.

Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet, *Droit des marchés financiers*, 3e édition, Paris, 2001, 243.

- в) Књига коју је неко лице приредило као уредник се цитира тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“ или скраћеница „ур.“, односно одговарајућа ознака на језику на ком је књига објављена.

Пример: Мирко Васиљевић (уредник), *Акционарска грушова, берзе и акције*, Београд, 2006, 27.

Fidelis Oditah (editor), *The Future for the Global Securities Market*, Oxford, 1996, 74.

Heinz-Dieter Assmann, Rolf A. Schütze (Hrsg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1990, 55.

- г) Када се цитира једна књига одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Васиљевић, 102.

R. Goode, 431.

- д) Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: Н. Јовановић (2010), 107.

2. Чланци

- а) Чланци се цитирају на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број и година издања, број стране.

Пример: Зоран Арсић, „Учешће у скупштини акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 23.

Klaus J. Hopt, „Aktionärskreis und Vorstandsneutralität“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Nr. 4/1993, 535.

- б) Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају зарезом.

Пример: Бошко Живковић, Катарина Вељовић, „Квалитет корпоративног управљања и тржиште корпоративне контроле у условима транзиције“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2005, 43.

Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, 1976, 307.

- в) Рад, односно чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, се цитира на следећи начин:

име аутора, презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова, односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник“ или „ур.“ („editor“ или „ed.“), „редактор“ и сл., и име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Пример: Небојша Јовановић, „Отварање и затварање привредних друштава“, *Акционарска грушџва, берзе и акције* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 307.

Roy Goode, „The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities“, *The Future for the Global Securities Market* (ed. Fidelis Oditah), Oxford, 1996, 110.

- г) Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, а потом број стране.

Пример: В. Радовић, 164.

- д) Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком и презиме, потом се у загради ставља година издања, и најзад број стране.

Пример: В. Радовић (2014), 184.

- ђ) У случају да у истој години аутор има више радова који се цитирају, уз годину издања се додаје латинично слово а, б, с, д, итд. према редоследу цитирања тих радова, након чега следи број стране.

Пример: И. Јанковец (1995а), 16.

3. Прописи

- а) Прописи се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница чл., ст., тач., односно пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, *Службени њласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, чл. 15.

- б) Ако ће наведени закон поново бити цитиран у раду, приликом првог цитирања се после назива прописа наводи скраћеница под којом ће се он даље појављивати.

Пример: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени њласник РС*, бр. 139/2014, чл. 4 ст. 2.

- в) Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а параграф скраћеницом пар.

Пример: чл. 24 ст. 1 тач. 5 или пар. 14.

- г) Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив, односно скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: Закон о привредним друштвима, чл. 7.
ЗПУ, чл. 25.

- д) Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин:

пун назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, затворена заграда, скраћеница чл., ст., тач. или пар. и број одредбе.

Пример: немачки Трговачки законик из 1897. године (*Handelsgesetzbuch*), пар. 29.

британски Компанијски закон из 2006. године (*Companies Act*; даље у фуснотама: СА), чл. 67.

4. Извори са интернета

а) Извори са интернета се цитирају на следећи начин:

име и презиме аутора, односно организације која је припремила текст, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса интернет странице курзивом, датум приступа страници, и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, Brussels, 2001, доступно на адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/financialmarkets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf, 21. 10. 2008, 18.

б) Приликом поновљеног цитирања извора са интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора, односно назив организације која је припремила текст, назив текста и број стране.

Пример: Giovannini Group, Cross-Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, 6.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.7

ПРАВО и привреда : часопис за привредноправну теорију и праксу / главни и одговорни уредник Татјана Јевремовић Петровић. – Год. 31, бр. 1/2 (1993) – .
– Београд : Удружење правника у привреди Србије, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik =
ISSN 0032-9002
ISSN 0354-3501 = Pravo i privreda
COBISS.SR-ID 101774343

Часопис *Право и привреда* излази од 1993. године као наставак часописа *Привредно правни приручник* који је излазио од 1963. године.

У часопису се објављују оригинални научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука и прикази књига. Од 2020. године часопис излази и у електронској форми (eISSN 2683-5592).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената које одређује редакција.

Изнесени ставови у објављеним радовима не изражавају ставове уредника и чланова редакције часописа. Аутори преузимају правну и моралну одговорност за идеје изнесене у својим радовима. За те ставове редакција не одговара.

Претплата за 2022. годину

- правна лица 9.100 динара
- физичка лица . . . 4.550 динара
- иностранство . . . 100 САД долара

Претплата се врши на текући рачун
Удружења правника у привреди Србије
број: 205-174837-56, Комерцијална банка, уз назнаку:
Претплата за часопис „Право и привреда“

У ОВОМ БРОЈУ ИЗДВАЈАМО:

Мирко Васиљевић

Привредно друштво без уговора о друштву – „друштво као фактичко“

Александар Јакшић

Утицај пандемије изазване вирусом ковид-19 на парнични поступак

Владимир Чоловић

Статус страних поверилаца у секундарном стечајном поступку

Ахмедин Лекпек

Фактори пореске евазије

Слађана Глигорић

Правна заштита од злостављања на раду у домаћем и међународном праву

Маша Мишковић

Комбиновање метода продаје имовине стечајног дужника