



УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXI

Број
4

2023

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

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 Доловић 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), 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 Тирић (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 Stenguta (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), Andreas Reiner (ARP, Аустрија), Mykola Selivon (Уставни суд, Украјина), Pilar Pelares Viscasillas (University Carlos III of Madrid, Шпанија), Dr. Danny Busch (Radboud University of Nijmegen, Холандија), Dr. Vesna Lazić (Asser Institute, Холандија), Dr. Bryan Mercurio (The Chinese University of Hong Kong, Хонг Конг, Кина), Dr. Marko Pavliha (Univerza v Ljubljani Fakulteta za pomorstvo in promet, Словенија), Dr. Martin Collet (Université Paris 2 Panthéon-Assas, Француска).

Секретар

др Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Технички секретари

Владимир Пешић, Привредни суд у Београду, Србија

Јелисавета Бољановић, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

Издавачи

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Београд, Теразије 27, V спрат

Електронска адреса удружења: office@pravnicuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: redakcija@pravoiprivreda.rs

Интернет страница: www.pravnicuprivredi.org.rs; www.pravoiprivreda.rs

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

Београд, Булевар краља Александра 67

Графичка припрема

Досије студио, Београд

Штампа

Досије студио, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

Тираж

200

Секундарне публикације у којима се индексира часопис

SCIndeks (Српски цитатни индекс), Cobiss, HeinOnline

Часопис *Право и привреда* излази тромесечно.


УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ



ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ

ПРАВО И ПРИВРЕДА

Часопис за привредноправну теорију и праксу

UDK 347.7
ISSN 0354-3501

Београд
Година LXI

Број
4

2023

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ

Усклађивање националних правила о одговорности
произвођача с потребама дигиталног доба и зелене
транзиције 981

Јелена ЛЕПЕТИЋ

Друштва капитала и обављање делатности од општег
интереса 1007

Вук ЦУЦИЋ

Привидна једноступност поступка јавних набавки –
Уставни суд опет у улози „позитивног законодавца“ 1028

Katja ŠTEMBERGER BRIZANI

Settlement as a Form of Alternative Dispute Resolution in
Administrative Matters: The Case of Slovenia 1045

Саво МАНОЈЛОВИЋ

(Не)уставност обавезног чланства у Привредној комори 1059

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

Јелисавейџа БОЉАНОВИЋ

Престанак хипотеке услед експропријације..... 1079

Вукашин СТАНОЈЛОВИЋ

Нередовна остава у римском и српском праву..... 1098

Пејра СТАНОЈЕВИЋ, Василије МИТРОВСКИ

Ђутање је злато – анализа изреке кроз правила трговинског
права..... 1120

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 1137

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Marija KARANIČIĆ MIRIĆ

Harmonizing National Product Liability Rules with the Needs of
the Digital Era and Green Transition 981

Jelena LEPETIĆ

Companies and Activites of General Interest 1007

Vuk CUCIĆ

Pretend Single Tier Format of the Public Procurement
Procedure – The Constitutional Court Again in the Role
of a ‘Positive Legislator’ 1028

Katja ŠTEMBERGER BRIZANI

Settlement as a Form of Alternative Dispute Resolution in
Administrative Matters: The Case of Slovenia 1045

Savo MANOJLOVIĆ

(Un)Constitutionality of Mandatory Membership in the
Chamber of Commerce 1059

STUDENT PAPERS

***Jelisaveta* BOLJANOVIĆ**

Cessation of Hypothec Due to Expropriation. 1079

***Vukašin* STANOJLOVIĆ**

Irregular Deposit in Roman and Serbian Law 1098

***Petra* STANOJEVIĆ, *Vasilije* MITROVSKI**

Silence is Golden – Analysing the Saying Through the Lenses of
Commercial Law 1120

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS 1137

ЧЛАНЦИ

УДК: 347.518:658.62.018.4 ; 366.542/.543(4-672EU:497.11)

CERIF: S 130, S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23401A

др *Марија* КАРАНИКИЋ МИРИЋ*
редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

УСКЛАЂИВАЊЕ НАЦИОНАЛНИХ ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА С ПОТРЕБАМА ДИГИТАЛНОГ ДОБА И ЗЕЛЕНЕ ТРАНЗИЦИЈЕ**

Сажетак

После расправе која се дуго водила у стручној и научној јавности и надлежним институцијама, крајем септембра 2022. године Европска комисија је утврдила и објавила званични Предлог нове Директиве о одговорности за дефектне производе. У случају да овај Предлог буде усвојен, наши законодавци ће имати обавезу да домаћа законска правила ускладе с новим европским прописом. У српском праву постоје два законска режима вануговорне одговорности за штету од производа с недостигањем: старији и оштрији режим који је прописан Законом о облигационим односима и новији режим који је усвојен правилима проширеног права. Циљ овог рада јесте да се изложе два режима одговорности произвођача која су данас код нас на снази и да се сагледају разлози за њихову промену. Разлози суштинске природе иду се заси-

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

** Рад је написан у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

релости и остojeћих правила, а формални разлози за промену ипичу се перманентној усклађивања нашеј ипирошачкој ирава с иравом ЕУ, ипиво је Република Србија ирхвашила као своју иравну обавезу.

Кључне речи: Одговорности ироизвођача. – Диипиално доба. – Кружна економија. – Предлој нове Директиве о одговорности за дефектне ироизводе (2022). – Усклађивање.

I Увод

Од 2005. године у српском праву постоје два законска режима вануговорне одговорности за штету од производа с недостатком: (а) старији и општији режим који је од 1978. године прописан Законом о облигационим односима¹ и (б) новији режим који је установљен правилима потрошачког права.² До тог удвајања дошло је зато што наш законодавац начелно није спреман да без преке потребе мења или допуњава ЗОО. Кад је донета политичка одлука, а потом прихваћена и правна обавеза, да се наше унутрашње право усклади с потрошачким правом Европске уније (ЕУ), одлучено је да то може бити само доношењем посебних прописа о заштити потрошача, који ће се мењати онолико често колико налаже та динамична област, а да се ЗОО од тога сачува. Та правно-политичка одлука није формализована, али из поступања нашег законодавца током последње две деценије јасно произлази да је то његово свесно опредељење.³

Наша посебна правила о одговорности произвођача у потрошачком контексту писана су према моделу Директиве о одговорности за дефектне производе (убудуће понекад само Директива).⁴ Директива је

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/1993, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 179.

2 Први покушај да се наше право усклади с потрошачким правом ЕУ у овој области везује се за Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, који је био на снази пет година. Посебан режим одговорности произвођача у потрошачком контексту данас је уређен Законом о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 88/2021, чл. 58–64.

3 Судаћи по резултатима, исто је резоновала Комисија за израду грађанског законика, коју је 2006. године формирала Влада Републике Србије: Преднацрт Грађанског законика Републике Србије из 2019. године не садржи норме потрошачког права. Преднацрт је доступан у електронској бази *ParagrafLex*, 15. 10. 2023.

4 Директива о одговорности за дефектне производе (*Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products*, *OJ L* 210, 7. 8. 1985, 29–33, *amended by Directive 1999/34/EC concerning liability for defective products*, *OJ L* 141, 4. 6. 1999, 20–21). Критичку анализу Директиве видети у: Hans-Wolfgang Micklitz, „Liability for defective products

успешно ускладила унутрашње прописе држава чланица ЕУ у области одговорности за производ с недостатком.⁵ За тај процес су још 1985. године истакнути јасни правно-политички разлози: усаглашавање националних прописа о одговорности произвођача потребно је да би се обезбедили једнаки услови пословања на јединственом тржишту, слободна конкуренција, уједначени услови за кретање робе и једнак степен заштите потрошача. Осим тога, још тада је закључено да правична расподела повећаног ризика штете који генеришу дефектни производи може да се постигне у условима убрзаног научног и технолошког развоја само ако се пропише да произвођач одговара објективно, то јест без обзира на сопствену кривицу.⁶

Током последње деценије живо се расправља о потреби да се правила Директиве ревидирају, односно да се област одговорности произвођача уреди на један нов и савремен начин. Крајем септембра 2022. године Европска комисија је коначно утврдила и објавила Предлог Директиве о одговорности за дефектне производе (убудуће: *Предлој* или *Предлој нове директиве*).⁷ Ако тај предлог буде био усвојен, наш законодавац ће имати обавезу да домаћа законска правила усклади с новим европским прописом. Циљ овог рада стога јесте да се изложе два правна режима одговорности за производ с недостатком која су данас код нас на снази и да се сагледају разлози за њихову промену. Разлози суштинске природе тичу се застарелости постојећих правила, а формални разлози за промену тичу се перманентног усклађивања нашег потрошачког права с правом ЕУ, што је Република Србија прихватила као своју правну обавезу.⁸

and services“, *European Consumer Law* (eds. Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott, Klaus Tonner), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2014, 239 и даље; Daily Wuyts, „The Product Liability Directive – More than two decades of defective products in Europe“, *Journal of European Tort Law*, Vol. 5, Nr. 1/2014, 1–34.

5 Извештај о примени Директиве о одговорности за дефектне производе (European Commission, *Report on the Application of the Council Directive 85/374/EEC concerning liability for defective products*, COM/2018/246 final), 8.

6 Преамбула Директиве, тач. 1 и 2.

7 Предлог директиве о одговорности за дефектне производе (*Proposal for a Directive on liability for defective products*, COM(2022) 495, 28 September 2022). Овај документ садржи Образложење (*Explanatory Memorandum*) и текст Предлога директиве о одговорности за дефектне производе. Европска комисија је истог дана објавила и Предлог директиве о одговорности за вештачку интелигенцију (*Proposal for a Directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive)*, COM(2022) 496, 28 September 2022), у ком се налазе посебна правила о субјективној вануговорној одговорност за штету коју проузрокује систем вештачке интелигенције.

8 О одговорности произвођача већ сам писала у: Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду,

II Постојећа правила о одговорности произвођача у српском праву

1. Закон о облигационим односима (1978)

Југословенски Закон о облигационим односима био је први пропис у Европи којим је посебно уређена одговорност произвођача ствари с недостатком.⁹ Реч је о модерном облику објективне одговорности за штету од ствари које се масовно производе и употребљавају или троше. Кад неко произведе и пусти у промет ствар с недостатком који генерише повећану опасност од штете по околину, онда одговара за штету изазвану тим недостатком без обзира на кривицу. Произведена ствар није опасна по себи. Она то постаје чињеницом што има неки дефект због ког није безбедна у довољној мери, и то када се користи на начин који се може основано очекивати од разумног и пажљивог човека. Недостатак или мана не огледа се у томе што ствар није саобразна уговору, него у томе што она није безбедна на описани начин. Ако се оствари ризик штете од тог недостатка, произвођач одговара објективно без обзира на то да ли је за недостатак знао, а у неким правима и без обзира на то да ли се за недостатак уопште могло знати.

Београд, 2013, 191–198; Марија Караникић Мирић, „Реформа одговорности за производ с недостатком у праву Европске уније“, *Перспективе имплементације европских стандарда у праву Србије, Књига 12* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 96–116; Marija Karanikić Mirić, „Product Liability Reform in the EU“, *Digitalization and Green Transformation of the EU* (eds. Dunja Duić, Tunjica Petrašević), EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol. 7, Osijek, 2023, 383–413; Марија Караникић Мирић, „Одговорност произвођача за потенцијални дефект“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 194–213; Марија Караникић Мирић, „Одговорност произвођача вакцине у пракси Европског суда правде“, *Српска јолићичка мисао*, бр. 4/2017, 137–159; Марија Караникић Мирић, „Правни капацитет Србије за евроинтеграције у области одговорности произвођача ствари с недостатком“, *Правни квалитет Србије за европске интеграције, Књига 3* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, 121–138; Марија Караникић Мирић, „Development Risks“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Nr. 1/2006, 117–148; Марија Караникић, „Осврт на нови Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006, 485–505; Марија Караникић, „Одговорност за штету од производа (у праву Европске уније и Сједињених Америчких Држава)“, *Правни живот*, бр. 10/2003, 711–737. У писању овог рада ослонила сам се на резултате тих својих ранијих истраживања, да бих сагледала да ли је потребно да се осавремене правила о одговорности произвођача која су код нас тренутно на снази.

9 Јаков Радишић, „Члан 179. Одговорност произвођача ствари с недостатком“, *Коментар Закона о облигационим односима* (уредник Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд, 1995, 410.

У разлоге за заснивање одговорности произвођача на објективном принципу убраја се следеће: произвођач је најбоље информисан о особинама властитог производа; продајом тог производа он убире економску корист; произвођач може да социјализује ризик масовне штете тако што ће се осигурати од одговорности; вероватноћа настанка штете повећана је зато што је употреба производа масовна, а исто важи и за обим укупне штете коју би могли да претрпе бројни оштећеници.¹⁰ Наравно, правила која садржи ЗОО нису ограничена на штету од робе широке потрошње. Та правила примењују се у случају штете од ствари у грађанскоправном смислу, под условом да ствар има недостатак, а без обзира на то да ли је произведена занатски или индустријски.¹¹ Међутим, тек ствари намењене широкој употреби и потрошњи стварају услове за појаву серијских штета, чија масовност, а то ће рећи број оштећеника,¹² представља социјални и економски проблем сасвим нових размера.

Развој одговорности произвођача ствари с недостатком као посебног облика објективне одговорности подстакнут је у Европи и Северној Америци трагедијом која је крајем шездесетих година изазвана масовном употребом лека с тератогеним ефектима под називом *thalidomide* (*contergan*, *kevadon*).¹³ Компанија *Grünenthal* (Гринентал) развила је супстанцу која је, између осталог, преписивана и као антиеметик, нарочито женама које су патиле од јаких јутарњих мучнина у првом тромесечју трудноће, што је довело до рођења неколико хиљада беба с тешким телесним деформитетима.¹⁴ Отприлике у исто време кад су широм

10 Bernhard A. Koch, Helmut Koziol „Comparative Conclusions“, *Unification of Tort Law: Strict Liability* (eds. Bernhard A. Koch, Helmut Koziol), Kluwer Law International, The Hague, 2002, 402–403.

11 Појам производа обухвата и гас, електричну и топлотну енергију, воду, човекове органе одвојене од тела и људску крв. Ј. Радишић, 410.

12 Yvan Markovits, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, L.G.D.J., Paris, 1990, 1–2.

13 Jane Stapleton, *Product Liability*, Butterworths, London, 1994, 5, 66–67; Peter Cane, Patrick Atiyah, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, C.U.P., Cambridge, 2013, 103; Geraint G. Howells, Ian M. Ramsay, Thomas Wilhelmsson, *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham, 2010, 237. Вид. такође: Anita Bernstein, „Formed by Thalidomide: Mass Torts as a False Cure for Toxic Exposure“, *Columbia Law Review*, Vol. 97, Nr. 7/1997, 2153–2176; Rebecca Korzec, „Dashing Consumer Hopes: Strict Products Liability and the Demise of the Consumer Expectations Test“, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 20, Nr. 2/1997, 227.

14 Тај догађај убрзао је рад на Стразбуршкој конвенцији о одговорности за штету од производа у случају телесне повреде или смрти, усвојеној 1977. у Савету Европе (Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès, STCE no. 091, Strasbourg, 1977), доступно на адреси: <https://rm.coe.int/1680077328>, 15. 10. 2023. Та конвенција служила је као историјски осло-

Европе почеле да се јављају страшне последице употребе поменутог лека, Михаило Константиновић је у Скици предложио да се одговорност произвођача законом уреди по објективном принципу.¹⁵

Домаћи законодавац преузео је из Скице правило по ком за штету од недостатка због ког нека ствар представља опасност од штете за лица или ствари одговара онај ко је ту ствар произвео и ставио у промет, било да је знао за њен недостатак, било да му је он остао непознат.¹⁶ Та одговорност је ван сваке сумње објективна. За њено заснивање тражи се постојање штете по општим правилима грађанског права и да је та штета проузрокована недостатком који је постојао на ствари или у ствари пре него што ју је произвођач вољно пустио из своје власти. Недостатак који је настао након што је ствар пуштена у промет може да се припише произвођачу само ако је потекао из узрока који су постојали још док је ствар била код произвођача, односно пре него што ју је он ставио у промет. Произвођач се ослобађа одговорности уколико докаже неки од општих либераторних разлога, а то су виша сила, искључива радња трећег лица или искључива радња самог оштећеника.

Осим тога, законом је прописано и да произвођач одговара за предвидљиву штету од опасног својства ствари (када то својство не представља њен недостатак) ако није предузео све што је било потребно да се штета спречи упозорењем, безбедном амбалажом или на неки други начин.¹⁷ То је вид строго постављене субјективне одговорности

нац за коначно усвајање Директиве о одговорности за дефектне производе (1985), о којој ће касније бити речи. О односу између Директиве и Конвенције вид. У. Markovits, 54 и даље.

- 15 Скица за законик о облигацијама и уговорима – Скица (1969), објављена је последњи пут у књизи: Михаило Константиновић, *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд, 1996. Вид. чл. 141 Скице.
- 16 Скица, чл. 141; ЗОО, чл. 179 ст. 1. Ево типичних примера из праксе наших судова. У оштећениковом стану дошло је до експлозије тако што је из плинске боце истицао пропан-бутан гас па се створила запаљива смеша ваздуха и тог гаса, која се запалила искром или жаром са шпорета на чврсто гориво. Суд је утврдио да за штету одговара произвођач плинске боце јер је та боца имала недостатак (неповратни вентил са заптивном гумицом није био адекватно заврнут у усадник боце). Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1660/2000 од 10. априла 2000. Произвођач пива одговарао је за штету коју је оштећеник претрпео када му је у руци експлодирала стаклена фабрички пуњена флаша пива. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 945/1990 од 15. маја 1991. Одлуке за које није ништа посебно речено преузете су из електронске базе *ParagrafLex*, 15. 10. 2023.
- 17 ЗОО, чл. 179 ст. 2. Тог правила нема у Скици. „Други начин“ је, на пример, одорисање запаљивог гаса, додавање мириса да би његово истицање из инсталација могло на време да се примети. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4428/2012 од 22. јануара 2013.

за штету: произвођач може да је се ослободи ако докаже да се понашао онако како је требало, то јест да је био предузео све што је потребно да се спречи штета од опасног производа.¹⁸ Овај тип одговорности произвођача заснива се на обориво претпостављеној кривици. То је обично грешка у давању упутстава (*culpa in instruendo*). Произвођач је одговоран због тога што није поступао у складу са строгим и апстрактним мерилом пажње које му је налагало да предузме све мере за спречавање предвидљиве штете која је потекла од опасних својстава његовог производа. На произвођача пада терет доказивања да је штета настала упркос томе што је он поштовао високе стандарде који су га обвезивали.

Законске одредбе посвећене одговорности произвођача стале су у један члан ЗОО. Зато су за судове остала отворена бројна питања да на њих одговоре. У литератури је критикована старија пракса домаћих судова према којој је за штету по том основу могао да одговара само произвођач финалног производа, то јест онај ко је на производу означен као произвођач. Сматра се да оштећенику треба пружити могућност да накнаду захтева и непосредно од произвођача дефектног саставног дела. Финални произвођач одговара и за штету од недостатка у сировини, полупроизводу или саставном делу, које је произвео неко други.¹⁹ За штету од манљиве увозне робе одговоран је увозник или продавац уколико увозник није именован на производу.²⁰

18 Ево типичних примера: Произвођач је послао раднике да монтирају камин у кући оштећеника. Радници су пропустили да ставе изолацију од тервола на задњи зид камина, па се запалила ламперија, а потом и цела оштећеникова кућа. Суд је сматрао да одговорно лице посредством својих радника није учинило све што је било потребно да спречи штету која је потекла од опасних својстава његовог производа. Одлука Врховног суда Србије, Рев. 3973/1997 од 30. септембра 1997. По истом основу одговарао је овлашћени заступник иностраног произвођача за то што је ставио у промет хербицид Т-101 у неетикетираној амбалажи па је оштећено или уништено преко осам хиљада оштећеникових стабала крушке квалитетних сорти. Пресуда Савезног суда, Гзс. 45/1998 од 19. новембра 1998.

19 На унутрашњој гуми постојала је фабричка грешка. За штету која је изазвана тим дефектом одговоран је произвођач аутомобила који је такву гуму уградио у возило које је ставио у промет. Одлука Савезног суда, Гзс. 44/1985 (није наведен датум), електронска база Службеног гласника, 15. 10. 2023.

20 Ј. Радишић, 411. За опасна својства ствари иностраног порекла (погрешно декларисани хербицид за уништавање дрвенстих биљака, шибља и шикара) одговара њен увозник исто као произвођач. Одлука Врховног суда Србије, Врховног суда Србије, Пзз. 34/1997 од 20. маја 1998.

2. Закон о заштити потрошача (2021)

Осим наведених старих и веома општих одредаба ЗОО, у српском праву од 2005. године постоји још један, посебан режим одговорности произвођача, који је уређен правилима потрошачког права.²¹ Посебан режим је уведен из два разлога. Први је поштовање Уставом прописане обавезе Републике Србије да правно уреди област заштите потрошача.²² Други разлог је усаглашавање српског потрошачког права с правом ЕУ²³ – у конкретном случају с Директивом о одговорности за дефектне производе. Потрошачка правила о одговорности произвођача много су детаљнија него општа правила ЗОО.

Општа правила ЗОО допуштају да се на месту одговорног лица и оштећеника нађе било које правно или физичко лице. Насупрот томе, посебан потрошачки режим примењује се само ако се произвођач дефектне ствари квалификује као трговац,²⁴ док оштећеник може да буде само физичко лице.²⁵ По посебним правилима накнада може да се захтева само за имовинску штету која настане услед смрти, телесне повреде или уништења односно оштећења оне имовине коју су оштећеник или чланови његовог домаћинства претежно користили за личну употребу или потрошњу. Начело интегралне накнаде имовинске штете не примењује се кад произвођач одговара по правилима потрошачког права: у погледу врсте штете и обима одговорности произвођача општа правила ЗОО пружају јачу заштиту оштећенику него одредбе ЗЗП. Кад оштећеник трпи (и) неки облик неимовинске штете, ЗЗП упућује на општа правила о одговорности.²⁶

ЗОО не дефинише производ, док ЗЗП прописује да је производ свака покретна ствар која је одвојена или уграђена у другу покретну или непокретну ствар, укључујући енергију која је произведена или сакупљена за давање светлости, топлоте или кретања. Сматра се да производ има недостатак ако није безбедан кад се употреби на начин који

21 Данас се та правила налазе у ЗЗП, чл. 58–64.

22 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 90.

23 Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране, *Службени гласник РС* бр. 83/2008, чл. 78.

24 Трговац је правно лице, предузетник или физичко лице које наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе. ЗЗП, чл. 5 ст. 1 тач. 2.

25 То произлази из дефиниције штете за коју се може тражити накнада (ЗЗП, чл. 5 ст. 1 тач. 22) и из тога што правила ЗЗП штите потрошаче, а потрошач је увек физичко лице (ЗЗП, чл. 5 ст. 1 тач. 1).

26 ЗЗП, чл. 59 ст. 2.

се могао разумно очекивати у време када је пуштен у промет, а с обзиром на све околности, укључујући и рекламу. Не сматра се да производ има недостатак само зато што је касније у промет пуштен производ бољег квалитета.

ЗЗП прописује следеће услове за заснивање одговорности произвођача: настанак штете за коју се по том пропису може захтевати накнада; постојање недостатка у часу кад је произвођач ставио производ у промет; постојање узрочно-последичне везе између недостатка и штете. Произвођач одговара и за недостатак који се испољи касније, ако је његов узрок постојао пре него што је производ пуштен у промет. Под стављањем производа у промет мисли се на тренутак када је производ изашао из власти или сфере утицаја произвођача, а овај је то знао и хтео. Да би успело у своме захтеву, физичко лице у својству оштећеника мора да докаже да је претрпело штету и да је штета последица неког недостатка у производу. Обориво се претпоставља да је недостатак постојао у часу када је производ пуштен у промет. На произвођачу је терет да докаже супротно.

Време пуштања или стављања производа у промет значајно је за питање застарелости потраживања, али и зато што се многе околности важне за постојање одговорности произвођача цене према времену када је производ пуштен у промет: произвођач није одговоран ако докаже да он није пустио производ у промет или да је недостатак којим је проузрокована штета настао пошто је производ пуштен у промет; неће се сматрати да производ има недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ; производ има недостатак ако не пружа онај степен безбедности који се основано очекује узимајући у обзир и време када је производ пуштен у промет.

Произвођач је лице које производи финалне производе, сировине и саставне делове. Финални производ је производ у стању у каквом се дистрибуира потрошачима без даљих измена, дорада или допуна. Као произвођач квалификује се и онај ко самостално склапа производ од делова које је произвео неко други и потом такав производ пушта у промет. Произвођачем се сматра и лице које се представља као произвођач стављањем свог имена, заштитног или другог обележавајућег знака на производ, као и лице које увози производ намењен продаји, закупу, лизингу или другој врсти промета (квазипроизвођач). Ако производ не садржи податке о произвођачу, продавац има положај (фиктивни) произвођача, осим ако у разумном року не обавести оштећеног о идентитету произвођача или лица од ког је набавио производ. Ако се на увозном производу не налазе подаци о увознику, продавац има положај произвођача без обзира на то што производ садржи податке о произвођачу.

Фиктивни произвођач (продавац) има дужност да обавести потрошача о идентитету правог произвођача. Та његова дужност није изричито прописана законом. Међутим, ако не обелодани податке о идентитету правог произвођача (или увозника ако је реч о увозном производу) односно ако пружи нетачне информације о њиховом идентитету, фиктивни произвођач ће бити супсидијарно одговоран за штету од недостатака које тај производ евентуално има. Да би се ослободио одговорности, фиктивном произвођачу је довољно да у разумном року разоткрије идентитет ових лица. Ако то учини, не одговара као њихов јемац: фиктивни произвођач не јемчи за обавезе познатог правог произвођача.

Произвођач може да се ослободи одговорности ако докаже да није он ставио производ у промет, да недостатак није постојао у време када је ставио производ у промет односно да се недостатак појавио касније, да производ није произведен у оквиру његове редовне делатности и да није био намењен продаји или другој врсти стављања у промет, као и да је недостатак настао услед усаглашавања својстава производа с принудним прописима. Произвођач саставног дела ослобађа се одговорности ако докаже да је недостатак последица дизајна или упутства које је дао произвођач. Ако је сам оштећеник допринео настанку штете или је томе допринело лице за које оштећеник одговара, тај њихов допринос сразмерно (делимично или потпуно) ослобађа произвођача, али само ако је допринос скривљен.

ЗЗП садржи и посебна правила о застарелости потраживања накнаде штете:²⁷ потраживање накнаде штете од производа с недостатком застарева у року од три године од дана кад је оштећеник сазнао за штету, недостатак и идентитет произвођача, а у сваком случају за десет година од дана кад је произвођач ставио у промет производ с недостатком. Тај посебан, десетогодишњи објективни рок застарелости двоструко је дужи него општи рок застарелости права на накнаду штете.²⁸ Поред тога, он не тече од настанка штете, како прописује ЗОО, него од дана кад је произвођач пустио производ у промет. Продужени објективни рок застарелости из ЗЗП може да погодује произвођачу тако што ће га заштитити од одговорности за недостатке који имају одложено дејство. На пример, штетне последице одређеног лека могу да се испоље и десет година након пуштања тог лека у промет. Петогодишњи рок који тече од настанка штете у таквом случају повољнији је за оштећеника од десетогодишњег рока који тече од дана кад је производ пуштен у промет.

27 Упоред. ЗЗП, чл. 63 и Директиву, чл. 11.

28 ЗОО, чл. 376 ст. 2.

Упркос томе што у нашем праву од 2005. године постоје посебна правила потрошачког права о објективној одговорности за дефектне производе, та правила се ретко користе. Доступне судске одлуке које су доношене у том временском периоду заснивају се на одредбама ЗОО,²⁹ као да посебан правни режим не постоји, или се правила ЗОО и ЗЗП третирају као да је то јединствени режим одговорности.³⁰

III Текућа реформа правила о одговорности произвођача у праву Европске Уније

1. Директива о одговорности за дефектне производе (1985/1999)

Најважнији инструмент међусобног усклађивања националних правних правила европских држава (а пре свега оних које су чланице ЕУ) у области одговорности за штету од производа јесте већ помену-та Директива о одговорности за дефектне производе. Директива налаже пуну, то јест максималну хармонизацију унутрашњих правила, што значи да државама чланицама није допуштено да пропишу ни јачу ни слабију заштиту од заштите која је оштећеницима гарантована Директивом. Циљ максималних директива није само да заштите потрошаче, него и да уједначе услове под којима се трговци излажу одговорности послујући на јединственом унутрашњем тржишту. Ипак, у литератури се истиче да се пуном хармонизацијом само ограничава заштита коју су потрошачи већ достигли у националним правима неких европских држава, а да се при том не постиже никакво видљиво побољшање положаја европских произвођача.³¹

Правила Директиве пренета су у национална права свих држава чланица и многих земаља које претендују на чланство у ЕУ, укључујући Србију. У најкраћем, тим правилима је предвиђено да за штету од

29 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2929/06 од 8. фебруара 2007. (штета од дефектног лека); Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 351/07 од 21. фебруара 2007. (штета од дефектног лека); Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4966/12 од 15. априла 2013. (штета од дефектне плинске боце). Одлуке су доступне у електронској бази Службеног гласника, 15. 10. 2023.

30 Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 605/2019 од 3. септембра 2020, <https://www.vk.sud.rs>, 15. 10. 2023.

31 Christoph Schmid, „The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law“, *The Architecture of European Codes and Contract Law* (eds. Stefan Grundmann, Martin Schauer), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, 265–267.

производа с недостатком одговара произвођач по објективном принципу, без обзира на то да ли је крив.³² Оштећеник сноси терет доказивања штете, недостатка у производу и узрочне везе између недостатка и претрпљене штете. Као производ се рачуна свака покретна ствар, укључујући покретне ствари уграђене у друге покретне или непокретне ствари. Електрична енергија је такође производ. Недостатак постоји ако производ не пружа онај степен безбедности који се основано очекује с обзиром на све околности случаја, укључујући оглашавање и употребу производа која се могла разумно очекивати у време када је производ стављен у промет. Не сматра се да производ има недостатак само зато што је касније стављен у промет квалитетнији производ. Под штетом се мисли на имовинску штету услед смрти или телесне повреде, као и на оштећење односно уништење имовине која се обично користи или ју је оштећеник углавном користио за личну употребу или потрошњу.

Директива не дира у национална правила о неимовинској штети. Уништење и оштећење самог производа с недостатком не квалификује се као штета. Исто важи за уништење и оштећење имовине вредности до 500 евра. То значи да је првих 500 евра штете увек је на оштећенику: ризик уништења и оштећења имовине која вреди мање од 500 евра сноси оштећеник, а ако је штета већа, произвођач је дужан да накнади све преко тог износа. Један од начина да се произвођач ослободи одговорности јесте да докаже да је стање научног и техничког знања у време када је пустио ствар у промет било такво да се постојање недостатка није могло открити.³³ То значи да је држава чланица слободна да пропише да произвођач не одговара за штету од недостатка који је био недоступан људском сазнању у време када је ствар пуштена у промет. Ако то пропише, држава чланица ефективно пребацује развојне ризике на потрошаче, што би по претпоставци требало да поспеши иновације.³⁴ Наш законодавац никада није прописао да произвођач не одговара за развојне ризике и за првих 500 евра штете.

32 Вид. детаљно о том режиму у: Duncan Fairgrieve, Geraint Howells, Peter Møgelvang-Hansen, Gert Straetmans, Dimitri Verhoeven, Piotr Machnikowski, André Janssen, Reiner Schulze, „Product Liability Directive“, *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies* (ed. Piotr Machnikowski), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2017, 17–108.

33 Директива, чл. 7 ст. 1 тач. (е). Преузимање те одредбе у национални пропис није обавезно по чл. 15 ст. 1 тач. (б) саме Директиве.

34 Mark Mildred, „The development risk defence“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), C.U.P., Cambridge, 2005, 167–168; Bernhard A. Koch, „The development risk defense of the EC Product Liability Directive“, *Pharmaceuticals Policy and Law*, Vol. 20, Nr. 1–4/2018, 163–176; Marija Karanikić, „Development Risks“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Nr. 3/2006, 117–148.

Директива је на снази преко 35 година и за то време измењена је само једном – 1999. године,³⁵ после епидемије прионског обољења које је познато као „болест лудих крава“.³⁶ Тада је било неопходно да европски законодавац прошири дефиницију производа – да би на тај начин проширио домашај објективне одговорности произвођача – на примарне пољопривредне производе (плодове земље, узгоја стокe и рибе) и дивљач. Сматра се да тако измењена дефиниција производа обухвата и генетски модификовано семе и генетски модификоване организме. У свему осталом Директива је задржала свој изворни облик.

2. Рад на новим европским правилима (2023)

Од усвајања Директиве до данашњих дана догодиле су се бројне друштвене, политичке, привредне и технолошке промене, из којих је настала потреба да се осавремени постојећи режим одговорности, као и политички притисак да се то учини, пре свега тако да установа одговорности боље одговара условима кружне и дигиталне економије. Свеопшта дигитализација омогућила је ефикасну размену информација и примену савремених технологија у производњи и дистрибуцији производа. У кружној економији циљ је да се производи и материјали задрже у употреби колико год је то могуће, то јест да се поновном употребом, поправком и рециклажом производа смањи гомилање отпада. На том трагу Европска комисија је усвојила *Европски зелени њлан* – нову, веома амбициозну стратегију привредног раста, којом Европска унија „настоји да се трансформише у праведно и просперитетно друштво“ с конкурентном привредом и потпуно зеленим привредним растом (без нето емисија гасова зелене баште до 2050. године, уз потпуно раздвајање привредног раста од потрошње природних ресурса).³⁷ Унапређена су општа и секторска правила о безбедности производа и тржишном надзору, а између њих и правила о одговорности мора да постоји склад. У пракси је почело да се показује да нека стара правила о одговорности произвођача не одговарају новом економском, политичком и нормативном окружењу.

На првом месту, Директива је усвојена много пре дигиталне револуције, па је сад тешко да се њене одредбе примене на производе

35 Директива о одговорности за дефектне производе (*Directive 1999/34/EC concerning liability for defective products*, OJ L 141, 4 June 1999, 20–21).

36 Бовина спонгиформна енцефалопатија (*Bovine Spongiform Encephalopathy*). Хумана форма тог обољења назива се Кројцфелд-Јакобова болест (*Creutzfeldt-Jakob Disease*).

37 Европски зелени договор (*The European Green Deal*, COM/2019/640 final). Може се, наравно, дискутовати о томе да ли је могуће раздвајање привредног раста од искоришћавања ресурса на глобалном нивоу.

каквих раније није било, а посебно на софтвер и производе као што су паметни уређаји и аутономна возила, који не могу да функционишу без софтвера и повезаних дигиталних услуга. Спорно је и ко (све) треба да сноси одговорност за штету од недостатка у производу који је модификован или му је замењена или ажурирана дигитална компонента. Осим тога, потрошачи све више купују производе директно из земаља које нису чланице Уније, што значи да не постоји субјект који је настањен у ЕУ (произвођач, увозник, дистрибутер, продавац) од кога би могла да се захтева и ефикасно оствари накнада по одредбама Директиве. Такође, терет доказивања да недостатак постоји и да је баш он узрок штете по Директиви пада на оштећеника. Оштећенику може да буде веома тешко, ако не и немогуће, да докаже постојање недостатка и узрочност у сложеним ситуацијама, рецимо кад штета потиче од фармацеутских производа или производа заснованих на машинском учењу и вештачкој интелигенцији и, уопште узев, производа с дигиталном компонентом. У таквим случајевима оштећеник обично не располаже техничким информацијама о производу које су неопходне за доказивање каузалитета, а одредбе Директиве не налажу произвођачу да му те информације стави на увид, нити допуштају да се терет доказивања у националном праву пребаци на произвођача. На крају, положај оштећеника је лош и зато што обавеза произвођача да накнади штету у сваком случају престаје за десет година од дана кад је производ пуштен у промет, као и зато што произвођач по Директиви не одговара за првих 500 евра штете.

Европска комисија је 2022. године објавила *Предлој нове директиве*. У пратећем Образложењу Комисија је формулисала опште и посебне циљеве планиране ревизије. Општи циљеви односно сврха одговорности произвођача остаје иста и по томе се Предлог не разликује од Директиве: и даље је потребно да се осигура функционисање јединственог унутрашњег тржишта и да се обезбеди висок степен заштите здравља и имовине потрошача. Међутим, Предлог има и неке специфичне, посебне циљеве, чијим би се остварењем кориговао постојећи правни режим, тако што би се стара правила прилагодила новим политичким, друштвеним, привредним и технолошким условима.

Европска комисија је формулисала те посебне циљеве законодавне реформе на следећи начин. Прво, потребно је да се осигура да правила о одговорности одражавају природу и ризике производа у дигиталном добу и кружној економији. Друго, и много конкретније, треба обезбедити да увек постоји одговорно лице настањено у ЕУ за дефектне производе које потрошачи купују директно из земаља које нису чланице ЕУ. Наиме, при садашњем стању ствари, кад потрошачи набављају робу непосредно из земаља које нису чланице ЕУ, дешава се да не постоји ни

произвођач, ни продавац, а ни увозник или дистрибутер који би био настањен у ЕУ, што значи да не постоји одговорно лице коме би потрошач могао ефикасно да упути одштетни захтев и да на тај начин оствари своје право на накнаду претрпљене штете. Треће, потребно је да се оштећенику олакша терет доказивања у сложеним случајевима и да се смање ограничења за подношење одштетних захтева, и то тако да се обезбеди равнотежа легитимних интереса произвођача и оштећеника. И четврто, потребно је да се правила о одговорности за производ с недостатком ускладе с новијим правилима о безбедности производа те да се кодификује узорна судска пракса у овој материји.

IV Неопходност реформе националних правила о одговорности произвођача: модернизација и усклађивање с правом ЕУ

Просечан век важења оквирног закона у области заштите потрошача у Србији је око пет година. Већ две деценије ради се непрестано било на новом закону, било на изменама и допунама постојећег, а увек с истим циљем: да се национални стандарди заштите потрошача приближе европским. Област заштите потрошача јесте динамична по својој природи. Правила ЕУ на која се угледа наш законодавац уређују ту област на фрагментаран начин и сама се релативно често мењају. Међутим, и кад се све то узме у обзир, стоји оцена да непрестани рад домаћих институција на писању новог или поправљању постојећег оквирног потрошачког закона ангажује значајне ресурсе, генерише правну несигурност и даје повода за став да тај процес није осмишљен и спроведен на оптималан начин.³⁸ Ако Предлог нове директиве буде био усвојен, Србија ће имати правну обавезу да законска правила о одговорности произвођача усклади с новим европским прописом. Благовремена упућеност у очекиване промене неопходна је да би се овога пута усаглашавање спровело тачно и ефикасно.

У складу с дугогодишњим опредељењем нашег законодавца да не мења и не допуњава ЗОО осим кад сматра да је то апсолутно неопходно,³⁹

38 О честим променама закона у области заштите потрошача видети: Марија Караникић Мирић, „Законодавна хиперактивност и делотворна заштита потрошача“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, Књига 11* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 105–122.

39 Циљ измена и допуна из 1993. године био је да се ЗОО ослободи „политичко-идеолошке терминологије.“ Слободан Перовић, „Предговор“, *Закон о облигационим односима*, Службени лист, Београд, 1993. Циљане измене и допуне из 2020. године усвојене су само да би се изменило правило по коме форма пуномоћја за

не треба очекивати никакву промену у општем режиму одговорности за производ с недостатком. Може се разумно претпоставити да ће и после европске реформе код нас опстати двојни режим одговорности произвођача, то јест да потреба да се потрошачка правила ускладе с новом директивом неће послужити као повод да се реформише и општи режим ЗОО, који је исти какав је био пре више од четири деценије. То значи да ће судови морати иновативно да тумаче стара и штура правила ЗОО, кад њих примењују на нове животне ситуације: на пример, кад штета настане од дефектног софтвера или софтверске компоненте неког производа или од повезане дигиталне услуге, или кад треба одредити ко се сматра произвођачем модификованог софтвера или (не)ажурираног софтвера или пак неке телесне ствари која је измењена да би јој се продужио животни циклус (како налажу принципи циркуларне економије и заштите животне средине), или када је производ прибављен непосредно из иностранства (преко *online* платформе) итд.

Максимални карактер Директиве тренутно није изричито прописан, већ је то само више пута потврђен став Европског суда правде (ЕСП).⁴⁰ Сада је предложено да се тај став позакони, то јест да се изричито пропише максимална хармонизација националних прописа.⁴¹ Таква хармонизација забрањује државама чланицама да потрошачима пруже јачу или слабију заштиту од заштите која је гарантована директивом. Изван потрошачког контекста држава је слободна да задржи или да донесе другачија правила о одговорности произвођача. Када би наши судови препознавали принцип максималне хармонизације, правила ЗОО о одговорности произвођача примењивала би се само изван потрошачког контекста (рецимо, кад је оштећеник правно лице или кад је физичком лицу уништена или оштећена имовина коју је користило за своју пословну делатност). У потрошачком контексту правила ЗОО примењивала би се само на питања која нису посебно уређена одредбама ЗЗП (на пример, на одговорност за неимовинску штету),⁴² а и тада само ако се том применом не умањује заштита коју оштећеник ужива

предузимање неког посла мора да следи форму која је прописана за тај посао. Новим правилима прописано је да је за пуномоћје за предузимање неког посла довољна јавнобележничка овера потписа властодавца кад су за сам тај посао прописане строге јавнобележничке форме (солемнизација или запис).

40 Европски суд правде је 2002. године у три наврата заузео тај став (*Commission v France*, C-52/00, EU:C:2002:252; *González Sánchez v Medicina Asturiana*, C-183/00, EU:C:2002:255; *Commission v Greece*, C-154/00, EU:C:2002:254). Одлуке су доступне на адреси: curia.europa.eu, 15. 10. 2023.

41 Предлог, чл. 13.

42 У чл. 59 ст. 2 ЗЗП стоји да оштећеник има право на накнаду неимовинске штете по општим правилима о одговорности за штету (ЗЗП практично упућује на ЗОО, а тако је предвиђено и Директивом, чл. 9 ст. 2).

по прописима којима су у наше право транспонована правила потрошачког права ЕУ.

Без обзира на то што дискусија о предложеним решењима још увек траје, треба знати да ниједан претходни покушај да се одговорност произвођача реформише није стигао до ове фазе. Стога се може основано очекивати да велики број предложених решења на крају буде и усвојен. Најважнији су предлози да се прошире дефиниције темељних појмова као што су производ, произвођач, недостатак и штета, те да се олакша оштећенику да покрене поступак и докаже услове за заснивање одговорности произвођача.

У литератури се умесно истиче да би слични резултати могли да се постигну екстензивним судским тумачењем постојећих правила, уз ту предност што би судови могли постепено да шире одговорност произвођача, док законодавац то чини одједном, уз ризик да одговорност прошири више него што би требало.⁴³ Ипак, тим приступом не би могла да се оствари планирана пуна хармонизација националних прописа. Да видимо шта би усвајање Предлога нове директиве значило за наш ЗЗП.

Прво, у Предлогу нове директиве стоји да појам производа треба проширити тако да обухвати софтвер као самосталан дигитални производ и као дигиталну компоненту покретне ствари, без обзира на то како се тај софтвер испоручује или користи (на неком уређају, клауду, преко интернета). Поврх тога, појам производа требало би да обухвати дигиталне записе који садрже функционалне информације за производњу покретних ствари (*digital manufacturing files*). Ти записи или фајлови омогућавају аутоматизовану контролу машина и алата, као што су бушилице, стругови, глодалице и 3Д штампачи, који по задатим инструкцијама производе телесне објекте. Такође, предложено је да појам производа по изузетку обухвати и такозване повезане или споредне услуге. То су дигиталне услуге чије пружање је интегрисано у производ или повезано с њим, тако да производ не може да функционише односно да се употребљава без тих услуга (на пример, континуирано ажурирање података о саобраћају у системима за навигацију).⁴⁴ Коначно, у Преамбули нове директиве (тач. 13) у Предлогу стоји да појам производа не треба да обухвати бесплатан софтвер отвореног кода. Да би

43 Gerhard Wagner, „Liability Rules for the Digital Age“, *Journal of European Tort Law*, Vol. 13, Nr. 3/2022, 203.

44 Предлог, чл. 4 ст. 1 тач. 1 и 2. О критици предложених решења у расправи која се о Предлогу још увек води видети детаљно у: М. Karanić Mirić (2023), 397–405. Овде је само изнета садржина Предлога и установљено је шта би све морало да се промени у нашем ЗЗП да би се домаће право ускладило с тако реформисаним европским прописом.

се на све те начине код нас редефинисао појам производа, неопходно би било да се измени одредба чл. 5 ст. 1 тач. 14 ЗЗП.

Друго, у Предлогу је предвиђено да треба проширити појам штете, тако да се обухвате и материјални губици који настану услед „медицински признатог нарушавања психичког здравља“ и они који настану услед уништења или оштећења дигиталног податка односно фајла који се не користи искључиво у професионалне сврхе.⁴⁵ За такво проширење појма штете код нас би се морала изменити одредба чл. 5 ст. 1 тач. 22 ЗЗП.

Треће, предложено је да се прошири појам недостатка то јест дефекта.⁴⁶ По новој дефиницији сматрало би се да производ има недостатак кад не пружа безбедност коју шира јавност с правом очекује, с обзиром на све околности, укључујући: оглашавање и упутства за инсталацију, употребу и одржавање; сваку разумно очекивану употребу и злоупотребу производа; време када је производ стављен у употребу или промет, а ако произвођач и након тог времена задржава контролу над производом, онда време кад производ престане да буде под контролом произвођача. При процени да ли производ пружа основано очекивану безбедност, у обзир се узимају и: специфична очекивања крајњих корисника којима је производ намењен; значајне накнадне модификације које утичу на безбедност производа; накнадне интервенције произвођача или регулаторних тела, као што је опозив производа због недовољне безбедности; прописи и основана очекивања о безбедности, укључујући сајбер безбедност; утицај других производа за које се разумно очекује да се повежу односно употребљавају заједно с датим производом; способност производа за машинско учење после пуштања у употребу. За такво проширење појма недостатка морала би се изменити одредба чл. 6 ст. 1 ЗЗП.

Четврто, предложено је да за штету од дефектног производа одговара физичко или правно лице које је тај производ развило, произвело или дало да се развије или произведе, као и лице које је производ ставило у промет под својим именом или знаком, или је производ развило или произвело за сопствену употребу. Ако је производ дефектан због недостатка у некој његовој компоненти, за штету одговара и произвођач те компоненте. Под компонентом мисли се на материјални или нематеријални део неког производа или на повезану услугу, чије је интегрисање односно повезивање с тим производом спровео или одобрио произвођач. То значи да проширени појам произвођача обухвата, рецимо, произвођаче софтвера који служи за функционисање неког

45 Предлог, чл. 4 ст. 1 тач. 6.

46 Предлог, чл. 6.

производа и пружаоце повезаних дигиталних и других услуга. Такође, онај ко модификује туђи производ који је већ пуштен у употребу или промет одговоран је за штету као произвођач, под условом да је модификација била значајна и да је спроведена мимо контроле произвођача. Ипак, тај може да се ослободи одговорности ако докаже да модификација није утицала на онај део производа у ком се налази недостатак.⁴⁷ Да би се наше право ускладило с тим проширењем, неопходно би било да се измени чл. 5 ст. 1 тач. 16 ЗЗП.

Поврх тога, предложено је да се круг потенцијално одговорних лица значајно прошири у односу на постојећи режим одговорности, да би се осигурало да готово увек постоји субјект који је настањен у ЕУ, који може да одговара за штету од дефектног производа купљеног од произвођача који није настањен у ЕУ: ако произвођач није настањен у ЕУ, одговоран може да буде увозник дефектног производа или представник произвођача, који јесу настањени у ЕУ, а ако ни они не постоје (на пример, кад потрошач сам набавља производ из државе која није чланица ЕУ), одговорно може да буде лице које омогућава испуњење.⁴⁸ Кад нема никога ко је настањен у ЕУ а ко би могао да буде одговоран по изложеном редоследу, за штету од дефектног производа одговара сваки дистрибутер који пропусти да на захтев оштећеника, а у року од месец дана од пријема тог захтева, идентификује лице од ког је прибавио дефектни производ. По том правилу могла би да одговара и свака *online* платформа која омогућава да потрошач закључује уговоре с трговцима на даљину. За такво свеобухватно проширење законске дефиниције произвођача код нас би било неопходно да се измени поменути чл. 5 ст. 1 тач. 16 ЗЗП. Измена би осигурала да готово увек постоји субјект настањен у Републици Србији који може да одговара за штету од дефектног производа купљеног директно од произвођача који није настањен у Србији.

Коначно, у Предлогу је омогућено да произвођач одговара и за онај недостатак који није постојао у време кад је производ пуштен у употребу или промет, нити је у то време постојао узрок будућег недостатка, ако се тај недостатак испољио због обављања или пропуштања неке накондне активности, која је пак обављена или је требало да се обави под

47 Предлог, чл. 4 ст. 1 тач. 11–16 и чл. 10 ст. 1 тач. (г).

48 То лице се назива „пужаоцем услуге испуњења“ (*fulfilment service provider*). Под тим се мисли на физичко или правно лице које у оквиру своје пословне делатности омогућава испуњење обавезе трговца који није настањен у ЕУ, тако што му пружа барем две услуге са овог списка: складиштење, паковање, адресирање и отпрема (поштанске услуге и услуге превоза робе су искључене). Кратко речено, то лице активно омогућава трговцу који није настањен у ЕУ да испоручи робу ЕУ потрошачу.

контролом произвођача (повезана услуга; инсталација или одржавање односно ажурирање софтверске компоненте).⁴⁹ И то проширење подразумевало би допуну раније поменутог чл. 5 ст. 1 тач. 16 ЗЗП.

Пето, предложено је укидање правила Директиве по ком висина штете мора да премаше 500 евра да би оштећеник могао да захтева њену накнаду.⁵⁰ Међутим, то ограничење одговорности произвођача наш законодавац никада није ни преузео из Директиве, па ни сад неће морати ништа да мења да би се наше право ускладило с најављеном променом. Иначе, правило по ком потрошач увек сноси првих 500 евра штете требало је да растерети европске судове, али је у томе било превише ефикасно: онемогућило је да велики број потрошачких спорова икада стигне до суда, јер су то обично спорови мале вредности. Укидање доњег прага за покретање поступка за накнаду штете (тамо где тај праг постоји), заједно с могућношћу да се поднесе представничка тужба за заштиту колективних интереса потрошача (у којој се може истаћи и одштетни захтев),⁵¹ значајно ће олакшати истовремено остваривање великог броја одштетних захтева мале вредности.

Шесто, предложена су нова правила о достављању доказа и терету доказивања, која би требало да олакшају процесну позицију оштећеника. У Директиви је прописано да оштећеник сноси терет доказа да су испуњени сви услови за заснивање одговорности произвођача. То значи да оштећена страна мора да докаже и штету и недостатак и узрочну везу између недостатка и штете.⁵² Поврх тога, у Директиви се не предвиђа дужност произвођача веома сложених производа (као што су фармацеутски производи, медицински уређаји и производи с дигиталном компонентом) да ставе на увид оштећеној страни техничке податке о таквом производу, да би она уопште могла да покуша да докаже узрочност.⁵³ (а) Предлог садржи посебна правила о достављању доказа: ако оштећеник учини вероватним своје наводе да штета коју је претрпео потиче од недостатка у производу и ако се позове на одређене доказе који се налазе у поседу произвођача, суд ће да одмери легитимне интересе, укључујући интересе трећих лица и онда ће, ако закључи да је то оправдано, наложити произвођачу да достави тражене доказе. При томе

49 Предлог, чл. 10 ст. 2 у вези са ст. 1 тач. (ц).

50 Директива, чл. 9 ст. 1 тач. (б).

51 Директива о представничким тужбама за заштиту колективних интереса потрошача (*Directive 2020/1828 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC*, OJ L 409, 4 December 2020, 1–27).

52 Директива, чл. 4.

53 О потешкоћама којима су у таквим ситуацијама изложени оштећеници видети: М. Karanikić Mirić (2023), 391–393.

се мора водити рачуна да поверљиве информације буду заштићене и да се поштују прописи о пословној тајни.⁵⁴ А ако произвођач не поступи по том налогу, онда ће се обориво претпоставити да је штета потекла од недостатка у његовом производу. (б) Поврх тога, у Предлогу су одређене бројне ситуације у којима се по изузетку обориво претпоставља да недостатак постоји или да штета потиче баш од недостатка.⁵⁵ Пре свега, претпоставиће се да је недостатак узрок штете ако произвођач не поступи по налогу суда да достави одређене доказе. Затим, узрочност ће се претпоставити ако оштећеник докаже да производ није у складу с принудним прописима о безбедности или да је штета настала услед очигледно неправилног функционисања производа током нормалне употребе односно у нормалним околностима. Узрочност ће се претпоставити и кад се утврди да производ јесте дефектан и да претрпљена штета по својој врсти одговара штетама које типично настају услед таквих недостатака. Такође, кад суд процени да је због техничке или научне комплексности одређеног питања оштећенику претерано тешко да докаже постојање недостатка или узрочност или обоје, обориво ће се претпоставити да постоји недостатак, или да је недостатак узрок штете, или и једно и друго, под условом да оштећеник докаже (1) да је производ допринео настанку штете, и (2) да је вероватно да недостатак постоји, или да је недостатак узрок штете, или обоје. Ако Предлог буде усвојен, неопходно ће бити да се у наш ЗЗП унесу сва ова потпуно нова правила о достављању доказа и терету доказивања.

Седмо, у Предлогу је задржано правило да се потраживање накнаде штете гаси у року од десет година од дана кад је произвођач пустио дефектни производ у употребу или промет, под условом да оштећеник у међувремену није покренуо судски поступак против одговорног лица. Разјашњено је да за модификоване производе рок тече од кад су модификовани. Такође, додато је да преклузивни рок износи петнаест година, ако оштећеник није могао да покрене поступак за накнаду штете у десетогодишњем року, пошто се штетне последице нису одмах испољиле, него је било потребно време да се покажу.⁵⁶ За усклађивање с том одредбом није довољно да се чл. 63 ст. 2 ЗЗП допуни деловима о модификованим производима и одложеном испољавању штете, него и да се код нас разјасни да то није застарни него преклузивни рок.

54 Предлог, чл. 8. Слична правила о доказивању код нас већ постоје у члану 2106 Закона о ауторским и сродним правима (*Службени тласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019) и у члану 94 Закона о жиговима (*Службени тласник РС*, бр. 6/2020).

55 Предлог, чл. 9.

56 Предлог, чл. 14.

Посматрано из угла произвођача, све нормативне промене које су предложене воде ка повећању ризика одговорности. Као последица повећања тог ризика може да се очекује раст премија осигурања од одговорности. Осим тога, може да се очекује даља социјализација повећаног ризика одговорности произвођача, то јест да се повећани трошкови њиховог осигурања превале на потрошаче и потенцијалне оштећенике.⁵⁷

V Закључак

Европска комисија је недавно објавила Предлог нове Директиве о одговорности за дефектне производе. Ако тај Предлог буде био усвојен, наш законодавац ће имати обавезу да домаћа законска правила усклади с новим европским прописом. Од 2005. године у српском праву постоје два законска режима одговорности произвођача: (а) старији општи режим који је уређен одредбама ЗОО и (б) новији посебан режим који је установљен правилима потрошачког права. Наш законодавац није склон да мења садржину ЗОО, осим кад сматра да је то апсолутно неопходно. Такође, његово је свесно опредељење да правила потрошачког права не уноси у тај закон. Стога се може разумно очекивати да ће и после европске реформе код нас да опстане двојни режим одговорности произвођача, то јест да потреба да се домаће право усклади с новим европским прописом неће послужити као повод да се реформише и општи режим ЗОО. Судови који буду примењивали та стара и штурна правила мораће тумачењем да их прилагоде новим животним ситуацијама. Ту се пре свега мисли на случајеве кад штета настане од дефектног софтвера или софтверске компоненте неког производа или од повезане дигиталне услуге, или кад треба одредити ко се сматра произвођачем модификованог софтвера или (не)ажурираног софтвера или пак неке телесне ствари која је модификована да би јој се продужио животни циклус (како налажу принципи циркуларне економије и заштите животне средине), или када је производ прибављен непосредно из иностранства (преко *online* платформе) итд. Поврх тога, принцип пуне хармонизације налаже да се општа правила ЗОО о одговорности за дефектне производе примењују искључиво изван потрошачког контекста, а у потрошачком контексту само на она питања која нису посебно уређена правилима потрошачког права (под условом да се том применом не умањује достигнути ниво заштите потрошача). Код нас се то тренутно не поштује. Кад буде окончана реформа одговорности за дефектне производе у праву ЕУ, биће потребно да се постојећа правила ЗЗП усагласе с новим европским

57 Детаљно о томе: М. Караникић Мирић (2022); М. Karanikić Mirić (2023).

решењима. То ће налагати, пре свега, да се редефинишу неки темељни појмови, као што су производ, произвођач, штета и дефект, те да се донесу правила којима ће се олакшати процесни положај оштећеника.

Коришћена литература

- Bernstein Anita, „Formed by Thalidomide: Mass Torts as a False Cure for Toxic Exposure“, *Columbia Law Review*, Vol. 97, Nr. 7/1997.
- Караникић Марија, „Одговорност за штету од производа (у праву Европске уније и Сједињених Америчких Држава)“, *Правни животи*, бр. 10/2003. (Karaničić Marija, „Odgovornost za štetu od proizvoda (u pravu Evropske unije i Sjedinjenih Američkih Država)“, *Pravni život*, br. 10/2003)
- Karaničić Marija, „Development Risks“, *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Nr. 1/2006.
- Караникић Марија, „Осврт на нови Закон о одговорности произвођача ствари с недостатком“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2006. (Karaničić Marija, „Osvrt na novi Zakon o odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2006)
- Караникић Мирић Марија, „Правни капацитет Србије за евроинтеграције у области одговорности произвођача ствари с недостатком“, *Правни капацитет Србије за европске интеграције*, Књига 3 (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008. (Karaničić Mirić Marija, „Pravni kapacitet Srbije za evrointegracije u oblasti odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom“, *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije*, Knjiga 3 (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008)
- Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013. (Karaničić Mirić Marija, *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013)
- Караникић Мирић Марија, „Одговорност произвођача вакцине у пракси Европског суда правде“, *Српска политичка мисао*, бр. 4/2017. (Karaničić Mirić Marija, „Odgovornost proizvođača vaccine u praksi Evropskog suda pravde“, *Srpska politička misao*, br. 4/2017)
- Караникић Мирић Марија, „Одговорност произвођача за потенцијални дефект“, *Казнена реакција у Србији, VIII део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018. (Karaničić Mirić Marija, „Odgovornost proizvođača za potencijalni

- defekt“, *Kaznena reakcija u Srbiji, VIII deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018)
- Караникић Мирић Марија, „Законодавна хиперактивност и делотворна заштита потрошача“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, Књига 11* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021. (Karaničić Mirić Marija, „Zakonodavna hiperaktivnost i delotvorna zaštita potrošača“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, Knjiga 11* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021)
- Караникић Мирић Марија, „Реформа одговорности за производ с недостатком у праву Европске уније“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, Књига 12* (ур. Стеван Лилић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022. (Karaničić Mirić Marija, „Reforma odgovornosti za proizvod s nedostatkom u pravu Evropske unije“, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, Knjiga 12* (ur. Stevan Lilić), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2022)
- Karaničić Mirić Marija, „Product Liability Reform in the EU“, *Digitalization and Green Transformation of the EU* (eds. Dunja Duić, Tunjica Petrašević), EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol. 7, Osijek, 2023.
- Константиновић Михаило, *Облијације и уговори. Скица за законик о облијацијама и уговорима*, Службени лист СРЈ, Београд, 1996. (Konstantinović Mihailo, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996)
- Koch Bernhard A., „The development risk defense of the EC Product Liability Directive“, *Pharmaceuticals Policy and Law*, Vol. 20, Nr. 1–4/2018.
- Koch Bernhard A., Helmut Koziol, „Comparative Conclusions“, *Unification of Tort Law: Strict Liability* (eds. Bernhard A. Koch, Helmut Koziol), Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- Korzec Rebecca, „Dashing Consumer Hopes: Strict Products Liability and the Demise of the Consumer Expectations Test“, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 20, Nr. 2/ 1997.
- Markovits Yvan, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, L.G.D.J., Paris, 1990.
- Micklitz Hans-Wolfgang, „Liability for defective products and services“, *European Consumer Law* (eds. Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott, Klaus Tonner), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2014.

- Mildred Mark, „The development risk defence“, *Product Liability in Comparative Perspective* (ed. Duncan Fairgrieve), C.U.P., Cambridge, 2005.
- Перовић Слободан, „Предговор“, *Закон о облигационим односима*, Службени лист, Београд, 1993. (Perović Slobodan, „Predgovor“, *Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni list, Beograd, 1993)
- Радишић Јаков, „Члан 179. Одговорност произвођача ствари с недостатком“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд, 1995. (Radišić Jakov, „Član 179. Odgovornost proizvođača stvari s nedostatkom“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd, 1995)
- Schmid Christoph, „The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law“, *The Architecture of European Codes and Contract Law* (eds. Stefan Grundmann, Martin Schauer), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006.
- Stapleton Jane, *Product Liability*, Butterworths, London, 1994.
- Fairgrieve Duncan, Howells Geraint, Møgelvang-Hansen Peter, Straetmans Gert, Verhoeven Dimitri, Machnikowski Piotr, Janssen André, Schulze Reiner, „Product Liability Directive“, *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies* (ed. Piotr Machnikowski), Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2017.
- Howells Geraint G., Ian M. Ramsay, Thomas Wilhelmsson, *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham, 2010.
- Cane Peter, Patrick Atiyah, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, C.U.P., Cambridge, 2013.
- Wagner Gerhard, „Liability Rules for the Digital Age“, *Journal of European Tort Law*, Vol. 13, Nr. 3/2022.
- Wuyts Daily, „The Product Liability Directive – More than two Decades of Defective Products in Europe“, *Journal of European Tort Law*, Vol. 5, Nr. 1/2014, 1–34.

Marija KARANIKIĆ MIRIĆ, PhD

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

HARMONIZING NATIONAL PRODUCT LIABILITY RULES WITH THE NEEDS OF THE DIGITAL ERA AND GREEN TRANSITION

Summary

After a long discussion among professionals, academics, and competent authorities, at the end of September 2022, the European Commission published the Proposal for a directive on liability for defective products. Should the proposed legislative act be adopted by the European Parliament and the Council, the Serbian Consumer Protection Act of 2021 would also have to be amended in line with the new EU rules. Serbian law currently encompasses two legal regimes for non-contractual liability for damage caused by defective products: the older and more general regime prescribed by the Law on Obligations, and the newer regime established by consumer protection rules. The aim of this paper is to present both regimes of product liability currently in force in our country and to examine the reasons for their modification. The substantial reasons pertain to the obsolescence of existing rules, while the formal reasons for the change involve the ongoing alignment of our consumer protection law with EU law, which the Republic of Serbia has accepted as its legal obligation.

Key words: *Product Liability. – Digital Age. – Circular Economy. – Proposal for a Directive on Liability for Defective Products (2022). – Harmonization.*

Датум пријема рада: 9. 11. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 12. 2023.

УДК: 347.725(497.11)

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23402A

др Јелена ЛЕПЕТИЋ*
ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ДРУШТВА КАПИТАЛА И ОБАВЉАЊЕ ДЕЛАТНОСТИ ОД ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА**

Сажетак

У овом раду анализиран је правни оквир којим су реулисана друштва капитала која обављају делатности од општег интереса. Конкретно, истражена је посвећена одређивању друштва капитала на која се примењују одредбе Закона о јавним предузећима, као и друштва која реулише Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије. Бројна правила која реулишу ова друштва разликују се од општег правног оквира за привредна друштва. У раду је указано на промену приступа у погледу реулисања тих субјеката, што је довело до тога да је правни оквир постао још комплекснији него раније. Наиме, промена се односи само на она друштва која су у власништву државе у ужем смислу, будући да правила која предвиђа Закон о јавним предузећима настављају да се примењују на друштва капитала која обављају делатности од општег интереса чији су оснивачи јединице

* Електронска адреса аутора: jelena.lepetic@ius.bg.ac.rs.

** Рад је написан у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

локалне самоуправае и аутономне покрајине. У раду су анализирана и истравила која се примењују на оснивање привредних друштва која обављају делатности од општег интереса.

Кључне речи: *Привредна друштва. – Друштва капитала у власништву државе. – Предузећа у власништву државе. – Делатности од општег интереса.*

I Увод

Обављање делатности од општег интереса везује се, пре свега, за државу, односно за предузећа у власништву државе (енгл. *state-owned enterprises*). Делатност од општег интереса могу да обављају, између осталог, и друштва капитала. У српском праву, поред друштва капитала у власништву државе, делатност од општег интереса обављају и јавна предузећа. Обављање делатности од општег интереса може да се повери и другим друштвима капитала и предузетницима. У том случају примењују се правила закона који уређује јавно-приватно партнерство и концесије.¹ Дакле, за обављање делатности од општег интереса неопходан је правни субјективитет. У овом раду биће речи само о друштвима капитала у власништву државе која обављају делатност од општег интереса, док поверавање обављања те делатности другим друштвима капитала неће бити анализирано.

Уопштено говорећи, проблеми у вези са предузећима у власништву државе јављају се управо због тога што је њихов оснивач, односно члан или акционар држава. Наиме, држава може да искористи власништво не да би стекла добит, већ да би испунила друге циљеве јавних политика, на пример повећање запослености, смањење инфлације.² Да би постигла своје циљеве, држава у својству регулатора може да усвоји другачији правни оквир за регулисање тих субјеката од правног оквира који се примењује на приватни сектор.³ Због тога, може се поставити и питање оправданости постојања привредних субјеката у власништву државе уопште. Као једно од оправдања њиховог постојања, у литератури се наводи стратешки значај појединих сектора (на пример,

1 Вид. Закон о јавним предузећима – ЗЈП, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016 и 88/2019, чл. 3 ст. 2 тач. 3 и чл. 9; Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016 и 104/2016.

2 Вид. Curtis J. Milhaupt, Mariana Pargendler, „RPTs in SOEs: Tunneling, Propping, and Policy Channeling“, *Law Working Paper*, No. 386/2018, March 2018, доступно на адреси: <https://www.ecgi.global/content/working-papers>, 22. 10. 2023, 2, 5–7.

3 *Ibid.*, 2.

сектор одбране).⁴ Иако је питање оправданости значајно, оно није и не треба да буде централно питање у вези са предузећима у власништву државе. Наиме, статистички подаци јасно говоре у прилог тези да предузећа у власништву државе као посебна категорија у скорој будућности неће нестати са светске сцене. На светском нивоу 2000. године било их је, чак, око 300.000 (у тај број улазе предузећа у којима је држава већински или мањински власник, чији је оснивач држава или локални ниво власти, листиране и нелистиране компаније, као и компаније основане законом или подзаконским актом).⁵ Када је реч о географској распрострањености, највише их има у Кини и другим азијским државама.⁶ Значајан је и податак да предузећа у власништву државе представљају један од два доминантна типа компанија у државама у којима је власничка структура концентрисана (други тип најзаступљенијих компанија су породична друштва).⁷ Другачије речено, држава је један од најзначајнијих типова чланова друштава.⁸ Због тога, пажњу треба посветити регулативи субјеката у власништву државе и унапређењу правног оквира.

Ваљан правни оквир и добра политика управљања предузећима у власништву државе, укључујући и она која обављају делатност од општег интереса, су предуслови за успешно пословање тих субјеката. Власти свакако треба да прво утврде шта поседују, затим да испитају зашто имају власништво над тим субјектима и да одлуче ко ће вршити власничка права генерално (које министарство), па на крају да одлуче ко ће управљати конкретним предузећима у власништву државе тако што ће усвојити јасне критеријуме и правила о поступку именовања чланова управе.⁹ У том смислу, посебно су значајна правила корпоративног управљања предузећима у власништву државе. Наиме, емпиријска истраживања су потврдила постојање статистичке везе између бољег управљања и успешности пословања.¹⁰ Будући да је реч о веома значајном питању, тема корпоративног управљања заслужује обраду

4 International Monetary Fund (European Department) – IMF, „Reassessing the Role of State-Owned Enterprises in Central, Eastern, and Southeastern Europe“, Nr. 19/11, 2019, 2, 13.

5 Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance, „Introduction“, *The Routledge Handbook of State-Owned Enterprises* (eds. Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance), Abingdon, New York, 2020, 13.

6 *Ibid.*, 14.

7 Ernest WK Lim, „Concentrated Ownership, State-Owned Enterprises and Corporate Governance“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, Nr. 3/2021, 4.

8 Вид. *ibid.*

9 Вид. IMF, 54.

10 Вид. *ibid.*, 62.

у посебном раду. Због тога ће у овом раду бити само укратко речи о појединим питањима која спадају у ту тему.

Имајући у виду да је у Србији недавно дошло до делимичне промене правног оквира за предузећа у власништву државе, чиме је додатно усложњена примена правила на друштва капитала која обављају делатност од општег интереса, неопходно је прво утврдити која правила се примењују на које субјекте. Регулатива друштава капитала у власништву државе која обављају делатност од општег интереса је у домаћем праву подељена у два закона. Након кратког излагања о изворима права, прво ће бити речи о одређењу друштава капитала на која се примењује Закон о јавним предузећима, а потом о друштвима капитала на која се примењује Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије.¹¹ У раду ће даље бити речи о оснивању друштава капитала у власништву државе, будући да се та тема природно надовезује на претходно обрађена питања.

II Извори права

Општи законски оквир којим се уређује правни положај друштва капитала у Србији предвиђен је Законом о привредним друштвима.¹² У зависности од њихове делатности, примењују се и разни други специјални прописи. Наиме, поједине врсте делатности захтевају примену посебних правила у погледу организације привредних субјеката који их обављају (на пример, посебним законом су регулисане банке).¹³ Такође, уколико привредни субјекти обављају делатност од општег интереса, на њих се примењују посебна правила. Правни положај друштва капитала која обављају делатност од општег интереса регулисан је Законом о јавним предузећима, а однедавно и Законом о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије. Правила се разликују према томе ко је оснивач, односно члан привредног друштва. Уколико је оснивач, односно члан друштва капитала држава примењују се одредбе новог Закона, док Закон о јавним предузећима наставља да се примењује на друштва капитала чији је оснивач аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и на зависна друштва која обављају делатност од општег интереса. У сваком случају, друштво капитала је адекватна и дозвољена форма за оснивање привредног субјекта у

11 Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије – ЗУПДВРС, *Службени гласник РС*, бр. 76/2023.

12 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.

13 Закон о банкама, *Службени гласник РС*, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

власништву државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе због општег правила да члан не одговора за обавезе друштва. Усвајањем Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије, питање оснивача постало је кључно, док је обављање делатности од општег интереса стављено у други план. Дакле, дошло је до промене приступа у том погледу.

Одступање од досадашње праксе је резултат опредељења државе да прво уједначи и унапреди правни оквир за сва друштва капитала која су у власништву Републике Србије, без обзира на то да ли обављају делатност од општег интереса или не. Идеја унапређења правног оквира се генерално базира на препознатој потреби приближавања правила која регулишу друштва капитала у власништву државе општем правном режиму који важи за друштва капитала у приватном сектору. С друге стране, уједначавање и унапређивање правног оквира за сада је изостало за друштва капитала која су у власништву субнационалних нивоа власти, иако се и она сматрају друштвима капитала у власништву државе у ширем смислу. Анализом прелазних и завршних одредаба Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије може се закључити да би ускоро требало да буде унапређено и власничко управљање јавним предузећима и друштвима капитала чији је оснивач аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе и градска општина. Наиме, Законом је предвиђено да Министарство привреде треба да изврши њихову евалуацију у року од две године од почетка примене Закона, ради припреме за утврђивање власничког управљања тим субјектима.¹⁴ Други разлог за одабрани приступ постепених промена је вероватно и опредељење да треба постепено укинути форму јавних предузећа, која представљају једну врсту предузећа у власништву државе. Закон предвиђа обавезну промену правне форме јавних предузећа чији је оснивач Република Србија у друштва са ограниченом одговорношћу или акционарска друштво, чиме долази до укидања јавних предузећа чији је оснивач држава.¹⁵ С друге стране, напуштање форме јавних предузећа на субнационалном нивоу тек треба да уследи.

Друштва капитала која обављају делатност од општег интереса нису посебна врста привредних субјеката (за разлику од јавних предузећа), већ је реч о друштвима са ограниченом одговорношћу и акционарским друштвима чија је организација специфична. Поред специјалних правила о оснивању и организацији друштава капитала у власништву државе, посебна правила предвиђена су и за случај њиховог престанка. Законом о стечају је предвиђено да се стечајни поступак

14 ЗУПДВРС, чл. 49.

15 ЗУПДВРС, чл. 42.

не спроводи над правним лицима чији је оснивач држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе ако је испуњен услов да се та лица искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из буџета државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.¹⁶ Будући да су друштва капитала у власништву државе правна лица, на њих се примењује правило да за њихове обавезе солидарно одговарају оснивачи, односно власници (акционари или чланови).¹⁷

III Појам и врсте друштва капитала у власништву државе

Друштва капитала у власништву државе су само један од облика предузећа у власништву државе. Она се могу поделити на више врста према различитим критеријумима. Најзначајнији критеријум се односи на величину удела који држава има у друштву. Према том критеријуму постоје једночлана, већинска и мањинска друштва капитала у власништву државе. Већинска и мањинска друштва могу бити резултат делимичне приватизације или накнадног стицања удела или акција од стране државе.¹⁸ Таква друштва називају се мешовита/хибридна, будући да су само делимично у јавном власништву. Док се за мањинска друштва везује проблем пасивности државе као члана, за већинска друштва је карактеристичан проблем једнаког третмана акционара.¹⁹ Такође, власништво у теоријском смислу може бити директно или индиректно, будући да постоје и друштва капитала у којима држава нема директно, већ индиректно власништво. Индиректно власништво подразумева да држава индиректно контролише зависно друштво, док се само власништво обично одређује према појму контроле. Индиректно власништво се помиње у Директиви ЕЗ бр. 111/2006 о транспарентности финансијских веза држава чланица и јавних предузећа као и финансијској транспарентности унутар одређених предузећа.²⁰ Наиме,

16 Вид. 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, чл. 14 ст. 1.

17 Вид. ЗС, чл. 14 ст. 3.

18 Вид. World Bank, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A Toolkit*, Washington, 2014, 244–245.

19 Вид. *Ibid.*, 243.

20 Директива о транспарентности финансијских веза држава чланица и јавних предузећа као и финансијској транспарентности унутар одређених предузећа (*Commission Directive 2006/111/EC of 16 November 2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings (Codified version)*), *OJ L* 318, 17.11.2006, р. 17–25), чл. 2(а) и (б).

у чл. 2(б) јавна предузећа (енг. *public undertakings*), у које спадају привредна друштва у власништву државе, су дефинисана као она над којима државни, регионални, локални и остали органи јавне власти у складу са територијалном организацијом могу директно или индиректно вршити преовлађујући утицај на основу власништва, финансијског учешћа или прописа којима су уређена јавна предузећа. Притом, преовлађујући утицај постоји када орган јавне власти директно или индиректно има већински удео у уписаном капиталу или контролише већину гласова које дају акције предузећа или може да именује више од половине чланова органа управљања. Према критеријуму члана друштва капитала, оно може бити у власништву државе, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе. Друштва капитала се даље могу поделити према значају на друштва капитала од стратешког интереса и друга друштва капитала. На крају, према критеријуму делатности, што је посебно значајно у контексту овог рада, то могу бити друштва која обављају делатност од општег интереса и друштва која обављају друге делатности.

1. Друштва капитала као „други облици организовања“ према Закону о јавним предузећима

Закон о јавним предузећима друштва капитала на која се примењује (она која обављају делатност од општег интереса) назива „другим облицима организовања“. Таквим називом законодавац указује на то да није реч о јавним предузећима, на која се тај Закон примарно примењује. Посебна правила односе се, пре свега, на оснивање и управљање друштвима капитала која обављају делатност од општег интереса. Да би се на друштва капитала примарно примењивао Закон о јавним предузећима морају да буду испуњени одређени услови. Конкретно, реч је о четири услова која морају да буду испуњена кумулативно.

Први услов односи се на форму привредног друштва. Конкретно мора бити речи о друштвима капитала, односно о друштву са ограниченом одговорношћу или акционарском друштву.

Други услов се односи на члана, односно оснивача привредног друштва. Према Закону о јавним предузећима, оснивач друштва капитала које обавља делатност од општег интереса може бити јавно предузеће, држава, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или друго друштво капитала чији је оснивач држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе – зависно друштво. Будући да се посебни правни режим примењује и на зависна друштва, случајеви „индиректног“ власништва су обухваћени тим Законом. Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике

Србије донео је промене у погледу субјеката на које се примењује Закон о јавним предузећима. Наиме, након почетка примене новог Закона, на друштва капитала која обављају делатност од општег интереса чији је оснивач држава неће се примењивати Закон о јавним предузећима. Важно је истаћи да, за разлику од Закона о јавним предузећима, Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије експлицитно не помиње друштва у којима држава нема власнички удео, односно случајеве када држава има тзв. индиректно власништво. Због тога, могу се појавити недоумице око организације зависних друштава (према терминологији Закона о јавним предузећима) о чему ће бити речи касније.

Трећи услов се односи на врсту делатности. Наиме, привредно друштво мора да обавља делатност од општег интереса.

Док су претходна три услова одређена позитивно, четврти је одређен негативно. Правни режим који предвиђа Закон о јавним предузећима се не примењује у случајевима када су претходно поменути услови испуњени уколико се у конкретном случају примењују посебна правила о јавно-приватном партнерству и концесијама, односно када привредно друштво обавља делатност од општег интереса као поверену делатност.

Када је реч о посебним врстама друштва капитала, Закон о јавним предузећима поједина друштва капитала сврстава у категорију друштва од стратешког интереса за државу. Наиме, друштва у којима је држава власник најмање 25% удела, директно или индиректно, представљају друштва од стратешког интереса која као таква утврђује Влада.²¹ Индиректно власништво подразумева да је држава члан друштва капитала или јавног предузећа које је члан друштва капитала од стратешког интереса за државу. Уколико је држава директни или индиректни контролни члан привредног друштва од стратешког интереса, на то друштво се примењују посебна правила о програму пословања, део правила о праћењу реализације годишњег, односно трогодишњег програма пословања и правила о јавности у раду која су предвиђена Законом о јавним предузећима.²² Предвиђањем посебних правила омогућава се боље управљање овим субјектима, будући да њихов правни положај генерално није другачије регулисан. Слична подела привредних друштава у власништву државе постоји и у хрватском праву. Притом, у хрватском праву поред стратешких друштава (на пример, део друштава у железничком сектору), постоје и друштва од посебног интереса за државу

21 Вид. ЗЈП, чл. 75 ст. 1 и 2.

22 Вид. ЗЈП, чл. 75 ст. 3.

(на пример, друштва у банкарском сектору), али је разлика између њих прилично нејасна.²³

На крају, треба истаћи да је Закон о јавним предузећима очигледно писан за једночлане привредне субјекте. Наиме, у њему се не помињу мањинска друштва капитала, иако се и таква друштва срећу у пракси. Оснивање друштава капитала за обављање делатности од општег интереса од стране више оснивача омогућено је посебним законима.²⁴ Имајући у виду да одредбе Закона о јавним предузећима нису прилагођене мањинским друштвима капитала која обављају делатност од општег интереса, у пракси се јављају бројни проблеми у вези са применом Закона на организацију тих друштава. Такође, у пракси је тешко утврдити када и у којој мери на друштво капитала које обавља делатност од општег интереса треба применити правила Закона о привредним друштвима као *lex generalis*-а.

2. Друштва капитала на која се примењује нови Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије

Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије се примењује на привредна друштва која су у власништву државе без обзира на то да ли та друштва обављају делатност од општег интереса или не. Такође, он се односи само на друштва чији је држава члан, али не и на друштва капитала у власништву аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, односно субнационалних нивоа власти, која, такође, спадају у привредна друштва у власништву државе. Дакле, појам привредних друштава у власништву државе се везује искључиво за национални ниво власти, при чему само обављање делатности од општег интереса више не условљава примену посебних правила. На питања која нису регулисана тим Законом, примењују се одредбе Закона о привредним друштвима.²⁵ У суштини, одредбе новог Закона се примењују само на друштва капитала у којима држава има својство члана, односно акционара са више од 50% удела у капиталу, као и она у којима има „контролно власништво“ по другом основу. Такође,

23 Вид. European Commission, „State-Owned Enterprises in the EU: Lessons Learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context“, Institutional Paper 031, July 2016, 70.

24 Вид. чл. 88 Закона о локалној самоуправи у којем се помиње организовање других организација, а не само предузећа. Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник РС*, бр. 129/2007, 83/2014 – др. закон, 101/2016 – др. закон, 47/2018 и 111/2021 – др. закон; Јелена Лепетић, „Јавна предузећа – стари и нови изазови“, *Право и привреда*, бр. 4/2022, 680–681.

25 ЗУПДВРС, чл. 1 ст. 2.

Закон се само изузетно примењује на привредна друштва у којима Република Србија има 50% или мање учешћа у капиталу.

Да би друштва капитала спадала у субјекте на које се примењује Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије, мора бити испуњено више услова. Конкретно, реч је о три услова од којих су два одређена позитивно, а трећи негативно. Први услов је да члан друштва мора да буде држава. Други услов се састоји у томе да држава мора да има контролу над друштвом чији је члан. Дакле, оба наведена услова се односе на оснивача, односно члана друштва капитала. Други услов подразумева да држава мора да има више од 50% учешћа у капиталу или да има „контролно власништво“ по другом основу.²⁶ Закон не прецизира шта се подразумева под „контролним власништвом“, нити јасно даје одговор на питање да ли оно обухвата индиректно „контролно власништво“, односно друштва у којима држава нема својство члана, али их индиректно контролише. Такође, у одредби није прецизирано који су други основи за стицање „контролног власништва“. Имајући у виду да се на питања која нису регулисана тим Законом примењују одредбе Закона о привредним друштвима, под „контролним власништвом“ по другом основу треба подразумевати основе који се помињу код контроле из Закона о привредним друштвима. Према том Закону, контрола се везује не само за капитал учешће, већ и за уговор и право на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора.²⁷

Одговор на питање да ли појам „контролно власништво“ обухвата и индиректно власништво је изузетно важан. Наиме, одредбе Закона о јавним предузећима ће наставити да се примењују на друштва која обављају делатност од општег интереса а која држава индиректно контролише уколико она нису обухваћена дефиницијом друштва капитала у смислу Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије. Држава има индиректно власништво над друштвима чији су оснивачи јавно предузеће које је основала држава или друштво капитала које је основала држава. У оба случаја, држава није члан друштва капитала које обавља делатност од општег интереса иако јесте индиректни власник. Будући да се тзв. индиректно власништво и зависна друштва не помињу у Закону, може се закључити да законодавац није имао намеру да предвиди примену посебних правила која су тим Законом предвиђена на наведена привредна друштва. Исто се може закључити и из одредбе о представнику државе у скупштини

26 Вид. ЗУПДВРС, чл. 3 ст. 1.

27 ЗПД, чл. 62 ст. 5.

друштва капитала.²⁸ Наиме, скупштину друштва капитала чине њени чланови, па представник државе представља члана друштва капитала, односно државу. С друге стране, држава није члан друштва чији је индиректни власник, па зато нема свог представника, при чему у Закону нису поменута друштва у којима држава нема свог представника. Разлог за овакав приступ законодавца је вероватно постојање бојазни да би реформа била презахтевна када би се односила на (пре)велики број друштава. Због тога, унапређење правног оквира за друштва чији је држава индиректни власник тек треба да уследи. Законом је предвиђено да друштва капитала која обављају делатност од општег интереса у смислу Закона о јавним предузећима чији је члан држава, морају да ускладе своју организацију и акте са одредбама новог Закона најкасније у року од годину дана од почетка његове примене.²⁹ Ова одредба се, дакле, не односи на зависна друштва.

Постоје и изузеци од другог услова који се односи на контролу. Наиме, поједине одредбе Закона се примењују на тзв. мањинско друштво капитала, односно друштво у којем држава има 50% или мањи проценат капитала. Иако то није прецизирано, очигледно се мисли на друштва у којима држава нема „контролно власништво“. Ипак, ова одредба није довољно прецизна.³⁰ У будућности се норма може допунити тако да се прецизира да је реч о друштвима у којима држава има 50% или мање учешћа у основном капиталу и у којима нема „контролно власништво“ по другом основу. У сваком случају, реч је о изузетку чијом применом долази до проширења обухвата Закона у погледу субјеката на које се Закон примењује, што се практично своди на примену посебних правила о представнику државе у скупштини мањинских друштава.

Трећи услов у вези са применом одредаба Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије на друштво капитала је одређен негативно. Наиме, предвиђени су случајеви у којима је примена Закона искључена, чиме је обухват Закона сужен. Негативни услови које предвиђа Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије могу се сврстати у две категорије – услове у вези са делатношћу друштва капитала и услове који су везани за трајање власништва. Из примене су искључена друштва која обављају делатност производње наоружања и војне опреме, банке, друштва за осигурање и друге финансијске организације, недобитне организације, друштва која су основана и послују у складу са законом којим се уређује

28 Вид. ЗУПДВРС, чл. 20.

29 Вид. ЗУПДВРС, чл. 46 ст. 3.

30 Вид. и Вук Радовић, „Пословни изазови за српско право у наредном периоду“, *Пословни изазови*, 2023, 36.

иновациона делатност и институти основани као привредна друштва. Наиме, делатност производње наоружања и војне опреме је делатност од стратешког интереса, чиме се може оправдати искључење друштава која обављају ту делатност из примене Закона.³¹ Искључење банака и других финансијских институција из примене овог режима је очекивано будући да се на банке, друштва за осигурање и друге финансијске институције примењују посебни прописи. Од поменутих субјеката, највише проблема се везује за банке у власништву државе. Према емпиријским истраживањима, банке у власништву државе су одобравале кредите зајмопримцима, укључујући зајмопримце у државном али и приватном сектору, који су били мање профитабилни у односу на зајмопримце банака у приватном власништву.³² Исто тако, имајући у виду да недобитне организације и институти не обављају привредну делатност искључиво ради стицања добити, њихово искључење из примене Закона је оправдано. Када је реч о услову који се односи на трајање власништва, искључена су друштва у вези са чијим пословањем држава нема дугорочни интерес, односно она у којима је власништво државе привремено. То су субјекти у поступку приватизације, односно промене власништва и субјекти над којима је отворен стечајни поступак. Међу субјектима на које се Закон не примењује треба да се нађе и заједничко друштво које је носилац реализације пројекта јавно-приватног партнерства, будући да се на та друштва примењују одредбе Закона о привредним друштвима.³³

На основу законских решења у вези са субјектима на које се Закон примењује, односно у односу на које је примена Закона искључена, може се закључити да је законодавац приликом дефинисања друштава капитала у власништву државе био под утицајем „Смерница за корпоративно управљање државним предузећима“ које је 2015. године донела Организација за економску сарадњу и развој – ОЕЦД.³⁴ Смернице се односе на предузећа која контролише држава, укључујући акционарска друштва и друштва са ограниченом одговорношћу.³⁵ С друге стране, Смернице се не односе на предузећа у којима држава има мање од 10% учешћа у капиталу, у којима нема контролу и у којима то учешће у капиталу не подразумева обавезно постојање дугорочног интереса.³⁶

31 Вид. Закон о производњи и промету наоружања и војне опреме, *Службени гласник РС*, бр. 36/2018, чл. 1 ст. 1.

32 IMF, 38.

33 Вид. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, чл. 9.

34 Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, Paris, 2015.

35 *Ibid.*, 14.

36 *Ibid.*, 15.

IV Делатност од општег интереса – промена концепта

Анализа појма обављања делатности од општег интереса подразумева и потребу да се претходно дефинише појам делатности, односно потребу разликовања економске/привредне и неекономске/непривредне делатности. Према Смерницама ОЕЦД-а привредна делатност (енг. *economic activity*) подразумева понуду добара или услуга на тржишту које у принципу може обављати субјект приватног права ради стицања добити.³⁷ Привредна делатност је значајна за одређење предузећа у власништву државе, па се тако друштва основана законом или подзаконским актом (енг. *statutory corporation*) сматрају предузећима у власништву државе само ако је њихова сврха и (макар делом) делатност већински економске природе.³⁸ У пракси није једноставно разликовати привредну од непривредне делатности (на пример, државна лутрија је у Француској прво била непривредна, а затим привредна делатност).³⁹ У сваком случају, привредну делатност треба везивати за стицање добити.

У Европској унији се поставило питање терминологије у вези са пружањем услуга од општег интереса. Наиме, установљено је да су услуге од општег интереса (енг. *service of general interest*) оне које државе чланице препознају као такве, а које могу бити привредне и непривредне (на пример, услуге у области образовања).⁴⁰ Постоје још и услуге од општег економског интереса (енгл. *service of general economic interest*), односно услуге чије пружање није могуће или није могуће под истим условима без уплива државе, социјалне услуге од општег интереса (енг. *social service of general interest*) које подразумевају шеме социјалног осигурања које укључују привредне и непривредне активности, обавеза пружања универзалних услуга (енг. *universal service obligation*) која подразумева обавезу да одређене услуге морају бити доступне свим потрошачима и корисницима без обзира на географску локацију и то одређеног квалитета и прихватљиве цене узимајући у обзир посебне националне околности (на пример, електронска комуникација) и јавни сервис (енг. *public*

37 ОЕЦД Смернице, 15.

38 ОЕЦД Смернице, 14.

39 Fabien Bottini, „Legal Aspects of Public Enterprises – Remarks Based on a Comparative Study of French, European and American Legislation“, *The Routledge Handbook of State-Owned Enterprises* (eds. Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance), Abingdon, New York, 2020, 258.

40 Квалитетан оквир за услуге од општег интереса у Европи (European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *A Quality Framework for Services of General Interest in Europe*, Brussels, 20.12.2011 COM(2011) 900 final), 3.

service) који се првенствено везује за област превоза.⁴¹ Услуге од општег економског интереса се на енглеском језику често називају *public utilities*.⁴²

У нашем праву, правни положај друштава капитала која обављају делатност од општег интереса је донедавно био регулисан Законом о јавним предузећима. Тим Законом предвиђено је да су делатности од општег интереса оне које су као такве одређене у области рударства и енергетике, саобраћаја, издавања службеног гласила Републике Србије и издавања уџбеника, наоружања и војне опреме, комуналне делатности и др.⁴³ Поред обављања делатности од општег интереса, Закон о јавним предузећима помиње и пружање услуга од економског значаја које везује за обављање делатности од општег интереса из области енергетике.⁴⁴ Према Закону о енергетици, делатности од општег интереса су, између осталог, пренос електричне енергије и управљање преносним системом, дистрибуција електричне енергије и управљање дистрибутивним системом, транспорт и управљање транспортним системом за природни гас, складиштење и управљање складиштем природног гаса.⁴⁵ Дакле, обављање делатности од општег интереса представља једну од две кључне одреднице (поред оснивача) према Закону о јавним предузећима.

Обављање делатности од општег интереса помиње се и у Закону о јавној својини у којем се везује за појам корисника, односно права коришћења непокретности у јавној својини које нису уложене у капитал јавног предузећа, друштва капитала чији је оснивач држава, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или у њихова зависна друштва што отвара многе практичне проблеме.⁴⁶ Наиме, наведена друштва могу користити те непокретности на основу закона, оснивачког акта или уговора са оснивачем. Такође, истим Законом је предвиђено да држава, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу уложити новац и хартије од вредности, право својине на стварима у јавној својини (искључујући природна богатства, добра у општој употреби, мреже које

41 *Ibid.*, 3–4.

42 Hellmut Wollmann, „Local Public Enterprises as Providers of Public Services in European Countries – Shifts and Dynamics“, *The Routledge Handbook of State-Owned Enterprises* (eds. Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance), Abingdon, New York, 2020, 45.

43 Вид. ЗЈП, чл. 2.

44 ЗЈП, чл. 2 ст. 3.

45 Вид. Закон о енергетици, *Службени гласник РС*, бр. 145/2014, 95/2018 – др. закон, 40/2021, 35/2023 – др. закон и 62/2023, чл. 16 ст. 3.

46 Закон о јавној својини – ЗЈС, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016 – др. закон, 108/2016, 113/2017, 95/2018 и 153/2020, чл. 21 ст. 1.

искључиво могу да буду у јавној својини и друге непокретности које могу бити искључиво у јавној својини), као и друга имовинска права у капитал друштава капитала која обављају делатност од општег интереса (и јавних предузећа).⁴⁷ Проблеми у вези са правом коришћења би требало да буду решени, будући да Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије у прелазним и завршним одредбама предвиђа да друштва капитала имају обавезу да Министарству привреде доставе списак имовине над којом имају право својине и право коришћења у року од три године од дана почетка примене Закона, а затим да у року од годину дана од испуњења те обавезе изврше процену вредности капитала и имовине и доставе је Министарству.⁴⁸ Законом је предвиђено да ће након тога Влада, на предлог Министарства, одлучити о непокретној имовини над којом друштва имају право коришћења. Наиме, имовина ће бити пренета у њихово власништво, чиме би постојећи проблеми требало да буду решени.

Да закључимо, усвајањем Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије промењен је приступ, односно концепт регулисања обављања делатности од општег интереса. Наиме, Закон одступа од принципа да обављање делатности од општег интереса захтева постојање и примену посебних правила. Према одредбама новоусвојеног Закона, обављање делатности од општег интереса није услов за примену правила тог Закона. То значи да се потреба постојања посебне регулативе заснива само на специфичностима члана друштва а не и делатности које обавља.

V Оснивање друштва капитала које обавља делатност од општег интереса

Усвајање Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије донело је промене у погледу оснивања друштава у власништву државе, укључујући и она која обављају делатност од општег интереса, у односу на претходно важећа решења. Имајући у виду да се тај Закон не примењује на сва друштва у власништву државе у ширем смислу речи, правила Закона о јавним предузећима о оснивању друштва капитала која обављају делатност од општег интереса остају и даље актуелна. Оба сета правила се бар делом разликују од општих правила која су предвиђена Законом о привредним друштвима. Конкретно, специфичности се огледају у сложености поступка оснивања према

47 Вид. ЗЈС, чл. 42 ст. 1.

48 ЗУПДВРС, чл. 45.

Закону о јавним предузећима и немогућности избора система управљања према Закону о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије.

1. Сложеност поступка оснивања према Закону о јавним предузећима

Закон о јавним предузећима уређује оснивање друштава капитала која обављају делатност од општег интереса. Специфичност делатности коју та друштва обављају диктира и циљ њиховог оснивања који не мора бити само стицање добити.⁴⁹ Систем оснивања тих субјеката може бити једностепени/директни или двостепени/индиректни. Једностепени систем подразумева оснивање друштава капитала за обављање делатности од општег интереса у једном кораку. Конкретно, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе оснивају друштво капитала за обављање делатности од општег интереса (Закон о јавним предузећима помиње и државу као оснивача, али се на оснивање тих друштава више неће примењивати одредбе Закона о јавним предузећима). За разлику од тог једноставнијег система, двостепени систем је компликованији јер подразумева оснивање тих друштава у два корака, при чему и сам први корак може бити двојак. Наиме, први корак може бити оснивање јавног предузећа, након чега то јавно предузеће оснива друштво капитала за обављање делатности од општег интереса. Да би јавно предузеће основало друштво капитала за обављање делатности од општег интереса мора добити претходну сагласност оснивача.⁵⁰ Други начин подразумева прво оснивање друштва капитала од стране државе (на овај део поступка оснивања више се неће примењивати одредбе Закона о јавним предузећима), аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе које потом оснива друштво капитала за обављање делатности од општег интереса. У првом случају двостепеног система настаје група привредних субјеката коју чине јавно предузеће као контролни привредни субјект и друштво капитала које је зависни привредни субјект док је на врху пирамиде аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе која индиректно контролише друштво капитала које обавља делатност од општег интереса. У другом случају двостепеног система оснивања настаје група привредних друштава, при чему држава, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе индиректно контролише друштво капитала које обавља делатност од општег интереса. Закон о јавним предузећима то друштво исправно назива зависним друштвом,

49 ЗЈП, чл. 4.

50 Вид. ЗЈП, чл. 11.

будући да је друштво капитала које је основано у првом кораку контролно друштво.

Већ је истакнуто да се практични проблеми код оснивања јављају у случајевима када више лица оснива друштва капитала за обављање делатности од општег интереса (као и када је реч о јавним предузећима).⁵¹ У сваком случају, на садржину оснивачког акта се примењују одредбе Закона о јавним предузећима. Притом, уз елементе које предвиђа тај Закон, оснивачки акт друштва капитала треба да садржи и елементе који су предвиђени Законом о привредним друштвима. У обавезне елементе који су предвиђени Законом о јавним предузећима спадају назив, седиште и матични број оснивача, пословно име и седиште, претежна делатност, права, обавезе и одговорност оснивача према друштву капитала и друштва према оснивачу, услови и начин утврђивања и распоређивања добити, начин покрића губитка и сношења ризика, услови и начин задуживања, заступање, износ основног капитала, опис, врста и вредност неновчаног улога, проценат удела оснивача, органи и њихова надлежност, имовина која се не може отуђити, располагање стварима у јавној својини која су пренета у својину друштва капитала и заштита животне средине. Поред обавезних елемената који су предвиђени Законом о јавним предузећима, оснивачки акт друштва са ограниченом одговорношћу које обавља делатност од општег интереса мора да садржи и податак о времену уплате, односно уношењу улога, као и износу новчаног улога. Када је реч о форми акционарског друштва, оснивачки акт мора да садржи и различите податке о акцијама. Оснивачки акт друштва капитала које обавља делатност од општег интереса може да садржи и друге факултативне елементе. Може се закључити да оснивачки акт друштва капитала које обавља делатност од општег интереса а на која се примењује Закон о јавним предузећима садржи више обавезних елемената у односу на друштва капитала која не обављају такву врсту делатности.

2. Немогућност избора система управљања према Закону о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије

Нови Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије садржи више правила у вези са њиховим оснивањем. Прво, Закон предвиђа да се на оснивање друштава капи-

51 Вид. чл. 88 Закона о локалној самоуправи у којем се помиње организовање других организација, а не само предузећа. Вид. Ј. Лепетић, 680–681.

тала у власништву државе примењује Закон о привредним друштвима.⁵² Тиме се регулатива оснивања враћа у оквире општих правила о оснивању привредних друштава, што није случај код Закона о јавним предузећима. Друго, специфичност оснивања друштава капитала у власништву државе огледа се у циљу њиховог оснивања који, као и код друштава капитала које уређује Закон о јавним предузећима, не мора бити само стицање добити, већ и други интерес који је утврђен законом.⁵³ Реч је о уобичајеној одредби у погледу сврхе оснивања предузећа у власништву државе, јер тај циљ може бити привредни или непривредни.⁵⁴ С друге стране, Закон о привредним друштвима предвиђа стицање добити као једини циљ оснивања друштва капитала.⁵⁵

С обзиром на то да је држава члан ових друштава, њихов оснивачки акт доноси Влада, при чему је за измене и допуне оснивачког акта, односно статута неопходна сагласност Владе.⁵⁶ На садржину оснивачког акта примењују се одредбе Закона о привредним друштвима. Њиме се мора одредити да ли је систем управљања једнодоман или дводоман. За разлику од општих правила, према којима оснивач има избор у том погледу, нова правила тај избор не препуштају оснивачу. Наиме, уколико је друштво капитала велико или средње лице према Закону о рачуноводству, управљање је дводомно, док је за мала и микро друштва предвиђен једнодомни систем управљања.⁵⁷ Укратко, класификација друштва капитала се врши према граничним вредностима на датум биланса редовног годишњег финансијског извештаја које се односе на просечан број запослених, пословни приход и вредност укупне активе. Када је реч о оснивању друштва, у начелу се у обзир могу узети само претпостављени критеријуми, односно очекиване вредности прихода и активе, као и планирани број запослених. Због тога, примена ове одредбе више има смисла у случајевима промене правне форме јавних предузећа чији је оснивач држава у друштво капитала, а која је обавезна према Закону о управљању привредним друштвима у власништву Републике Србије.

Оснивачким актом, односно статутом одређује се и број представника државе, као и број чланова надзорног одбора у тим лицима, при чему се и у тим случајевима, између осталог, мора водити рачуна

52 Вид. ЗУПДВРС, чл. 1 ст. 2.

53 Вид. ЗУПДВРС, чл. 2 ст. 1.

54 Вид. European Commission (2016), 6.

55 Вид. ЗПД, чл. 2.

56 Вид. ЗУПДВРС, чл. 2 ст. 3 и чл. 18 ст. 1 тач. 1.

57 Вид. ЗУПДВРС, чл. 19 ст. 2. Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019 и 44/2021 – др. закон, чл. 6.

о поменутиим рачуноводственим критеријумима. На крају, Законом је, у складу са начелом јавности, предвиђено да се оснивачки акт, односно статут објављује на интернет страници друштва у року од 30 дана од дана усвајања.⁵⁸

VI Закључак

Закон о управљању привредним друштвима у власништву Републике Србије предвиђа јединствена правила за сва привредна друштва у власништву државе у ужем смислу (у њих не спадају друштва чији су оснивачи аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе), без обзира на то да ли обављају делатност од општег интереса или не. Тиме је напуштено раније опредељење према којем је обављање делатности од општег интереса било подједнако значајно као и питање оснивача субјекта који ту делатност обавља, а у вези са применом посебног правног режима. Такође, нови приступ се манифестује и у постепеном укидању јавних предузећа као посебних привредних субјеката будући да су ти субјекти везани искључиво за обављање делатности од општег интереса.

Имајући у виду да правила Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије само делимично елиминишу примену правила Закона о јавним предузећима, укупан број правила који регулишу друштва капитала која обављају делатност од општег интереса биће већи, а самим тим и примена важећих правила сложенија. Ово стање ствари би требало да буде што краће, јер је неопходно уједначити правила за сва друштва капитала у власништву државе, без обзира на то да ли је оснивач држава или неки од субнационалних нивоа власти. Такође, изостанак примене Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије на тзв. зависна друштва, односно друштва чији је држава индиректни власник, представља недостатак нове регулативе. Наиме, на друштва која држава индиректно контролише а која обављају делатност од општег интереса, настављају да се примењују одредбе Закона о јавним предузећима. На тај начин нарушена је кохерентност идеје да се прво промени правни оквир за сва друштва у власништву државе у ужем смислу, након чега би требало да уследи усвајање нових правила и за друштва у власништву аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.

Решења Закона о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије свакако треба начелно похвалити због настојања да се правила тог Закона приближе општим правилима која

58 Вид. ЗУПДВРС, чл. 31 ст. 1 тач. 2.

регулишу привредна друштва. Унапређење правног режима је посебно видљиво у погледу оснивања друштва капитала, које је уподобљено општем режиму, у поређењу са правилима које предвиђа Закон о јавним предузећима која су компликована и непрактична. Ново решење одступа од општих правила у погледу избора система управљања тим друштвима. Наиме, Закон о управљању привредним друштвима која су у власништву Републике Србије онемогућава избор система управљања приликом оснивања друштва капитала у власништву државе, везујући то питање за рачуноводствене критеријуме. Изабрано решење није најбоље, јер подразумева примену критеријума који су у начелу претпостављени. То решење би имало више смисла када би се односило само на случајеве промене правне форме јавних предузећа у друштва капитала, уколико је оно уопште неопходно.

Коришћена литература

- Bernier Luc, Florio Massimo, Bance Philippe, „Introduction“, *The Routledge Handbook of State-Owned Enterprises* (eds. Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance), Abingdon, New York, 2020.
- Bottini Fabien, „Legal Aspects of Public Enterprises – Remarks Based on a Comparative Study of French, European and American Legislation“, *The Routledge Handbook of State-Owned Enterprises* (eds. Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance), Abingdon, New York, 2020.
- Лепетић Јелена, „Јавна предузећа – стари и нови изазови“, *Право и привреда*, бр. 4/2022. (Lepetić Jelena, „Javna preduzeća – stari i novi izazovi“, *Pravo i privreda*, br. 4/2022)
- Lim Ernest WK, „Concentrated Ownership, State-Owned Enterprises and Corporate Governance“, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, Nr. 3/2021.
- Milhaupt Curtis J., Pargendler Mariana, „RPTs in SOEs: Tunneling, Propping, and Policy Channeling“, Law Working Paper, No. 386/2018, March 2018, доступно на адреси: <https://www.ecgi.global/content/working-papers>, 22. 10. 2023.
- Радовић Вук, „Пословни изазови за српско право у наредном периоду“, *Пословни изазови*, 2023. (Radović Vuk, „Poslovni izazovi za srpsko pravo u narednom periodu“, *Poslovni izazovi*, 2023)
- Wollmann Hellmut, „Local Public Enterprises as Providers of Public Services in European Countries – Shifts and Dynamics“, *The Routledge Handbook of State-Owned Enterprises* (eds. Luc Bernier, Massimo Florio, Philippe Bance), Abingdon, New York, 2020.

Jelena LEPETIĆ, PhD

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

COMPANIES AND ACTIVITIES OF GENERAL INTEREST

Summary

This paper analyses the legal framework for companies which perform activities of general interest. Specifically, the issue of defining companies to which the provisions of the Law on Public Enterprises apply, as well as companies governed by the Law on Management of State-Owned Companies is elaborated. Many rules which govern these companies differ from the general legal framework for companies. The paper pointed out the change of approach regarding the regulation of these entities which resulted in the legal framework becoming even more complex than before. Namely, the change relates only to those companies which are owned by the state in the narrower meaning, since the provisions of the Law on Public Enterprises continue to apply to companies which perform activities of general interest whose owners are local self-government and autonomous province. Finally, the paper analyses the rules which apply to the establishment of companies which perform activities of general interest.

Key words: *Companies. – State-Owned Companies. – State-Owned Enterprises. – Activities of General Interest.*

Датум пријема рада: 15. 11. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 12. 2023.

УДК: 351.712.2(497.11)

CERIF: S 111

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23403A

др Вук ЦУЦИЋ*

ванредни професор Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРИВИДНА ЈЕДНОСТЕПЕНОСТ ПОСТУПКА ЈАВНИХ НАБАВКИ – УСТАВНИ СУД ОПЕТ У УЛОЗИ „ПОЗИТИВНОГ ЗАКОНОДАВЦА“

Сажетак

Уставни суд је подносиоцу уставне жалбе признао право на изјављивање ванредној правној средстви у управном спору – захтева за преиспитивање судске одлуке (изјављује се Врховном суду против одлуке Управног суда) у воступку јавних набавки. Једна од ситуација у којима је допуштено изјављивање овој правној средстви је у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба. Уставни суд је заузео став да захтев за заштитну права, који представља редовно правно средство у поступку јавних набавки, не може да се угодоби жалби у управном поступку, те да је изјављивање захтева за преиспитивање судске одлуке дозвољено у поступку јавних набавки. Уставни суд је тиме донео једну стваралачку интерпретативну одлуку, којом је створио једно ново правно правило. Рад преиспитује дејство и исправности наведене одлуке Уставног суда.

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

Кључне речи: *Захтев за преиспитивање судске одлуке. – Захтев за заштитну права у поступку јавних набавки. – Јавне набавке. – Управни спор. – Уставна жалба.*

I Увод

Уставни суд је у поступку контроле уставности утврдио¹ неуставност одредбе чл. 178 ст. 3 Закона о општем управном поступку – ЗУП.² Наведеном одредбом био је уређен објективни рок за понављање управног поступка. Уставни суд је укинуо наведену одредбу иако је утврдио да је прописивање објективног рока неуставно само у односу на два од 12 разлога за понављање управног поступка прописаних у чл. 176 ст. 1 ЗУП. Тиме је Уставни суд искорачио из своје улоге „негативног законодавца“³ и уместо законодавца извршио правно-политички избор, укинувши објективни рок и тамо где његово постојање није сматрао неуставним.⁴

Доношењем такве одлуке, Уставни суд је потврдио своју опредељење да се неће устручавати да поступа као „позитивни законодавац“. Наиме, претходно је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, подносиоцу уставне жалбе признао право на изјављивање ванредног правног средства у управном спору – захтева за преиспитивање судске одлуке (чл. 49 Закона о управним споровима – ЗУС⁵) у поступку јавних набавки. Једна од ситуација у којима је допуштено изјављивање овог правног средства је у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба (чл. 49, ст. 2, тач. 3 ЗУС). Уставни суд је заузео став да захтев за

1 Одлука Уставног суда ГУз-253/2018 од 30. 6. 2022, *Службени гласник РС*, бр. 2/2023.

2 Закон о општем управном поступку – ЗУП, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

3 Келзен је назвао Уставни суд ‘негативним законодавцем’, који је, за разлику од ‘позитивних законодаваца’, то јест, представничких и других органа јавне власти који доносе општенормативне акте, овлашћен искључиво да чува јединство правног поретка, те да уклања норме ниже правне снаге које нису у сагласности са нормама више правне снаге. Вид. Francesco Vignano, „Constitutional Courts as Negative Legislators? Some Thoughts on the Italian Experience from a Criminal Law Scholar’s Perspective“, Conference of the European Constitutional Courts, Prague, May 2018, доступно на адреси: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1013_G/relazione_praga_20200302152256.pdf, 1. 10. 2023, 1.

4 За детаљније сагледавање наведене одлуке, вид. Вук Цуцић, „Неуставност Закона о општем управном поступку – Уставни суд као ‘позитивни законодавац’“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 98/2023.

5 Закон о управним споровима – ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

заштиту права, који представља редовно правно средство у поступку јавних набавки, не може да се уподоби жалби у управном поступку, те да је изјављивање захтева за преиспитивање судске одлуке Врховном суду, против одлуке Управног суда, дозвољено у поступку јавних набавки.⁶

Таквим тумачењем правне природе захтева за заштиту права у поступку јавних набавки, Уставни суд је омогућио свим подносиоцима тог правног средства да одлуку Републичке комисије за заштиту права у поступку јавних набавки оспоре и пред Управним и пред Врховним судом. Штавише, тиме је омогућио и Републичкој комисији да, као незадовољни тужени из управног спора, оспорава одлуку Управног суда пред Врховним судом.

Ниче је рекао да су све ствари подложне тумачењу, те да то које ће тумачење превладати у датом времену зависи од моћи, а не истине. Пригрљена моћ Уставног суда да поступа као „позитивни законодавац“ је засигурно омогућила истом да својим тумачењем мења правно-политичке изборе законодавца, а редови који следе покушаће да дају одговор на питање да ли је дато тумачење исправно, то јест, парафразирајући Ничеа, засновано не само на моћи, већ и на истини.

II Одлука Уставног суда

1. Садржина одлуке

У поступку јавне набавке,⁷ који је на крају довео до доношења предметне одлуке Уставног суда, наручилац је расписао отворени поступак јавне набавке добара.⁸ Одлуку наручиоца је један од понуђача оспорио изјављивањем захтева за заштиту права у поступку јавних набавки. Наручилац, сагласно чл. 220 ст. 1 тач. 2 Закона о јавним набавкама,⁹ сматрајући захтев неоснованим, није донео решење којим одлучује о захтеву, већ је Републичкој комисији за заштиту права у поступцима јавних набавки (у даљем тексту: **Републичка комисија**) доставио одговор у којем се изјаснио на све наводе захтева за заштиту права и ком-

6 Одлука Уставног суда, бр. Уж-2064/2020, од 7. априла 2022. године. Оваква одлука није прва своје врсте. Исто становиште је Уставни суд заузео и у одлуци бр. Уж-0131/16 од 28. јануара 2020. године.

7 Ток поступка може се реконструисати на основу одлуке Врховног суда, бр. Узп1 2/2022 од 28. априла 2023. године, којом је Врховни суд прихватио став Уставног суда о дозвољености захтева за преиспитивање судске одлуке у поступку јавних набавки.

8 Наручилац је био Аеродром „Никола Тесла“, Београд, а у поступку јавне набавке је прибављао детекторе трагова експлозива.

9 Закон о јавним набавкама – ЗЈН, *Службени гласник РС*, бр. 91/2019.

плетну документацију из поступка јавне набавке, а ради одлучивања о захтеву за заштиту права. Републичка комисија је захтев за заштиту права одбила као неоснован. Против одлуке Републичке комисије подносилац захтева је изјавио тужбу Управном суду. Управни суд је одбио тужбу као неосновану. Против пресуде Управног суда изјављен је захтев за преиспитивање судске одлуке Врховном суду (тада Врховном касационом суду), који је исти одбацио као недопуштен. Решење Врховног суда је оспорено уставном жалбом, коју је Уставни суд усвојио. Приликом усвајања уставне жалбе, Уставни суд је поништио решење Врховног суда. Врховни суд је затим донео нову одлуку којом је мериторно одлучио о захтеву за преиспитивање судске одлуке.

Да би се разумело становиште Уставног суда, према којем се захтев за заштиту права у поступку јавних набавки не може уподобити жалби у управном поступку, морамо, најпре, изнети аргументе Врховног суда у том погледу, које Уставни суд није уважио.

Врховни суд је сматрао да захтев за преиспитивање судске одлуке није дозвољен у датом случају јер нису били испуњени услови прописани у чл. 49 ст. 2 ЗУС. Према тој одредби захтев за преиспитивање судске одлуке може се изјавити у три, алтернативно постављене ситуације – ако је то предвиђено законом, ако је Управни суд одлучио у пуној јурисдикцији или ако је у тој врсти правне ствари у управном поступку била искључена жалба. Прва два услова нису испуњена, јер ЗЈН не прописује могућност изјављивања овог ванредног правног средства у управном поступку. Такође, Управни суд је одбио тужбу као неосновану, те није одлучивао у пуној јурисдикцији. То је, наравно, неупитно и за Уставни суд. Мишљења Врховног и Уставног суда разишла су се код испуњености трећег услова. Врховни суд је уподобио, то јест, успоставио аналогију између захтева за заштиту права и жалбе у управном поступку, те је сматрао да ни трећа могућност за изјављивање захтева за преиспитивање судске одлуке није остварена.

Уставни суд је у одлуци о уставној жалби сумирао три аргумента на којима је Врховни суд засновао одлуку о одбацивању захтева за преиспитивање судске одлуке: 1) да је одлука наручиоца о избору најповољније понуда првостепена одлука; 2) да се поступање наручиоца у поступку по захтеву за заштиту права у поступку јавних набавки може подвести под поступање првостепеног органа по жалби у управном поступку; и 3) да се поступање Републичке комисије у поступку по захтеву за заштиту права у поступку јавних набавки може подвести под поступање другостепеног органа по жалби у управном поступку.¹⁰

10 У Одлуци Уставног суда, бр. Уж-2064/2020, 2, стоји: „Врховни касациони суд је навео да је одлука наручиоца о избору најповољније понуде првостепена одлука,

Уставни суд није прихватио наведене аргументе Врховног суда, те је утврдио повреду Уставом зајемченог права на изјављивање жалбе и другог правног средства (чл. 36 ст. 1 Устава¹¹). Уставни суд наводи да та уставна гаранција не подразумева обавезно обезбеђивање правне заштите и у поступку по ванредним правним средствима, али ако је одговарајућим процесним законом прописано неко ванредно правно средство, до повреде Уставом зајемченог права може доћи и ако се подносиоцу ускрати могућност његовог коришћења.¹²

Уставни суд је своје становиште образложио на следећи начин:

„По оцени овог суда, систем заштите права у важећем Закону о јавним набавкама заснован је на принципу двостепености, што подразумева да одлуку о поднетом захтеву за заштиту права у првом степену доноси наручилац, док у другом степену одлучује Републичка комисија и њене одлуке подлежу судској контроли у управном спору. (...) Уставни суд, међутим, указује да у ситуацији када наручилац после претходног испитивања не донесе решење којим усваја захтев за заштиту права, он се доставља Републичкој комисији на одлучивање, из чега следи да у том случају изостаје одлука наручиоца о захтеву у првом степену. Овај суд, с тим у вези, указује да је, према раније важећем Закону о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 116/08), наручилац у сваком случају доносио првостепену одлуку у поступку по заштиту права, па и решење којим се одбија захтев (члан 111 тог закона).“¹³

Пошто у предметном случају наручилац није донео решење о захтеву за заштиту права, него је то учинила само Републичка комисија, став је Уставног суда да „из наведеног произлази да је Републичка комисија, одлучујући у првом степену, донела решење о одбијању захтева подносиоца за заштиту права“, те како се против њеног решења не може изјавити жалба, „уставноправно [је] неприхватљиво становиште

против које се наручиоцу може поднети захтев за заштиту права, да наручилац о том захтеву одлучује у својству првостепеног органа, и да се све активности наручиоца о поднетом захтеву могу подвести под рад првостепеног органа по жалби, сагласно одредбама чл. 224 до 229 Закона о општем управном поступку, а да Републичка комисија о поднетом захтеву за заштиту права одлучује у својству другостепеног органа у смислу члана 139 Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 124/12) и може да усвоји захтев и у целини или делимично поништи поступак јавне набавке, с тим да има могућност да отклони пропусте у раду првостепеног органа, што се може подвести под рад другостепеног органа по жалби, сагласно члану 229 Закона о општем управном поступку.“

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

12 Одлука Уставног суда, бр. Уж-2064/2020, 3.

13 *Ibid.*, 4.

Врховног касационог суда о недозвољености захтева подносиоца уставне жалбе за преиспитивање правноснажне пресуде Управног суда (...).¹⁴

Проистиче из изнетог да Уставни суд види поступак заштите права у поступку јавних набавки на следећи начин: 1) „систем заштите права“ у поступку јавних набавки је двостепен; 2) првостепени поступак је онај у којем наручилац одлучује о захтеву за заштиту права; 3) другостепени поступак је онај у којем Републичка комисија одлучује о решењу наручиоца о изјављеном захтеву за заштиту права; 4) ако наручилац није донео решење о захтеву за заштиту права, већ га је само проследио Републичкој комисији, онда о захтеву у првом и једином степену одлучује Републичка комисија.

Последично, према схватању Уставног суда, одлучивање наручиоца у поступку јавне набавке нема карактеристике управног поступка, нити је одлука о избору најповољније понуде, то јест, одлука о додели уговора о јавној набавци, управни акт.

2. Правна природа одлуке

На први поглед, одлука Уставног суда у предметној ствари представља појединачну одлуку, којом се одлучује о појединачном случају у којем је изјављена уставна жалба ради заштите Уставом зајемченог права. Ипак, дубљим сагледавањем последица које ће она проузроковати у правном систему долази се до другачијег закључка. Наиме, у будућности ће Врховни суд увек дозвољавати изјављивање захтева за преиспитивање судске одлуке у области јавних набавки. Чак и уколико би Врховни суд одбацио такав захтев као недопуштен, Уставни суд би, држећи се установљеног става, по изјављивању уставне жалбе, утврђивао повреду Уставом зајемченог права на изјављивање жалбе и другог правног средства, поништавао решење о одбацивању и налагао Врховном суду да о захтеву одлучи мериторно. Из тога произлази да је Уставни суд, заправо, установио једно ново значење одговарајућих норми ЗУС и ЗЈН, те да је створио једно ново правно правило.

У упоредном праву уставни судови појединих земаља могу доносити посебну врсту одлука – интерпретативне одлуке. Реч је о одлукама којима се одређује тумачење оспорене одредбе које је у сагласности с вишим правним актима, искључујући истовремено друга, са актима више правне снаге несагласна тумачења дате одредбе.¹⁵

14 *Ibid.*

15 Такве врсте одлука постоје у пракси Уставног суда Шпаније (*Tribunal Constitucional*). Вид. Jorge Bercholg, „Las sentencias interpretativas y el control de constitucional”.

С једне стране, према својим дејствима, која надилазе конкретан случај и мењају опште правно правила, одлука Уставног суда, која је предмет обраде овог рада, могла би се упоредити са поменутиим интерпретативним одлукама.

С друге стране, поређење не би било могуће утолико што описане интерпретативне одлуке не мењају природу уставног судства као „негативног законодавца“. Оне су сужавајућег, ограничавајућег карактера. Оне се доносе „са намером да се оспорена норма спаси“,¹⁶ тако што ће се из њене садржине искључити тумачења која су у супротности са вишим правним актом. Одстрањује се неуставно (или незаконито) ткиво из њих, тако да преостаје само оно које је од стране хијерархијски надређеног акта допуштено.¹⁷

Ово, пак, није случај са одлуком коју је донео српски Уставни суд. Овом одлуком је право на коришћење једног ванредног правног средства створено. Уставни суд је поступио као „позитивни законодавац“. У прилог тој тврдњи иде и историјско тумачење, односно хронологија доношења релевантних прописа, којима је прибегао и Уставни суд у предметној ствари поредећи важећи ЗЈН са његовим претходником. Наиме, чл. 49 ст. 1 тач. 1 ЗУС предвиђа да је изјављивање захтева за преиспитивање судске одлуке дозвољено онда кад је то предвиђено законом.¹⁸ ЗУС је донет 2009. године, а ЗЈН 10 година након њега. Може се претпоставити да је законодавац био свестан ове могућности,

lidad – Su utilización por el Tribunal Constitucional de España“, *Revista de Informação Legislativa*, Nr. 214/2017, 34.

16 *Ibid.*

17 Уставни суд је могао тако да донесе интерпретативну одлуку у случају неуставности одредбе чл. 178 ст. 3 ЗУП. На тај начин је могао да искључи објективни рок за понављање управног поступка у случајевима за које је сматрао да су несагласни Уставу (кад се управни поступак понавља зато што је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење или кад је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена), а да за све остале разлоге за понављање поступка остави објективни рок. Уставни суд би могао да осигура извршење такве своје одлуке тако што би, у случају одбацивања захтева странке за понављање поступка по ова два основа, а због пропуштања објективног рока из чл. 178 ст. 3 ЗУП по уставним жалбама поништавао одлуке суда и/или органа управе и налагао да се о захтеву мериторно одлучи. В. Цуцић (2023), 179.

18 Првенствено се мисли на посебне законе, то јест законе који уређују посебне управне области, али и сам ЗУС нуди један такав пример. Чл. 64 ЗУС прописује да се против решења суда о одбацивању тужбе за понављање поступка, против решења којим се не дозвољава понављање поступка и против пресуде суда донете по тужби за понављање поступка може поднети захтев за преиспитивање судске одлуке.

нарочито због тога што се одлучио да у један посебни управни поступак уведе правно средство које по свом називу и одређеним карактеристикама није истоветно жалби у управном поступку. Знајући да жалба у управном поступку искључује могућност изјављивања захтева за преиспитивање судске одлуке у управном спору, законодавац је могао да отклони сваку недоумицу и да уведе могућност његовог изјављивања у поступку јавних набавки, уз истовремену могућност заштите пред Републичком комисијом. Законодавац то није учинио. Тај политичко-правни избор уместо њега је извршио Уставни суд као „позитивни законодавац“.

Дакле, Уставни суд је својом, привидно појединачном, одлуком успоставио ново правно правило. Донео је, назовимо је тако, стваралачку интерпретативну одлуку, чији домањај се односи на неодређени број адресата и неограничени број будућих случајева.

III Поређење жалбе у управном поступку са захтевом за заштиту права у поступку јавних набавки

Да би се проверила исправност становишта Уставног суда према којем се не може повући паралела између жалбе у управном поступку и захтева за заштиту права у поступку јавних набавки, неопходно је да се упореде три процесне секвенце из ова два поступка¹⁹ – првостепени управни поступак са поступањем наручиоца у поступку јавних набавки до доношења одлуке о избору најповољније понуде (одлука о додели уговора о јавној набавци), затим поступање првостепеног органа у жалбеном управном поступку са поступањем и овлашћењима наручиоца у поступку по захтеву за заштиту права и, најзад, поступање другог степеног органа по жалби у управном поступку са поступањем Републичке комисије у поступку по захтеву за заштиту права у поступку јавних набавки.

Неопходно је једно претходно прецизирање код првог поређења. Првостепени орган у управном поступку и наручилац у поступку јавних набавки, поред доношења решења и одлука о избору најповољније понуде, могу да предузимају и друге врсте (у)правног поступања, које могу бити засебно побијане правним средствима (доношење гарантних аката,

19 Напомињемо да кад говоримо о управном поступку у овом одељку рада, мислимо на правила општег управног поступка прописаног у ЗУП. То чинимо како бисмо учинили читање текста рада лакшим, а разликовање сета процесних норми садржаних у ЗУП и ЗЈН једноставнијим и уочљивијим, упркос чињеници да сматрамо да је поступак јавних набавки само једна врста посебног управног поступка. Вид. Вук Цуцић, *Сировођење и контрола поступка јавних набавки*, Службени гласник, Београд, 2020, 31–36.

предузимање управних радњи, закључивање управних уговора, пружање јавних услуга у управном поступку, односно одређивање врсте поступка, садржине позива за подношење понуда или конкурсне документације у поступку јавних набавки²⁰). Ипак, поређење тих врста поступања ће изостати. С једне стране, због тога што превазилази обим овог рада, док, с друге, не би допринело анализи ситуације која се догодила у предмету у којем је Уставни суд одлучивао по уставној жалби – а то је ситуација у којој је наручилац донео одлуку о избору најповољније понуде, која је накнадно побийана захтевом за заштиту права. Због тога ће се поредити само доношење решења, то јест, управног акта од стране првостепеног управног органа са доношењем одлуке о избору најповољнијег понуђача од стране наручиоца у поступку јавних набавки.

Уставни суд није изричито негирао карактер управног акта одлучи наручиоца о избору најповољније понуде, али је то учинио имплицитно, тврдећи да је у датој ситуацији првостепену одлуку донела тек Републичка комисија по захтеву за заштиту права. Дакле, поставља се питање правне природе одлуке о избору најповољније понуде, то јест, одлуке о додели уговора о јавној набавци одређеном понуђачу.

Чл. 16 ст. 1 ЗУП одређује да је управни акт, у смислу тог закона, појединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима. Управни акти се, по правилу, називају решењима и закључцима, али им посебни закони могу одредити и други назив (чл. 16 ст. 2 и 3 ЗУП), попут одлуке о додели уговора о јавној набавци (чл. 146 ЗЈН).

Одлука о додели уговора о јавној набавци испуњава сва три услова да буде управни акт.²¹ Прво, доноси је орган. То се јасно види кад се упореди дефиниција органа из чл. 1 ЗУП²² са појмом наручиоца из чл. 3 ЗЈН.²³ Друго, доноси се применом прописа који уређују јавне набавке,

20 Добросав Миловановић, „Разматрање институционалног оквира заштите права у поступцима јавних набавки“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019, 748.

21 Вид. В. Цуцић (2020), 35–36.

22 Као органи одређени су државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и органи и организације јединица локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења.

23 Јавни наручиоци, у смислу ЗЈН, су: 1) Република Србија, односно републички органи; 2) органи аутономне покрајине; 3) органи јединице локалне самоуправе; 4) правна лица основана у циљу задовољавања потреба у општем интересу, које немају индустријски или трговински карактер, ако је испуњен било који од следећих услова: (1) да се више од 50% финансирају из средстава јавног наручиоца; (2) да надзор над радом тих правних лица врши јавни наручилац; (3) да више од половине чланова органа надзора или органа управљања тих правних

на првом месту ЗЈН. Треће, и најважније, њима се одлучује о правима, обавезама и правним интересима понуђача. То, најпре, проистиче из језичког тумачења ЗЈН – понуђачи користе захтев за заштиту *права* пред Републичком комисијом за заштиту *права*. Важније од тога, циљно тумачење ЗЈН упућује на исти закључак – ако се не одлучује о њиховим правима, обавезама и/или правним интересима, како би онда понуђачи били овлашћени да поднесу захтев за заштиту права.²⁴ Право о којем се одлучује је право сваког правног и физичког лица да под једнаким условима, без дискриминације (чл. 7 и 9 ЗЈН) има могућност да са органима јавне власти и другим субјектима који располажу јавним приходима, те се стога сврставају у наручиоце, закључи уговор о јавној набавци.

Како одлука наручиоца о додели уговора о јавној набавци представља управни акт, то се његово поступање мора узети за поступање у првостепеном управном поступку.

Друго поређење је оно на које се у највећој мери осврнуо Уставни суд – поређење поступања првостепеног органа у поступку по управној жалби са поступањем наручиоца у поступку по захтеву за заштиту права у поступку јавних набавки.

У оба случаја реч је о ремонстративном, самоконтролном механизму²⁵ у оквиру сложенијих правних средстава – жалбе у управном поступку и захтева за заштиту права у поступку јавних набавки. Ремонстративност подразумева преиспитивање одређеног поступања од стране субјекта који је то поступање предузео.

У поступку по жалби, првостепени управни орган има одговарајућа овлашћења. По правилу, он је тај коме се жалба предаје (чл. 160 ЗУП). Он има обавезу да провери да ли постоји неки од разлога због којих би жалбу требало одбацити и да, ако на њих наиђе, жалбу решењем и одбаци (чл. 162 ст. 1 ЗУП). Против решења првостепеног органа о одбацивању жалбе може да се изјави процесна жалба²⁶ другостепеном органу. Она се предаје другостепеном органу, који, ако сматра да је основана, истов-

лица именује јавни наручилац. Правна лица основана у циљу задовољавања потреба у општем интересу вршиоци јавних служби, који се оснивају у облику јавних установа и јавних предузећа или се задовољавање тих потреба поверава физичким и правним лицима (концесионарна јавна служба). Зоран Томић, *Општем управном праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018, 187. Потоњи би се уподобили „правним и физичким лицима којима су поверена јавна овлашћења“ из чл. 1 ЗУП.

24 В. Цуцић (2020), 151–153.

25 Vuk Cucić, „Administrative Appeal in Serbian Law“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, Nr. 32/2011, 64–65.

26 Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном праву*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд, 2017, 177.

ремено одлучује и о њој и о жалби која је била одбачена (главној или мериторној жалби). Такође, првостепени орган је дужан и да поништи решење уколико нађе да постоји неки од разлога за поништавање коначног решења, који се могу истицати без временског ограничења, то јест разлога садржаних у чл. 183 ст. 1 тач. 1–6 ЗУП (чл. 163 ЗУП). Поред наведених обавеза, постоји и овлашћење првостепеног органа да замени сопствено ожалбено решење (то јест, да првобитно решење поништи и уместо њега донесе ново првостепено решење) уколико жалбу сматра основаном, те да на тај начин удовољи жалбеном захтеву. Зависно од разлога истакнутих у жалби, првостепени орган то чини са или без допуне првобитно спроведеног поступка. Против тог новог решења може се поднети жалба, која се предаје другостепеном органу (чл. 165 ЗУП). Уколико не учини ниједну од наведених ствари, првостепени орган је дужан да жалбу, заједно са списима предмета, одговором на жалбу противне странке (ако је такве било у поступку у којем је донето решење) и сопственим одговором на жалбу, у којем оцењује све наводе жалбе, проследи другостепеном органу (чл. 166 ЗУП).

У поступку одлучивања о захтеву за заштиту права у поступку јавних набавки, наручилац има сличну позицију. Захтев се, поред Републичке комисије, подноси и наручиоцу (чл. 213 ЗЈН). Наручилац, попут првостепеног органа у управном поступку, испитује да ли постоје разлози за одбацивање захтева. У зависности од врсте одговарајућег недостатка и у зависности од тога да ли је захтев поднет преко пуномоћника из реда адвоката или не, наручилац уз поучавање странке како да уреди захтев или без њега, одбацује захтев решењем. Против решења наручиоца о одбацивању захтева, подносилац захтева може и да поднесе жалбу Републичкој комисији (чл. 219 ЗЈН). Кад оконча описани поступак претходне провере захтева за заштиту права, наручилац има пред собом две могућности. Наручилац може решењем да усвоји захтев за заштиту права и делимично поништи поступак јавне набавке. Друга могућност је да Републичкој комисији достави одговор у којем ће да се изјасни на све наводе захтева за заштиту права, заједно са комплетном документацијом из поступка јавне набавке. Ту могућност наручилац може користити у две ситуације – онда кад захтев за заштиту права сматра неоснованим, као и онда кад га сматра основаним, а разлог због којег је захтев поднет може, према суду наручиоца, да има за последицу поништење поступка јавне набавке у целини (чл. 220 ст. 1 ЗЈН). Најзад, уколико наручилац не уради ниједну од ове две ствари у року од 20 радних дана од подношења захтева (ћутање управе) или не оцени све, већ само неке наводе захтева за заштиту права основаним, подносилац захтева може да поднесе Републичкој комисији писано изјашњење о наставку поступка пред Републичком комисијом (чл. 220 ст. 3 и 4 ЗЈН).

Из изнетог се види готово потпуна подударност поступања првоступеног управног органа по жалби и наручиоца по захтеву за заштиту права. Оба субјекта имају обавезу да одбаце неуредно правно средство. Њихова решења о одбацивању правног средства се могу побијати жалбом пред другоступеним органом (мисли се и на другоступени орган у управном поступку и на Републичку комисију). Оба субјекта имају могућност да усвоје правно средство уколико га сматрају основаним. Ако их, пак, сматрају неоснованим, оба субјекта се о наводима из правног средства изјашњавају одговором који шаљу другоступеном органу.

Могу се уочити и одређене разлике. Првоступени орган у управном поступку дужан је да, и без истицања странке у жалби, испита постојање одређених грубих незаконитости (из чл. 183 ЗУП). Такође, наручилац не може да усвоји захтев за заштиту права у свим ситуацијама у којима га сматра основаним (кад би то могло довести по поништавања целокупног поступка јавне набавке). Ипак, те разлике не делују као пресудне, нити се на њих у својој одлуци позвао Уставни суд.

Уместо свега тога, Уставни суд се концентрисао на разлику која је некад постојала између ова два правна средства, а која је доношењем важећег ЗЈН уклоњена. Према чл. 111 ст. 1 тач. 2 претходног Закона о јавним набавкама,²⁷ наручилац је био овлашћен да одбије захтев за заштиту права као неоснован, односно, речима Уставног суда, „наручилац [је] у сваком случају доносио првоступену одлуку у поступку по заштиту права, па и решење којим се одбија захтев.“²⁸ Дакле, Уставни суд је сматрао да се захтев за заштиту права раније, кад је садржао наведену разлику, могао уподобити жалби у управном поступку, док сада, кад те разлике нема, њихово уподобљавање сматра „уставноправно неприхватљивим“.

Ваља такође приметити да Уставни суд придаје толики значај једној фази у другоступеном управном поступку, која може и да изостане. Наиме, ЗУП предвиђа ситуације у којима се жалба предаје самом другоступеном органу (чл. 161, чл. 162 ст. 3 и чл. 163 ст. 2 ЗУП). У тим случајевима првоступени орган уопште не учествује у жалбеном поступку. Ипак, нико у тим ситуацијама не сматра да је жалбени орган одлучивао као првоступени орган. Следи да онда то не може да важи

27 Закон о јавним набавкама из 2008. године, *Службени гласник РС*, бр. 116/08.

28 Одлука Уставног суда, бр. Уж-2064/2020, 4. Интересантно је напоменути да је емпијско истраживање показало да је ова разлика између доводила до знатно чешћег усвајања захтева за заштиту права у поступку јавних набавки од стране наручилаца у односу на усвајање жалбе од стране првоступених управних органа. Dobrosav Milovanović, Marko Davinić, Vuk Cucić, „Efficiency of Administrative Appeal (The Case of Serbia)“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, Nr. 37/2012, 103.

ни за одлучивање Републичке комисије у ситуацији кад наручилац није донео решење о захтеву за заштиту права.

Уставни суд, уз све ово, прави грешку кад наводи да је „систем заштите права у важећем Закону о јавним набавкама заснован на принципу двостепености.“²⁹ Учешће наручиоца, као првостепеног органа у поступку по захтеву за заштиту права, не чини тај поступак двостепеним. Ремонстративна овлашћења наручиоца у поступку по захтеву за заштиту права имају за сврху искључиво економичност и ефикасност поступка, то јест, смањење оптерећења другостепеног органа, Републичке комисије, у одређеним случајевима.³⁰ Исто важи и за управни поступак. Управни поступак је двостепен, али „систем заштите“ у управном поступку није двостепен, јер се правна заштита одвија само у једној процесној инстанци – у жалбеном поступку. Поступање првостепеног органа по жалби не мења ту чињеницу.³¹

Најзад, треба упоредити и поступање два другостепена органа – оног из управног поступка и Републичке комисије. Оба органа су овлашћена да одбаце (уколико су првостепени органи то пропустили да ураде), одбију или усвоје изјављено правно средство (чл. 167–174 ЗУП и чл. 226 ЗЈН). Не само да су њихова овлашћења истоветна, већ то важи и за кључну карактеристику ова два правна средства – деволутивност. Оба правна средства се изјављују другом, вишем субјекту, а не доносиоцу акта чија се правилност испитује.

Деволутивност жалбе је била пресудна и за законодавца кад је прописао могућност изјављивања захтева за преиспитивање судске одлуке у случају кад у датој врсти правне ствари у управном поступку била искључена жалба. Циљ такве одредбе био је да се омогућавањем странци да изјави захтев за преиспитивање судске одлуке надомести изостали процесни степен.³² Дакле, уместо три „уобичајена“ процесна степена – првостепеног управног поступка, другостепеног управног

29 Одлука Уставног суда, бр. Уж-2064/2020, 4.

30 Чак и они аутори који тврде да је поступак заштите у области јавних набавки двостепен, под тим подразумевају само ситуацију кад се Републичкој комисији изјављује жалба против решења наручиоца о одбацавању захтева за заштиту права (чл. 219 ЗЈН), док мериторно одлучивање о захтеву за заштиту права сматрају једностепеним, Владимир Козар, „Заштита права у поступку јавне набавке“, *Право и њивреда*, бр. 1–3/2014, 151.

31 Истиче се да на деволутивност жалбе не утичу овлашћења првостепеног органа у жалбеном поступку зато што он може само да усвоји, а не и да одбије жалбу. Драган Милков, *Управно њраво II – Ујравна делайносћ*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад, 2012, 226–227.

32 Зоран Томић, *Коменѡар Закона о ујравним сѡоровима са судском ѡраксом*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд, 2010, 542.

поступка и поступка по тужби пред Управним судом, добијамо три друга процесна степена – првостепени управни поступак, поступак по тужби пред Управним судом и поступак по захтеву за преиспитивање судске одлуке пред Врховним судом. Занемарујући наведену сврху захтева за преиспитивање судске одлуке, Уставни суд је омогућио вођење поступка јавне набавке у четири инстанце – поступак пред наручиоцем, поступак пред Републичком комисијом, поступак по тужби пред Управним судом и поступак по захтеву за преиспитивање судске одлуке пред Врховним судом. Сматрамо да то није била намера законодавца.

На основу свега претходног, држимо да је Уставни суд дошао до погрешног закључка о немогућности уподобљавања (непостојања аналогије) између жалбе у управном поступку и захтева за заштиту права у поступку јавних набавки због тога што је пошао од погрешних премиса – да одлука о додели уговора о јавној набавци није управни акт, да наручилац првостепено одлучује тек у поступку по захтеву за заштиту права, да се одлучивање Републичке комисије може сматрати првостепеним одлучивањем онда кад наручилац није донео решење о захтеву за заштиту права, да је „систем заштите“ у поступку по жалби двостепен и да најважнија карактеристика жалбе и захтева за заштиту права није њихова деволутивност, већ овлашћења првостепеног органа приликом поступања по ова два правна средства.

IV Закључак

Уставни суд је, у поступку по уставној жалби, подносиоцу уставне жалбе признао право на изјављивање ванредног правног средства у управном спору – захтева за преиспитивање судске одлуке (чл. 49 ЗУС) у поступку јавних набавки. Једна од ситуација у којима је допуштено изјављивање овог правног средства је у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба (чл. 49 ст. 2 тач. 3 ЗУС). Уставни суд је заузео став да захтев за заштиту права, који представља редовно правно средство у поступку јавних набавки, не може да се уподоби жалби у управном поступку, те да је изјављивање захтева за преиспитивање судске одлуке Врховном суду, против одлуке Управног суда, дозвољено у поступку јавних набавки.

Уставни суд је том, привидно појединачном одлуком успоставио ново правно правило. Донео је стваралачку интерпретативну одлуку, чији домашај се односи на неодређени број адресата и неограничени број будућих случајева. Тиме је изашао из улоге „негативног законодавца“ и извршио правно-политички избор уместо законодавца.

Сматрамо да је Уставни суд дошао до погрешног закључка о немогућности уподобљавања (непостојања аналогije) између жалбе у управном поступку и захтева за заштиту права у поступку јавних набавки због тога што је пошао од погрешних премиса – да одлука о додели уговора о јавној набавци није управни акт, да наручилац првостепено одлучује тек у поступку по захтеву за заштиту права, да се одлучивање Републичке комисије може сматрати првостепеним одлучивањем онда кад наручилац није донео решење о захтеву за заштиту права, да је „систем заштите“ у поступку по жалби двостепен и да најважнија карактеристика жалбе и захтева за заштиту права није њихова деволутивност, већ овлашћења првостепеног органа приликом поступања по ова два правна средства.

У коначници, погрешне премисе довеле су до погрешног становишта да је захтев за заштиту права готово увек могуће изјавити у поступку јавних набавки, чиме је дати поступак учињен четворостепеним, јер се одвија прво пред наручиоцем, затим пред Републичком комисијом, након чега следи поступак по тужби пред Управним судом и, на крају, пред Врховним судом у поступку по захтеву за преиспитивање судске одлуке. Сматрамо да то није била намера законодавца, јер је циљ омогућавања изјављивања захтева за преиспитивање судске одлуке у случају кад у датој врсти правне ствари у управном поступку била искључена жалба било надомешћивање изосталог процесног степена, а не додавање још једне, четврте процесне инстанце.

Коришћена литература

- Bercholz Jorge, „Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad – Su utilización por el Tribunal Constitucional de España“, *Revista de Informação Legislativa*, Vol. 54, Nr. 214/2017, 31–48.
- Vigano Francesco, „Constitutional Courts as Negative Legislators? Some Thoughts on the Italian Experience from a Criminal Law Scholar’s Perspective“, Conference of the European Constitutional Courts, Prague, May 2018, доступно на адреси: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1013_G/relazione_praga_20200302152256.pdf, 1. 10. 2023.
- Козар Владимир, „Заштита права у поступку јавне набавке“, *Право и привреда*, бр. 1–3/2014. (Kozar, Vladimir, „Zaštita prava u postupku javne nabavke“, *Pravo i privreda*, br. 1–3/2014).
- Milovanović Dobrosav, Davinić Marko, Cucić Vuk, „Efficiency of Administrative Appeal (The Case of Serbia)“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, Nr. 37/2012.

- Милков Драган, *Управно право II – Управна делатност*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Нови Сад, 2012. (Milkov Dragan, *Upravno pravo II – Upravna delatnost*, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Novi Sad, 2012).
- Миловановић Добросав, „Разматрање институционалног оквира заштите права у поступцима јавних набавки“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019. (Milovanović Dobrosav, „Razmatranje institucionalnog okvira zaštite prava u postupcima javnih nabavki“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2019).
- Томић Зоран, *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд, 2010. (Tomić Zoran, *Komentar Zakona o upravnim sporovima sa sudskom praksom*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Službeni glasnik, Beograd, 2010).
- Томић Зоран, Миловановић Добросав, Цуцић Вук, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд, 2017. (Tomić Zoran, Milovanović, Dobrosav, Cucić Vuk, *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Ministarstvo državne uprave i lokalne samouprave, Beograd, 2017).
- Томић, Зоран, *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018. (Tomić Zoran, *Opšte upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018).
- Суцић Вук, „Administrative Appeal in Serbian Law“, *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, Nr. 32/2011.
- Цуцић Вук, „Неуставност Закона о општем управном поступку – Уставни суд као ‘позитивни законодавац’“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 98/2023. (Cucić Vuk, „Neustavnost Zakona o opštem upravnom postupku – Ustavni sud kao ‘pozitivni zakonodavac’“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 98/2023).
- Цуцић Вук, *Спровођење и контрола поступка јавних набавки*, Службени гласник, Београд, 2020. (Cucić Vuk, *Sprovođenje i kontrola postupka javnih nabavki*, Službeni glasnik, Beograd, 2020).

Vuk CUCIĆ, PhD

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

PRETEND SINGLE TIER FORMAT OF THE PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE – THE CONSTITUTIONAL COURT AGAIN IN THE ROLE OF A ‘POSITIVE LEGISLATOR’

Summary

The Constitutional Court recognized the constitutional appeal applicant’s right to submit an extraordinary legal remedy in the administrative dispute (judicial review procedure) – a request for reassessment of a court decision (legal remedy submitted to the Supreme Court against the decision of the Administrative Court) in the field of public procurement. One situation in which submission of this legal remedy is permitted is in matters where an administrative appeal was excluded. The Constitutional Court took the position that a request for the protection of rights, which is a regular legal remedy in the public procurement procedure, cannot be compared to the appeal in the administrative proceedings, and that, hence, filing request for reassessment of a court decision is permitted in the public procurement procedure. The Constitutional Court thus made a creative interpretative decision, which created a new legal rule. The paper examines the effects and correctness of the aforementioned decision of the Constitutional Court.

Key words: *Request for Reassessment of a Court Decision. – Request for the Protection of Rights in the Public Procurement Procedure. – Public Procurement. – Administrative Dispute. – Constitutional Appeal.*

Датум пријема рада: 5. 10. 2023.

Датум прихватања рада: 20. 11. 2023.

UDC: 3.077.3(497.4))

CERIF: S 144

ТИП РАДА: SCIENTIFIC REVIEW PAPER

DOI: 10.55836/PiP_23404A

Katja ŠTEMBERGER BRIZANI, PhD*

Teaching Assistant at the University of Ljubljana Faculty of Law, Slovenia

SETTLEMENT AS A FORM OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN ADMINISTRATIVE MATTERS: THE CASE OF SLOVENIA

Summary

This article discusses settlement as an alternative method of resolving administrative matters in Slovenian law. Its main objective is to identify problems caused by the current regime and to propose some solutions. To achieve this aim, it relies in particular on the comparative and dogmatic research method. The author notes that – in contrast to many comparative law regimes – Slovenian law generally does not allow for settlement between an administrative authority deciding on an administrative matter and a party to an administrative procedure, but only for settlement between parties with opposing interests. Most administrative cases are thus still settled by an administrative decision. The author considers that a settlement between the administrative authority and a party to an administrative procedure should also be introduced into Slovenian law, but it should be limited only to certain administrative matters or only with respect to (part of) the content of the (later issued) administrative decision.

* E-mail: katja.stembergerbrizani@pf.uni-lj.si.

Key words: *Settlement. – Administrative Procedure. – Administrative Dispute. – Alternative Dispute Resolution. – Administrative Contracts.*

I Introduction

The mechanisms for alternative resolution of administrative matters have gained more importance in Slovenian law only in the last years. However, in terms of their development and use, Slovenia still remains significantly behind other European countries. This also applies to settlement, which is the most widespread mechanism for resolving administrative matters in comparative law,¹ but its use in Slovenian law is rather limited. Most administrative matters are thus (still) settled by a decision of an administrative authority or administrative court, although the advantages of alternative solutions to administrative cases are undeniable.²

The article focuses on settlement as governed by the General Administrative Procedure Act³ and the Administrative Dispute Act,⁴ with a passing reference to certain sectoral laws. It discusses legal nature of settlement in administrative matters, conditions for its conclusion and the reasons for its reserved use in practice. Based on a selection of comparative law solutions and while considering all the specific features of administrative decision-making procedure, the article also provides some *de lege ferenda* proposals.

The article seeks to confirm or disprove the following hypothesis: The characteristics of administrative decision-making completely exclude the possibility of a settlement between an administrative authority and a party to an administrative procedure.

II Methodology

The first and third part of the article analyses the current legal regulation of settlement from the point of view of Slovenian law, using

1 Polonca Kovač, "Izzivi alternativnega reševanja sporov v upravnih razmerjih v sloveniji in širše", *Zbornik znanstvenih razprav*, Vol. 76, Nr. 1/2016, 70.

2 Bruna Žuber, Jonika Marflak-Trontelj, "Alternativno reševanje upravnih sporov: ali lahko redko uporabljena metoda danes postane rešitev za jutri?", *Pravna praksa*, Vol. 40, Nr. 46/2021, 9.

3 General Administrative Procedure Act (*Zakon o splošnem upravnem postopku – GAPA*, *Official Gazette RS*, Nr. 24/06 as amended).

4 Administrative Dispute Act (*Zakon o upravnem sporu – ADA-1*, *Official Gazette RS*, Nr. 105/06 as amended).

dogmatic and axiological methods. The axiological method was particularly useful in exploring and identifying the legal problems of the current regime and in formulating possible solutions or proposals for the future, while also taking into account selected comparative law solutions. The second part of the article focuses mainly on the comparative method, both in terms of legal regulation and legal literature. The research is closely linked to the question of the effectiveness of the current legal order, and the sociological method was therefore also used, as it is the basis for distinguishing between norms and their implementation in (judicial) practice. The synthesis of the arguments allowed to formulate the conclusions, confirm, or disprove the hypothesis, and possibly offer improvements for *de lege ferenda* regulation.

III Research and Discussion

1. Settlement in Administrative Procedure

a) Settlement Between Parties with Opposing Interests

Settlement in administrative procedure is generally regulated by the GAPA, which dedicates a single article to the settlement – article 137.⁵ The article provides that an administrative procedure may also be ended, in whole or in part, by a settlement between two or more parties. A settlement may thus be achieved if at least two parties with opposing interests participate in the administrative procedure (a so-called contradictory administrative matter).⁶ This means, on the other hand, that a settlement between the administrative authority deciding on an administrative matter and a party to the administrative procedure is not admissible under the GAPA. This is justified by the characteristics of administrative decision-making, where the administrative authority must first and foremost protect the public interest and generally has no right to dispose of the subject-matter of the administrative matter, as it is strictly bound by the law (principle of legality, GAPA, art. 6).⁷ In addition, it is also bound by the principle of substantive

5 Settlement between parties with opposing interests is also regulated in certain sectoral laws. See art. 283 of the Electronic Communications Act (*Zakon o elektronskih komunikacijah*, Official Gazette RS, Nr. 130/22 as amended), art. 63 of the Postal Services Act (*Zakon o poštnih storitvah*, Official Gazette RS, Nr. 51/09 as amended) and art. 69 of the Denationalization Act (*Zakon o denacionalizaciji*, Official Gazette RS, Nr. 27/91-I as amended).

6 Erik Kerševan, Vilko Androjna, *Upravno procesno pravo: upravni postopek in upravni spor*, GV Založba, Ljubljana, 2017, 239.

7 Polonca Kovač, "Mediation and Settlement in Administrative Matters in Slovenia, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, Vol. 10, Nr. 3, 2010, 758.

truth (GAPA, art. 8) and the free assessment of evidence (GAPA, art. 10). Therefore, it does not have the same freedom as a private individual in the disposal of rights and obligations.⁸

The Article 137 refers to opposing “interests” and not to opposing “claims”, meaning that a settlement is also possible between a party and an accessory participant who, without having its own claim, intervenes in the procedure to protect its legal position (a party in the broad sense).⁹ Notwithstanding the fact that parties with opposing interests usually protect their (own) private interests,¹⁰ it cannot be excluded that one of these parties protects public interests, for example an expropriated beneficiary who concludes an expropriation contract with the expropriator (which replaces the expropriation decision, i.e. the administrative act). Expropriation that is not in the public interest is not permissible, and the same applies to an expropriation contract.¹¹

A settlement may be achieved in respect of matters which the administrative authority may decide in an administrative procedure and may not be contrary to the public interest, public morals, or the legal interests of others, otherwise the authority conducting the procedure shall not agree to achieving it.¹² The GAPA does not provide for a settlement hearing, so the settlement will normally be achieved at an oral hearing, which is mandatory if two or more parties with opposing interests are involved.¹³ However, there is no obstacle to achieve it outside the hearing. In both cases it is achieved when the parties read the record on the settlement and sign it. The administrative authority shall, to the extent that the dispute has been settled by the settlement, stay the administrative procedure by a procedural decision.¹⁴ As the settlement ends the procedure in the settled part, it is not entirely clear why the administrative authority still has to stay the procedure.¹⁵

In addition, the law does not specify by when a settlement can be achieved. The theory has taken the view that it can be achieved up to the

8 Alexander Balthasar, “Alternative Dispute Resolution in Administrative Law: A Major Step Forward to Enhance Citizens’ Satisfaction or Rather a Trojan Horse for the Rule of Law?”, *Elte Law Journal*, Nr. 1, 2018, 14.

9 Judgement of the Supreme Court of RS, Nr. III Ips 33/2004 of 6 April 2004.

10 Nika Hudej, “Komentar k 137. členu ZUP”, *Komentar Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP), 2. knjiga* (eds. Erik Kerševan, Polonca Kovač), Uradni list RS – Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2020, 66.

11 Spatial Management Act (*Zakon o urejanju prostora*, *Official Gazette RS*, Nr. 199/21 as amended), art. 207.

12 GAPA, art. 137 para. 2.

13 GAPA, art. 154 para. 1.

14 GAPA, art. 137 para. 5.

15 N. Hudej, 69.

moment of the first instance decision,¹⁶ but there is no compelling reason why it should not be possible after the first instance procedure has been concluded, as it is a form of disposition of claims which the parties may dispose during the first instance procedure until the decision is served, during the appeal period and during the second instance procedure until the decision is served.¹⁷

Settlement, achieved in accordance with GAPA, has the force of an enforceable decision issued in an administrative procedure.¹⁸ It thus replaces (in whole or in part) an administrative decision. It is accepted in theory that a settlement is not a concrete administrative act by which an authority decides on a disputed legal relationship, but rather a private law contract concluded between the parties and cannot therefore be equated with a decision issued in an administrative procedure concerning the rights and obligations of the parties.¹⁹ However, if a settlement is achieved between a public-law body (other than the administrative authority deciding the case) pursuing public interests and the other party (on a matter that would otherwise be decided by an administrative act), such a settlement has all the characteristics of an administrative contract (e.g., an expropriation contract replacing an expropriation decision²⁰). Slovenian law does not regulate administrative contracts as a special nominative contract, but they are accepted in theory and case law. These are contracts where at least one of the contracting parties is (as a rule) a public law body and are concluded in the public interest which prevails over other contractual interests, or (alternatively) contain provisions which constitute a supremacy of the public law person, and which would not normally be accepted by the other contracting party in a private law contract.²¹ Because they are not specifically regulated (apart in certain sectoral laws), they are subject to the general rules of the law of obligations “insofar as its public law elements do not exclude it”,²² meaning that these rules apply *mutatis mutandis*. However, these rules are not adapted to the specific nature of administrative contracts, as they regulate relations among equal parties, whereas administrative contracts are characterized by the stronger position of the public law entity.

16 *Ibid.*; GAPA, art. 134 para. 1.

17 Cf. Dario Đerđa, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010, 154.

18 GAPA, art. 137 para. 4.

19 E. Kerševan, V. Androjna, 241.

20 Katja Štemberger, “Pogodba kot alternativa upravnemu aktu v slovenskem in primerjalnem pravu”, *Javna uprava*, Vol. 56, Nr. 1–2/2020, 23–28.

21 Judgements of the Supreme Court of RS, Nr. III Ips 37/2020–3 of 19 January 2021 and Nr. III Ips 80/2018 of 12 February 2019.

22 Judgement of the Supreme Court of RS, Nr. III Ips 37/2020–3 of 19 January 2021.

One of the major flaws of the current regime is that GAPA does not provide for any independent (ordinary or extraordinary) remedies against the settlement. This raises the question of which (if any) remedy may be invoked against a settlement achieved in administrative procedure. Since the settlement is not a unilateral administrative act but a bilateral contractual relationship, it cannot be challenged by the legal remedies provided for against an administrative decision, nor can it be challenged in an administrative dispute. On the other hand, a settlement in an administrative procedure is not a typical contract that can be annulled by the parties but has the effect of a final administrative decision, and the settlement record is an enforceable title for administrative enforcement,²³ and thus cannot be challenged in an action before an ordinary court.²⁴ Nor can the provisions on an action for the annulment of a court settlement under the Civil Procedure Act,²⁵ be applied *mutatis mutandis*, since the purpose of such an action is to challenge a settlement achieved before a court and not before an administrative authority.²⁶

b) Settlement Between the Administrative Authority and a Party to an Administrative Procedure

Although a settlement between an administrative authority and a party to an administrative procedure is not generally accepted in Slovenian law, the elements of such settlement can be identified in the Prevention of Restriction of Competition Act.²⁷ This Act regulates, *inter alia*, commitments by undertakings subject to restrictive practices procedures and corrective measures in merger procedures.

An undertaking subject to restrictive practices procedure may propose commitments to the Competition Protection Agency (hereinafter: CPA) to remedy the situation giving rise to the likelihood of a breach of the prohibition of restrictive practices. The CPA may accept those commitments by a decision finding that there are no longer grounds for further action and may also limit the commitments in terms of time. Commitments proposed and accepted by the CPA are binding on the undertakings.²⁸

23 Cf. N. Hudej, 71.

24 Cf. E. Kerševan, V. Androjna, 241; Janez Breznik, "Komentar k 137. členu ZUP", *Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP): s komentarjem* (ed. Janez Breznik), GV Založba, Ljubljana, 2008, 399.

25 Civil Procedure Act (*Zakon o pravnem postopku – CPA, Official Gazette RS, Nr. 73/07 as amended*).

26 N. Hudej, 71.

27 Prevention of Restriction of Competition Act (*Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence – PRCA-2, Official Gazette RS, Nr. 130/22*).

28 PRCA-2, art. 63 para. 3.

The corrective measures in merger procedures aims to achieve a similar objective. The notifying party may propose to the CPA corrective measures to remove serious doubts as to the merger's compliance with the competition rules.²⁹ If the CPA accepts the corrective measures, it decides by decision not to oppose the concentration and declares that it is compatible with the competition rules, and in the operative part of the decision it also defines the corrective measures, the obligations to ensure their compliance and control and the time limit for their compliance.³⁰

Decisions issued by the CPA in the case of commitments or corrective measures – regardless of whether they are referred to as a “decision” – correspond to a settlement between the administrative authority and a party to the administrative procedure. A decision to accept commitments or corrective measures is issued to resolve factual or legal ambiguities in the case by way of mutual indulgence between the authority and the party, if the CPA decides, in its discretion, that accepting commitments or corrective measures is the appropriate way to resolve those ambiguities.³¹ It therefore replaces the issuance of a (unilateral) decision by which the CPA finds an infringement, orders appropriate measures, and imposes an administrative sanction (under the conditions laid down by law).³²

However, such a decision cannot be challenged in an administrative dispute, which is otherwise provided for against CPA decisions,³³ as it is not (in substance) an “administrative act” within the meaning of art. 2 of the ADA-1, which can be challenged in an administrative dispute. Namely, the criteria of “unilateralism” and “authoritativeness” are not met.

c) Comparative Law Review

Almost identical rules on settlement in administrative procedure as in the GAPA, can be found in the Serbian and Croatian General Administrative Procedure Acts.³⁴ Both acts provide that a settlement may be concluded between parties with opposing interests, thereby excluding a settlement between an administrative authority and a party to an administrative

29 PRCA-2, art. 75 para. 1.

30 PRCA-2, art. 75 para. 3 in conjunction with PRCA-2, art. 70 para. 3.

31 Cf. Špela Lovšin, “Možnost poravnave med organom in stranko po ZUP in ZPOMK-2”, *Podjetje in delo*, Nr. 1/2023, 70.

32 Cf. PRCA-2, art. 61.

33 *Ibid.*

34 General Administrative Procedure Act (*Zakon o općem upravnom postupku* – Croatian GAPA, *Official Gazette RC*, Nr. 47/09 as amended); and General Administrative Procedure Law (*Zakon o opštem upravnom postupku* – Serbian GAPA, *Official Gazette RS*, Nr. 18/2016 as amended).

procedure.³⁵ However, a settlement between an authority and a party to a procedure is possible under Croatian law in tax matters. The General Tax Act³⁶ provides that a tax authority and a taxpayer may conclude a tax settlement on newly established obligations in a tax control procedure. The tax settlement is concluded by signature of both parties and has the force of an enforceable administrative decision.³⁷

On the other hand, a settlement between an administrative authority and a party to an administrative procedure is accepted in German law.³⁸ A settlement is a form of (subordinate) administrative contract (“public-law contract”), which is defined as “a contract establishing, modifying or terminating a legal relationship in the field of public law”. The law provides that, instead of issuing an administrative act, an authority may conclude an administrative contract with a person who would otherwise be subject to an administrative act.³⁹ The administrative procedure may therefore be concluded either by issuing an administrative act or by concluding a contract.⁴⁰ In the absence of any contrary legal provision, the administrative authority decides whether to resolve the administrative matter by an administrative act or by concluding a contract (discretionary decision-making). A settlement shall be concluded to remove the factual or legal uncertainties in the case by mutual indulgences of the parties, if the administrative authority, in the exercise of its discretion, decides that the conclusion of a settlement is the appropriate way to remove those uncertainties.⁴¹ Such a contract may also constitute a settlement of only part of the administrative matter, the remainder being decided by administrative act.⁴²

In Czech law,⁴³ subordinate contracts shall be concluded upon specific power in a sectoral regulation⁴⁴ and shall not be left to the discretion of the

35 Serbian GAPA, art. 99; Croatian GAPA, art. 57.

36 General Tax Act (*Opći porezni zakon – GTA, Official Gazette RC, Nr. 115/16 as amended*).

37 GTA, art. 104 *et seq.* More on this: Tereza Rogić Lugarić, Nevja Čičin-Šain, “Alternativno rješavanje sporova u poreznom pravu: utopija ili rješenje?”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 64, Nr. 3/2014, 371.

38 Part IV of the German Administrative Procedure Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) of 25 May 1978, in the version published on 23 January 2003 (BGBl. I, p. 102), as last amended by art. 24, para. 3 of the Law of 25 June 2021 (BGBl. I, p. 2154).

39 VwVfG, § 54.

40 Natasa Athanasidou, *Der Verwaltungsvertrag im EU-Recht, Beiträge zum Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, 98.

41 VwVfG, § 55.

42 Heiko Faber, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, 271–272.

43 Art. 161 of the 500/2004 Coll. ACT of 24 June 2004 Code of Administrative Procedure as amended (*Zákon správní řád – Czech GAPA*).

44 Czech GAPA, art. 161 para. 1.

administrative authority. An administrative contract may also be concluded after an administrative procedure has already been initiated; in such a case, the administrative authority shall, by decision, stay the administrative procedure.⁴⁵ An initiative to conclude a contract may be proposed by any of the potential contracting parties and may be withdrawn until or at the same time as it is received by a party.⁴⁶ In Estonian law,⁴⁷ on the other hand, a proposal for concluding a contract may be made by a party when the procedure for deciding on an administrative matter is conducted at the request of a party, and by the administrative authority, when it is conducted *ex officio*.⁴⁸ A contract may not be concluded if a regulation provides that the legal relationship may be governed only by administrative acts.⁴⁹ Since a contract fully replaces an administrative act, its legality is examined in accordance with the rules applicable to administrative acts.⁵⁰

Art. 22 of the Serbian GAPA defines administrative contracts similarly to the VwVfG. It provides that an administrative contract is “a bilaterally binding written act concluded, where provided for by a specific law, by an authority and a party, which creates, modifies or terminates a legal relationship in an administrative matter.” However, the Serbian GAPA does not specifically mention the possibility of regulating an administrative relationship by an administrative contract instead of an administrative act, which leads to the conclusion that the legislator did not adopt subordinate administrative contracts but only coordinate administrative contracts.⁵¹

2. Settlement in Administrative Dispute

The administrative authority (as the defendant’s representative) and the person who was a party or an accessory participant in the procedure for issuing the administrative act (the claimant) may achieve a court settlement at any time until the administrative court’s decision is issued. The court settlement replaces (in part or in full) the contested administrative act⁵²

45 Czech GAPA, art. 161 para. 2.

46 Czech GAPA, art. 163.

47 RT I 2001, 58, 354 of 6 June 2001 as amended (*Haldusmenetluse seadus* – Estonian GAPA).

48 Estonian GAPA, art. 11.

49 Estonian GAPA, art. 98.

50 Estonian GAPA, art. 100.

51 Dragan Milkov, “Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku, Upravno postupanje”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Nr. 3/2016, 74; Dražen S. Miljić, “Upravni ugovori prema Zakonu o opštem upravnom postupku”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Nr. 2/2017, 521.

52 ADA-1, art. 57 para. 3.

and not the judgment of the administrative court since the court does not generally have the power to decide on the administrative matter itself,⁵³ but to annul the unlawful decision of the administrative authority and refer it back to it for (re)decision. It is therefore an alternative to the administrative authority's decision-making in the administrative procedure,⁵⁴ although it is (in terms of its procedural effects) equivalent to a judgment by which a court modifies an administrative act, i.e., it has the effect of an enforceable court decision.⁵⁵ In this respect, a settlement in an administrative dispute is fundamentally different from a court settlement before the civil courts.

Even though the parties to an administrative dispute are in a position of procedural equality, the administrative authority is still acting as an authority when concluding a court settlement, as it must ensure that it is in accordance with the public interest. In addition, it must also consider the costs and the duration of the procedure if no settlement is achieved.⁵⁶ It can therefore negotiate only within the limits of the law, meaning that it cannot reach a settlement with a content that could not have determined in the operative part of a lawful administrative act.⁵⁷ However, the administrative authority is not bound by the contested administrative act. The protection of the public interest is therefore still the responsibility of the administrative authority, not the courts (principle of separation of powers).⁵⁸ This means, on the other hand, that the administrative court does not have the power to assess whether a proposed settlement is in accordance with the public interest, but only whether it is in accordance with the law.⁵⁹ However, this article must be interpreted more broadly, meaning that an administrative court may not authorize a settlement that would be contrary to "mandatory rules". Since the administrative authority is also bound by the implementing regulations when deciding in administrative procedures, the court settlement must therefore also comply with them.

A court settlement concluded between an administrative authority and a party to an administrative procedure corresponds to the characteristics of a subordinate administrative contract since the administrative authority is still acting as a public authority when achieving it (despite the contractual

53 The administrative court can decide in disputes of full jurisdiction only in cases provided for by law (GAPA, art. 65).

54 E. Kerševan, V. Androjna, 585.

55 Nataša Smrekar, "Komentar k 57. členu ZUS-1", *Zakon o upravnem sporu: s komentarjem* (ed. Erik Kerševan), GV Založba, Ljubljana, 2019, 326.

56 ADA-1, art. 57 para. 3.

57 E. Kerševan, V. Androjna, 585.

58 *Ibid.*

59 ADA-1, art. 57 para. 2.

form). It is therefore substantially similar to a settlement reached in an administrative procedure between the administrative authority deciding on an administrative matter and a party to the administrative procedure, although it is formally concluded before a judge.

IV Results

Given all the deficiencies of the current regime and the fact that the current legislation already recognizes the possibility of settlement between public and private interests (in certain sectoral laws and in the administrative dispute procedure), the settlement between an administrative authority deciding on an administrative matter and a party to an administrative procedure should be adopted at a general level – in the GAPA, while the specifics should be regulated in sectoral laws. However, it should be limited to those areas of administrative functioning where the administration has a certain margin of discretion in determining the content of the decision on the administrative matter.⁶⁰ This means, on the other hand, that the possibility of a settlement is usually excluded in the case of a legally binding decision-making, since the content of such a decision is predetermined and the administrative authority is bound by it (principle of legality). Settlement between an administrative authority and a party to an administrative procedure would thus be possible especially in areas where cooperation is to the benefit of both, such as concessions, spatial planning, taxation, inspection matters,⁶¹ obtaining public funds, and would lead to a more substantively correct and better accepted solution to a specific administrative matter, as the party had the opportunity to participate in its formulation.

In addition to a settlement replacing the issuance of an administrative act (subordinate administrative contract), the possibility of introducing a compromise administrative contract should also be considered. A compromise administrative contract would allow the administrative authority and the party to resolve (factual⁶² or legal) uncertainties in the case before the administrative act is issued. After the conclusion of the contract, the administrative authority would then issue the administrative act referring to the compromise administrative contract. Such contract would therefore not replace the issuance of an administrative act but would only partially

60 Cf. E. Kerševan, V. Androjna, 585 and decision of the Higher Court of Ljubljana I Cpg 51/2018 of 7 May 2018.

61 Javna uprava 2020: Strategija razvoja javne uprave 2015–2020, available at: <https://www.gov.si/assets/ministrstva/MJU/Kakovost-in-inovativnost-v-javni-upravi/Strategija/Strategija-razvoja-javne-uprave-2015-2020.pdf>, 18. 8. 2023, 123.

62 Cf. B. Žuber, J. Marflak-Trontelj, 9.

determine its content, resulting in less legal remedies and administrative disputes against such a decision (due to mistakes in determining the factual situation or incorrect application of substantive law).

However, the administrative authority would still be bound by the fundamental principles of administrative procedure and would be obliged to reject the settlement if it found that it was not in accordance with law or public interest, or that it sought to distort the material truth. The position of the administrative authority would therefore be the same as in a (typical) administrative procedure, as it would be obliged to protect both private and public interests.⁶³

Due to the public law nature of the settlement, certain substantive issues should also be addressed. In comparative law, this includes the consequences of errors in achieving the settlement, the impact of changed circumstances or changed public interest on the settlement and the consequences of its breach.⁶⁴ Moreover, supervision over the legality of a settlement should be ensured in a special procedure before the administrative court, which usually has jurisdiction over administrative contracts in comparative law.⁶⁵

The initial hypothesis must therefore be rejected, since the characteristics of administrative decision-making do not preclude the possibility of a settlement between an administrative authority and a party to an administrative procedure, but merely limit it to certain administrative matters.

V Conclusions

With the modernization of public administration, the functioning of administration is increasingly shifting towards the consensual regulation of administrative matters, which were traditionally regulated by authoritative acts. One of the mechanisms of the alternative dispute resolution is settlement, which can be concluded from a comparative law perspective between an authority deciding on an administrative matter and a party of an administrative procedure (as a form of administrative contract) and is an effective way of resolving administrative matters. In Slovenian law, however, a settlement can generally only be achieved between parties with opposing interests and is therefore rarely used in practice, as disputes between parties with opposing interests are normally not decided by administrative authorities in administrative procedures, but by courts of general jurisdiction. Given all

63 GAPA, art. 7.

64 Cf. VwVfG, § 59–60.

65 Paul Hüther, Johannes Blänsdorf, André Lepej, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54ff. VwVfG – Teil 2”, *Juristische Ausbildung*, Nr. 5/2022, 564.

the advantages of alternative dispute resolution, Slovenian law should also – while respecting all the specific features of administrative decision-making – adopt settlement between an administrative authority and a party to an administrative procedure as a special form of administrative contract (which is already a generally accepted legal institution in Slovenian law), at least for certain administrative matters.

References

- Balthasar Alexander, “Alternative Dispute Resolution in Administrative Law: A Major Step Forward to Enhance Citizens’ Satisfaction or Rather a Trojan Horse for the Rule of Law?”, *Elte Law Journal*, Nr. 1, 2018.
- Breznik Janez, “Komentar k 137. členu ZUP”, *Zakon o splošnem upravnem postopku (ZUP): s komentarjem* (ed. Janez Breznik), GV Založba, Ljubljana, 2008.
- Đerđa Dario, *Opći upravni postupak u Republici Hrvatskoj*, Inženjerski biro, Zagreb, 2010.
- Faber Heiko, *Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989.
- Hudej Nika, “Komentar k 137. členu ZUP”, *Komentar Zakona o splošnem upravnem postopku (ZUP)*, 2. knjiga (eds. Erik Kerševan, Polonca Kovač), Uradni list RS – Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana, 2020.
- Hüther Paul, Blänsdorf Johannes, Lepej André, “Der öffentlich-rechtliche Vertrag gem. §§ 54ff. VwVfG – Teil 2”, *Juristische Ausbildung*, Nr. 5/2022.
- Kerševan Erik, Androjna Vilko, *Upravno procesno pravo: upravni postopek in upravni spor*, GV Založba, Ljubljana, 2017.
- Kovač Polonca, “Izzivi alternativnega reševanja sporov v upravnih razmerjih v sloveniji in širše”, *Zbornik znanstvenih razprav*, Vol. 76, Nr. 1/2016.
- Kovač Polonca, “Mediation and Settlement in Administrative Matters in Slovenia”, *Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave*, Vol. 10, Nr. 3, 2010.
- Lovšin Špela, “Možnost poravnave med organom in stranko po ZUP in ZPOMK-2”, *Podjetje in delo*, Nr. 1/2023.
- Milkov Dragan, “Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku, Upravno postupanje”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Nr. 3/2016, 74; Dražen S. Miljić, “Upravni ugovori prema Zakonu o opštem upravnom postupku”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Nr. 2/2017.

Rogić Lugarić Tereza, Čičin-Šain Nevia, “Alternativno rješavanje sporova u poreznom pravu: utopija ili rješenje?”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 64, Nr. 3/2014.

Smrekar Nataša, “Komentar k 57. členu ZUS-1”, *Zakon o upravnom sporu: s komentarjem* (ed. Erik Kerševan), GV Založba, Ljubljana, 2019.

Štemberger Katja, “Pogodba kot alternativa upravnemu aktu v slovenskem in primerjalnem pravu”, *Javna uprava*, Vol. 56, Nr. 1–2/2020.

Žuber Bruna, Marflak-Trontelj Jonika, “Alternativno reševanje upravnih sporov: ali lahko redko uporabljena metoda danes postane rešitev za jutri?”, *Pravna praksa*, Vol. 40, Nr. 46/2021.

Date Received: 21. 8. 2023.

Date Accepted: 15. 10. 2023.

УДК: 342.728:347.72(497.11)

CERIF: S 144, S 148

ТИП РАДА: ИЗВОРНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23405A

др *Саво* МАНОЈЛОВИЋ*

научни сарадник Института за упоредно право, Србија

(НЕ)УСТАВНОСТ ОБАВЕЗНОГ ЧЛАНСТВА У ПРИВРЕДНОЈ КОМОРИ**

Сажетак

У раду се анализира уставности обавезног чланства у Привредној комори уведена важећим законским пројектом од 2015. године кроз анализу ставова који су изношени у предлогу за оцену уставности који је поднело 47 чланова парламента, одлуке Уставног суда о овом питању и пракси Европског суда за људска права везано за слободу удруживања.

Посебно су истакнути и обрађена три уставноправна питања која се намећу у наведеном случају. Прво је различито дефинисана слобода удруживања у Уставу Републике Србије и ЕКЉП. Устав Републике Србије гарантује право да се остане ван сваког облика удруживања за разлику од Конвенције која не гарантује ово право експлицитно и директно. Тиме се намеће питање да ли је тиме Уставом Републике Србије гарантован

* Електронска адреса аутора: savomanojlovic1986@gmail.com.

** Рад је настао као резултат научноистраживачког рада Института за упоредно право који финансира Министарство науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023. години (евиденциони број: 451-03-47/2023-01/200049 од 3. 2. 2023) и излаган је као реферат на XXXI сусрету правника у привреди Србије од 28. до 31. маја 2023. године у Врњачкој Бањи.

виши степен права на неограничену слободу удруживања од онеј гарантоване Конвенцијом? Друго, да ли привредна комора испуњава одређене јавноправне критеријуме и какве су последице директној законској навођења да Комора ширити приватне интересе својих чланова, уместо јавноравној интереса? Треће, да ли се у конкретном случају стандарди одлука ЕСЉП *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда и *Chassagnou* против Француске могу применити на слично јавно правно питање?

Кључне речи: Слобода удруживања. – Слобода предузетништва. – Привредна комора. – Европски суд за људска права. – Уставни суд.

I Уводна разматрања

Обавезно чланство у Привредној комори било је обавезно до 2013. године, када је тадашњим законским изменама укинута и остављено на слободан избор привредницима. Међутим, новим законским прописом две године касније, обавезно чланство је поново уведено.¹ У широј јавности је ово питање изазвало отпор и незадовољство привредника и привредних удружења, док је Удружење за заштиту уставности и законитости поднело иницијативу Уставном суду за оцену уставности наведене одредбе. Након тога и 47 народних посланика поднело је предлог за покретање поступка оцене уставности.

Основни циљ овог рада је испитивање тезе о несагласности обавезног чланства у Привредној комори са слободом удруживања и слободом предузетништва. Наведене слободе зајемчене су Уставом Републике Србије (даље: РС), а право на слободу удруживања гарантовано је и Европском конвенцијом за заштиту људских права и слобода² и

1 Закон о привредним коморама – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015.

2 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода – Конвенција или ЕКЉП, ратификована је Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у Конвенцију и први протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, *Службени лист СЦГ* – Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 и *Службени гласник РС* – Међународни уговори, бр. 12/2010 и 10/2015.

било је предмет више значајних одлука Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП или суд у Стразбуру).

У самом раду је извршена анализа о различитом начину дефинисања слободе удруживања у Уставу Републике Србије³ и Конвенцији, коришћена је пракса Суда у Стразбуру и анализирана је одлука Уставног суда РС о овом правном питању.

Није спорно да обавезно чланство постоји у упоредним законодавствима, нарочито на правном поднебљу Европе и то у најужорнијим правним системима (Немачка, Аустрија и Француска), као и да је ЕСЉП у неким својим одлукама управо чланство у привредним коморама изузео изван „негативне слободе удруживања“. Међутим, уколико се мало дубље зађе у наведену материју, ако се узму специфичности правног система Републике Србије, овлашћења којима располаже Привредна комора, као и суштина слободе да се остане изван сваког удруживања умесно је поставити питање уставности овог решења.

П Слобода удруживања

1. Слобода удруживања према Уставу РС и ЕКЉП

Уставом РС и Конвенцијом на различити начин је дефинисана слобода удруживања. Уставом се експлицитно гарантује и право да се остане изван удруживања,⁴ док Конвенција наведено право директно не спомиње.⁵ Наведено право на негативну слободу удруживања, дакле да се не буде члан неког удружења, суд у Стразбуру тумачењем извлачи из Конвенције. У својим одлукама ово право, односно слободу не примењује на правне ентитете које имају јавноправни карактер о чему ће бити више речи у наредном одељку.

Уставном дефиницијом је експлицитно, као део корпуса слободе удруживања, зајемчено и тзв. негативно право слободе удруживања које подразумева право да се остане ван одређеног удружења. Уставописац

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

4 Чл. 55 ст. 1 Устава: „Јемчи се слобода политичког, синдикалног и сваког другог удруживања и право да се остане изван удружења.“

5 Чл. 11 Конвенције са друге стране уопште не спомиње и право да се остане изван сваког облика удруживања: „Свако има право на слободу мирној окупирања и слободу удруживања с другима, укључујући право да оснива синдикат и учлањује се у њега ради заштите својих интереса (ст. 1). За вршење ових права неће се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Овим се чланом не спречава законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе. (ст. 2).“

је јасно прецизирао да ова слобода подразумева и право да се остане ван – наглашавамо – *свакој* облика удруживања. Иначе код нас се често права зајемчена Уставом и гарантована Конвенцијом изједначавају и поред тога што су различито формулисана.⁶

Поставља се отуда потреба да се испита теза да ли можемо правити разлику између слободе удруживања у Уставу Србије и Конвенцији. Наиме, уколико је уставотворац желео да наведеној слободи да исти смисао који има и Конвенцијом, онда би *in text* идентично формулисао наведену слободу и у уставним нормама. Тачно је да, с друге стране, можемо рећи да је уствотворац, заправо желео (субјективно тумачење права)⁷ да у наведеном уставном тексту установи актуелну праксу ЕСЉП, имајући у виду да је Конвенција „жив инструмент“ који је Суд у Стразбуру својом праксом развијао. И заиста, увођење негативне слободе удруживања неспорно јесте настало под утицајем праксе ЕСЉП. Међутим, уколико бисмо прихватили такво оправдање, онда бисмо морали закључити да српски правотворитељ, у овом конкретном случају уставописац, мора то начело доследно применити. Стога, као што је у наведеној одредби Устава инкорпорирана пракса ЕСЉП везана за негативну слободу удруживања, тако је могла бити инкорпорирана и пракса везана за изузетке од овог правила у случају јавноправних удруживања, коју ћемо образложити мало касније, па би се могло дефинисати *example*, па чак и *numerus clausus* побројати која би то удруживања имала јавноправни карактер и представљала изузетке на које се не примењује право на негативну слободу удруживања. Уместо свега тога, уставописац је јасно прецизирао да слобода удруживања подразумева право да се остане ван – наглашавамо – *свакој* облика удруживања. Тешко је самим тим покушавати да се овако експлицитној одредби нађе изузетак. Простим језичким тумачењем, тешко је „побећи“ од објективног тумачење наведене норме.⁸

6 Тако смо у ранијим радовима указивали на заштиту права на имовину према Конвенцији и Уставу РС. Конвенцијом се као критеријуми за одузимање имовине наводе јавни интерес и правни основ (утврђеност законом), док се у Уставу РС наводи и трећи (кумулативни услов) – тржишна накнада. Вид. Саво Манојловић, „Повреда уставног права на имовину приликом одузимања имовине проистекле из криминалних активности“, *Сузбијање организованој криминала као прегуслов владавине љава* (ур. Јован Ђирић), Институт за упоредно право – Фондација Ханс Зајдел, Београд, 2016, 317–333; Саво Манојловић, „Људска права у правном поретку Републике Србије – између уставних и међународних гаранција“, *Национално и међународно љава – актуелна љавања и љава* (ур. Олга Јовић-Праиновић), том 2, Косовска Митровица, 2017, 284–291.

7 О тумачењу правних норми вид. Радомир Лукић, *Теорија државе и љава (II Теорија љава)*, Београд, 1995, 222–268.

8 *Ibid.*

Логично питање које се намеће јесте да ли је чињеница да је наведено право различито дефинисано, можемо тумачити да је степен гаранција права на негативно удруживање самим тим већи од оног гарантованог Конвенцијом.

У вези наведеног становишта принципи уставног права иду у прилог наведеној тези. Наиме Устав и јесте пре свега акт гаранције индивидуалних права и слобода, односно како конституционалисти то воле барокно да кажу *Magna carta libertatum*, позивајући се на Велику повељу слободе из 1215. године, која се наводи као први писани устав.⁹ Самим тим, нема ништа природније да се уставним текстом установљавају права и слободе у сваком државном поретку, а не да она буду прости „плагирати“ минималних међународних гаранција. На крају крајева, најбитнија права и слободе међународно и упоредно правно призната и јесу настала унутар националних система. Зрелост и величина одређеног националног правног поретка и огледа се у томе да ли аутохтоно може да препозна потребу за рађањем и развојем правних институција или минималистички преписује и рестриктивно тумачи гаранције из међународних система.

У вези наведеног, свакако је битно истаћи да се Устав у хијерархији правних аката налази на врху, те је изнад међународних уговора,¹⁰ којима припада и ЕКЉП. Чак и да је обрнута ситуација, ценила би се правно већа гаранција, јер како је то одређено начелом непосредне примене зајемчених права (чл. 18 ст. 2 Устава) „одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“, а и једном достигнути ниво права се не може смањивати.¹¹

2. Право на негативну слободу удруживања према ЕКЉП и пракси Суда у Стразбуру

Слобода удруживања гарантована Конвенцијом, као што смо већ истакли, не спомиње експлицитно право на негативну слободу удруживања које заправо представља право да се не буде члан одређеног друштва, већ је ово право тумачењем Конвенције ЕСЉП извукао из слободе удруживања. У својим ранијим одлукама није долазило до

9 Сима Аврамовић, *Ојшџа љравна истџорџа*, НОМОС, Београд, 2004, 221.

10 О односу међународних уговора и Устава вид. Владимир Ђурић, *Ушџав и међународни уџовори*, Београд, 2007.

11 Вид. С. Манојловић (2017), 282–283.

експлицитног заузимања става да ли чл. 11 Конвенције гарантује право на негативну слободу удруживања. Тако и у случајевима у којима би ЕСЉП утврдио повреду Конвенције због приморавања на удруживање, ограђивао се не заузимајући начелан став, већ је стајао на становишту да у сваком конкретном случају треба утврдити да ли је дошло до повреде слободе удруживања. У каснијим одлукама (*Sigurdur A. Sigurjonsson* против Исланда),¹² ЕСЉП је стао на становиште, имајући у виду да је Конвенција „живи инструмент“, да чл. 11 Конвенције треба тумачити на начин који подразумева и заштиту негативне слободе удруживања. ЕСЉП праксом је Конвенцију развијао својим одлукама кроз еволутивно тумачење.¹³ Садржински истоветно становиште ЕСЉП заузео је приликом одлучивања у предметима *Gustafsson* против Шведске,¹⁴ *Chasagnou* и остали против Француске,¹⁵ *Sorensen* и *Rasmussen* против Данске.¹⁶

С друге стране, Суд је заузео становиште да се корпус слобода из чл. 11 Конвенције не односи на јавноправна удружења попут лекарске (*Le Compte, Van Leuven* и *De Meyere* против Белгије),¹⁷ адвокатске (*М.А.* против Шпаније),¹⁸ ветеринарске (*Barthold* против Немачке)¹⁹ и нотарске коморе (*O.V.R.* против Русије),²⁰ па самим тим у принципу није заштићено право на негативну слободу удруживања, односно право да се не буде члан ових јавноправних удружења. Оно што свакако треба истаћи је да се овај критеријум односио и на Привредну комору Аустрије (*Weiss* против Аустрије).²¹ У конкретним случајевима се гаранције на негативну слободу удруживања која се извлачи из чл. 11 Конвенције не односе, јер је реч о јавноправним, а не приватноправним удружењима.

Њихова јавноправност се огледа у кумулативном испуњењу три услова, те је потребно да наведено удружење: (1) буде основано јавноправним актом; (2) има јавна овлашћења; (3) нема за основни циљ промовисање приватног интереса својих чланова, већ заштиту јавног

12 Пресуда ЕСЉП *Sigurdur A. Sigurjonsson* против Исланда од 30. јуна 1993. године.

13 Драгољуб Поповић, *Евројско људско људских љуба*, Београд, 2012, 87–88.

14 Пресуда ЕСЉП *Gustafsson* против Шведске од 25. априла 1996. године.

15 (Велико веће) *Chasagnou* и остали против Француске од 29. априла 1999. године.

16 (Велико веће) *Sorensen* и *Rasmussen* против Данске од 11. јануара 2006. године.

17 Пресуда ЕСЉП *Le Compte, Van Leuven* и *De Meyere* против Белгије од 23. јуна 1981. године.

18 Одлука Комисије *М.А.* против Шпаније од 2. јула 1990. године.

19 Одлука Комисије *Barthold* против Немачке од 12. марта 1991. године.

20 Одлука *O.V.R.* против Русије од децембра 2001. године.

21 Одлука Комисије *Weiss* против Аустрије од 10. јула 1991. године.

интереса. Наведене критеријуме истиче и правни саветник ЕСЉП Звонимир Матага у својој студији о слободи удруживања према ЕКЉП.²²

Први услов је више формални и заправо се њим задовољава начело легалитета у правном поретку. Јавна овлашћења се свакако законом могу доделити одређеном субјекту, али би и овде правно релевантно било наведено питање разрадити да ли су наведена овлашћења иманентна одређеном субјекту или му се додељују, поверавају. Посебно је битан трећи услов који уводи *ratio*, смисао наведеног ограничења, а који се огледа у заштити јавног интереса. Управо зато се одређено удружење, самим тим што се назива комора, не може искључити из опсега заштите слободе удруживања, већ је у сваком конкретном случају потребно поставити питање да ли се ради о јавноправном удружењу кроз призму три наведена критеријума.

Чињеница да је одређено удружење основано законом није довољно да то удружење аутоматски има јавноправни статус у смислу да се на обавезу учлањивања не односи право на негативну слободу удруживања. Тако је у случају *Chassagnou* против Француске ЕСЉП стао на становиште да у наведеном случају преовлађују елементи приватноправног, а не јавноправног удружења, јер се оно бави претежно заштитом приватних интереса својих чланова, а не јавним интересом. Чак и чињеница да је удружење имало одређена надзорна овлашћења није била довољна да се посматра као јавноправно удружење. Још релевантнији је правни случај у предмету *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда, где је такси удружење и поред тога што је имало одређена јавна овлашћења, оцењено као преовлађујуће приватноправно, јер се бавило заштитом интереса својих чланова. Сама чињеница да држава на одређено удружење преноси јавно овлашћење, не значи, дакле, да то удружење аутоматски постаје јавноправно.

III Да ли Привредна комора има јавноправни карактер?

Имајући у виду претходно наведену праксу ЕСЉП, можемо рећи да је конкретно уставноправно релевантно питање које се намеће приликом уставности питања обавезне чланарине и које би требало да разреши Уставни суд: *да ли је Привредна комора на начин дефинисан Законом о привредним коморама јавноправно удружење које би искључило право њених чланова на негативну слободу удруживања?*

Одредбом чл. 2 Закона је јасно одређено да су привредне коморе интересне, пословно-стручне организације које повезује заједнички

22 Звонимир Матага, *Право на слободу удруживања (према Европској конвенцији за заштити људских права и основних слобода)*, Стразбур, 2006, 14–15.

пословни интерес, у циљу усклађивања и заступања интереса чланова и подстицања привредних активности. Самим тим, према слову закона, неспорно је да су коморе установљене за заступање приватних интереса њених чланова, а не јавног интереса, те оне самим тим нису јавноправне организације.

Такође основни послови који су набројани у чл. 12 Закона се морају посматрати у контексту чл. 2 Закона који јасно установљава сврху привредне коморе. Део наведеним чланом одређених послова такође се директно односи на заступање, формулисање, заштиту и представљање интереса својих чланова. С друге стране, међутим, одредбом чл. 12 ст. 2 Закона о привредним коморама прописано је да у вршењу јавних овлашћења исправе привредних комора имају статус јавних исправа. Није спорно да Привредна комора има одређена јавноправна овлашћења, али она и даље не оправдавају суспензију права на слободу удруживања.

Чињеница да Привредна комора издаје јавноправне исправе чини Привредну комору јавноправним удружењем, али не у смислу да се тиме може ограничити право на негативну слободу удруживања. Приликом сваког ограничавања одређеног права неспорно се мора поћи од одређеног стандарда који ЕСЉП назива тестом пропорционалности, а заправо је заснован на логичком принципу да код сукоба два правна интереса имамо оно које је претежније. Критеријуми ограничавања се своде на кумулативно испуњавање три услова. Ограничавање мора бити прописано законом, имати легитиман циљ и бити нужно у демократском поретку.²³ Самим тим, одређено право се ограничава, како би се задовољило одређено веће и битније право, односно правни интерес. Најсликовитије је да се однос та два права прикаже као нешто слично „крајњој нужди“ у кривичном праву.²⁴ Но, то се може чинити само у мери у којој је то неопходно и нужно да би се одређени правни интерес задовољио. И према Уставу РС (чл. 20) одређено људско право је могуће ограничити *само ако наведено ограничење доушља Устав, у сврхе ради којих их Устав доушља, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи и без задирања у суштинину јаранђованог љрава.*

Како бисмо са апстрактног конкретизовали ствари, можемо навести неколико примера у којима је обавезност чланства у одређеним

23 Карен Рид, *Евројска конвенција о људским љравима (водич за љракћичаре)*, књига 1, Београд, 2007, 55–56; 3. Матага, 25–26.

24 Крајња нужда постоји када је дело учињено ради тога да учинилац отклони од свог добра или добра другог истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при том учињено зло није веће од зла које је претило. Зоран Стојановић, *Кривично љраво (ојшћи гео)*, Београд, 2005, 147.

правним ентитетима логично и оправдано, која су карактеристична за упоредне системе, али и за право Републике Србије. Такав случај јесте управо са постојањем одређених комора, попут адвокатске, лекарске, јавнобележничке (нотарске)... Чланство у наведеним коморама јесте једноставно услов да би њихови чланови уопште обављали сопствену функцију. Отуда, чланство у овим ентитетима (коморама) има конститутивни карактер. Уписом у ове коморе се постаје адвокат, лекар, односно јавни бележник (нотар). У свим наведеним случајевима коморе имају (иницијално) конститутивна, али и (након уписа) контролна овлашћења која су оправдана пре свега јавним интересом. Ова овлашћења су јавноправна, зато што комора наступа са позиција јачих и ексклузивних правних овлашћења. У свим наведеним случајевима се са позиција наведених функција добија овлашћење да се задире и брине о виталним интересима, правима и слободама грађана. Лекар је неко ко се стара о животу и здрављу грађана, деловање адвоката од утицаја је на нечију слободу, имовинска права, док акти нотари имају реперкусије на, пре свега, имовинска, али и друга витална права. У једном ширем интересу, пре свега свих грађана, али и друштва је да ове функције обављају стручна и савесна лица, па самим тим њихов упис прате, поред основних квалификација (завршен факултет), и провера стручног знања путем испита, али и достојности и савесности.

Није спорно да ове коморе неспорно штите и одређене приватне интересе својих чланова (адвоката, нотара, лекара). Приватни интерес није нужно супротстављен јавном,²⁵ али му мора бити подређен и стављен у његову функцију. Приватни интерес чланова ових комора неспорно мора бити задовољен и заштићен, али је функција задовољавања ових приватних интереса, задовољавање јавног интереса – добар здравствени систем, односно функционалан, ефикасан и праведан правни систем.

Управо зато наведене коморе током протека времена проверавају, односно мотре да ли су њени чланови и даље достојни и способни да обављају одређену улогу, па у одређеном правном поступку могу изгубити статус губљењем чланства. Дакле, можемо приметити да самим тим чланство у наведеним удружењима јесте неопходност задовољења јавног интереса.

Дијаметрално супротно у односу на наведене примере, Привредна комора нема никаквих контролних овлашћења приликом уписа, нити уосталом било какав формалан упис постоји, нити је чланство у

25 Саво Манојловић, *Појединачни политички акти (разграничење од ујравних акција)*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 13.

Комори потребно да би се добио статус привредног субјекта. Управо супротно, самим статусом привредног субјекта на силу се постаје члан привредне коморе. Статус предузетништва је препуштен слободној „руци тржишта“.

Управо зато увођење било какве конститутивности приликом стицања статуса привредног субјекта било би супротно Уставу и ограничавало би Уставом гарантовану слободу предузетништва. Ограничења слободе предузетништва су могућа само, како је то одређено чл. 83 став 2 Устава ради заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава и ради безбедности Републике Србије, а ништа од наведеног не постоји приликом прописаног обавезног чланства у Привредној комори. Закон, с друге стране, аутоматски за стицање статуса привредног субјекта, везује чланство у привредној комори, што би се, такође, могло посматрати као један вид ограничења Уставом зајемчене слободе.

У вези са издавањем јавних исправа, као јавноправних овлашћења Привредне коморе, би се могло правдати обавезно чланство у случају да је издавање одређених јавних исправа могуће остварити само уколико истовремено они којима се те јавне исправе издају морају бити чланови Привредне коморе и, циници би рекли, плаћају чланарину. Исправно је овде поставити питање да ли код одређених јавних овлашћења можемо говорити о постојању иманентних овлашћења, односно овлашћења која само наведени ентитет може вршити уз обавезно чланство, као што је случај код лекарске, адвокатске и јавнобележничке коморе, или је реч о просто повереном овлашћењу које би могао вршити било који правни ентитет (јавни или приватни) без нужног, обавезног чланства.

Prima facie, Привредна комора, може, могла је и издавала је јавна документа и исправе, и без обавезе да привредни субјекти којима су та документа потребна, а камоли сви привредни субјекти, дакле и они којима одређене јавне исправе нису потребне, морају постати и њени чланови.

За потпуно разумевање овог питања посебно је битна одредба садржана у чл. 12 ст. 3 Закона којим је прописано да *Привредна комора Србије организује вршење јавних овлашћења из става 1 и 2 овог члана, на начин који је у најбољем интересу њених чланова*. У вези са испитивањем правне природе Коморе у контексту уставноправно релевантног питања које смо поставили, наведеном законском одредбом се још експлицитније употпуњава теза о томе да код Привредне коморе РС претежу приватноправни елементи. Уколико бисмо се држали слова закона и применили критеријуме из случаја *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда и *Chassagnou* против Француске неспорно могли бисмо доћи до закључка да чињеница да држава одређена јавноправна овлашћења

поверава одређеном удружењу, не чини то удружење јавноправним, а посебно не можемо говорити о јавноправном карактеру удружења, уколико су јавноправна овлашћења установљена не зарад заштите јавног, него првенствено приватног интереса (*sic!*).

У конкретном случају би било логично закључити *да се обавезним чланством не штићу јавни интерес, већ како је то законом експлицитно изражено у самом Закону – приватни интерес предузетника*. Логика правног становишта ЕСЉП изражена у предмету *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда је исправна. Зашто би неко био обавезан да буде члан удружења које штити његове приватне интересе? На сваком је да сам процени на који ће начин његови приватни интереси бити остварени.

Могло би се истаћи да управо, као и у случају *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда, поверавање одређених јавноправних овлашћења не чини одређени субјект јавноправним у смислу права на негативну слободу удруживања, а нарочито јер су у овом случају и та јавноправна овлашћења установљена не зарад заштите јавног, него првенствено приватног интереса (*sic!*).

Такође, посебно би образложење ЕСЉП у случају *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда *требало* посматрати у контексту одредбе чл. 18 ст. 3 Устава, којим је установљено да се људска права и слободe тумаче према пракси међународних институција надлежних да надзиру њихово спровођење. Становиште ЕСЉП, који неспорно спада у најеминентније међународне институције, чији би значај свакако требало посматрати и у контексту одредбе чл. 1 Устава којом се изражава припадност Републике Србије европским принципима и вредностима, самим тим би требало посматрати као уставну вредност. Уставни суд би, отуда, становиште ЕСЉП, на чију се праксу иначе и сам позива, како у предметима по уставној жалби,²⁶ тако и у предметима нормативне контроле (оцене уставности и законитости општих аката), морао узети у обзир и у овом случају.

IV Одлука Уставног суда о обавезном чланству у Привредној комори

О наведеном случају уставности обавезног чланства у Привредној комори, одлучивао је и Уставни суд Републике Србије у предмету *IУз 249/2016*.²⁷ Питања која смо у претходном делу истакли као проблема-

26 О институту уставне жалбе вид. више: Владимир Ђурић, *Уставна жалба*, Београд, 2000.

27 Наведени предмет оформљен је поводом више иницијатива за оцену уставности, али и покренутом предлогом за оцену уставности који је поднело 47 народних

тична, била су наведена у, прво, иницијативи за оцену уставности, а затим и у садржински идентичном предлогу за оцену уставности.²⁸

Устави суд је требало да испита три уставноправна питања која смо у претходном делу обрадили. Прво, које су правне последице различитог формулисања права на удруживање у Уставу Републике Србије и ЕКЉП? Односно, да ли је тиме Уставом Републике Србије гарантован виши степен права на негативну слободу удруживања од оног гарантованог Конвенцијом? Друго, да ли привредна комора испуњава одређене јавноправне критеријуме и какве су последице директног законског навођења да Комора штити приватне интересе својих чланова, уместо јавноправног интереса. Треће, да ли се у конкретном случају стандарди одлуке *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда и *Chassagnou* против Француске могу применити на спорно правно питање?

посланика, чиме је испуњен законски услов од минимум 25 посланика. Предлог за оцену уставности био је идентичан претходно поднетој иницијативи за оцену уставности Удружења за заштиту уставности и законитости, које је заправо и израдило текст, а затим и организовало потписивање предлога за оцену уставности од стране парламентарних заступника (Одлука Уставног суда РС IУз 249/2016 од 18. априла 2019. године). Наведени предлог је требало заправо да поред симболичног значаја, истовремено и „увуче“ комплетни судијски састав (15 судија) Уставног суда у одлучивање, како се не би искористила могућност, која је иначе и постала уставносудски манир да једно од малих већа састављено од троје судија одбаци иницијативу са сумарним образложењем. Такође, постојала је логика да ће по природи ствари постојање предлога за оцену уставности довести до јавне расправе пред Уставним судом, па ће и одређена медијска пажња натерати Уставни суд на брижљивије промишљање.

- 28 Такође је од Уставног суда тражено да пре коначног одлучивања изрекне меру обуставе извршења појединачног акта и радњи које би се предузеле на основу чл. 10 ст. 1 у вези са чл. 33 Закона о привредним коморама, а које се односе на наплату чланарине. Наведена одредба Закона о привредним коморама почињала је да се примењује од 1. јануара 2017, а иницијатива за оцену уставности је поднета у октобру 2016. године, а предлог 47 народних посланика за оцену уставности у новембру 2016. године, па је било очигледно да Суд неће бити у прилици да одлучи о наведеном спорном питању пре почетка примене спорне законске одредбе. Такође је у наведеном предлогу за оцену уставности наведено: „Наиме имајући у виду кратак рок пре почетка примене оспорених одредби, као и опасност да крајем године истиче мандат одређеном броју судија Уставног суда, а да још увек нису предложени кандидати за судије Уставног суда, те да о наведеном предлогу Уставни суд неће моћи да одлучује неко време, тражена заштитна мера би била најцелисходније решење. Такође, у виду треба имати и огроман број привредних субјеката на које се оспорена одредба односи. Затим, Привредна комора је најавила да ће чланарине за привредне субјекте са високим приходима износити и до 2,2 милиона динара годишње. Реч је о суми која може тотално деформисати исплативост пословања одређених привредних субјеката, довести до затварања или отпуштања како би се смањили трошкови, а све су то несагледиво штетне последице.“

Уставни суд је у образложењу своје одлуке интерпретирао наведено на спорна питања, а у одређеним случајевима их и дословно цитирао.²⁹ У вези са спорним питањем које се тиче критеријума јавноправности, Уставни суд је навео да заправо неспорно постоји јавни интерес за обавезним чланством.

Битно је истаћи да је Уставни суд прихватио логику изложу у наводима везану за критеријум јавноправности, па је како истиче у образложењу „Уставни суд анализирао одредбе Закона и са становишта овог навода“, па је у образложењу даље истакао да је неспорно да су „чланом 2 Закона привредне коморе дефинисане као интересне, пословно-стручне и непрофитне организације привредних субјеката које повезује заједнички пословни интерес, али циљ тог повезивања, како је изричито предвиђено, није само усклађивање и заступање привредне коморе, већ и подстицање привредних активности.“ У даљем образложењу, Суд је излистао листу прокламованих циљева Привредне Коморе³⁰ и буквално прогласио да је прокламацијом само од себе испуњен услов јавноправног карактера. Такође, истиче и арбитражну надлежност суда која се оснива пред Привредном комором (чл. 31 Закона).

Уставни суд у цитираном образложењу, у суштини се позива на критеријум јавноправности, али га непотпуно наводи и не улази у срж проблема. Ако излистамо улогу Привредне коморе видећемо њен декларативни карактер, који по правилу представља списак лепих жеља. Тако се истиче „значај за привреду“, „економска сарадња са иностранством“, „приступање Европској унији“, „хармонизовање домаћег законодавства са прописима Европске Уније“, „подстицање истраживања“, „иновација“,

29 Упоредити Одлуку Уставног суда РС УЗ 249/2016 од 18. априла 2019. године са предлогом за оцену уставности 47 народних посланика и иницијативом за оцену уставности Удружења за заштиту уставности у списима предмета УЗ 249/2016.

30 У образложењу Уставног суда РС УЗ 249/2016 од 18. априла 2019. године се тако наводи да су у питању „основни послови Привредне коморе Србије и покретање иницијатива за доношење закона и других прописа од значаја за привреду, покретање иницијатива за доношење мера економске политике, формулисање и образлагање ставова привреде на нацрте закона и других прописа од значаја за привреду, пружање подршке у испуњавању обавеза које произлазе из процеса приступања Европској Унији и хармонизовања домаћег законодавства са прописима Европске Уније, успостављање и унапређивање економске сарадње привреде са иностранством, промоција привредних потенцијала, привлачење страних инвестиција, сировођење активности на унапређењу конкурентности привреде у целини, подстицање истраживања, иновација и развоја економије базиране на знању, иновативности и савременим научно-технолошким достигнућима, подршка развоју технолошке инфраструктуре привреде, подршка развоју информационог друштва, подршка развоју еколошке свести у привреди и усаглашавању привредних и друштвених интереса у области екологије, као и унапређење развоја предузетништва.“

„развој инфраструктуре“, „развој информационог друштва“, „развој предузетништва“, итд. Међутим за спровођење ових циљева не спомињу се никаква јавна овлашћења или формална укључивања представника Привредне коморе у процес доношења одлука, већ се користе неформални, „меки“ облици деловања попут „покретања иницијатива“, „активности“ и „пружања подршке“, што су све карактеристике аката доступних приватним (физичким и правним) лицима, без директног постојања овлашћења које има јавноправни карактер. Једини изузетак који наводи Уставни суд јесте арбитражна делатност која има јавноправни карактер, али ни оно није такво да подразумева, оправдава, а камоли указује на неопходност обавезног чланства.

У суштини, листа начелних циљева које наводи Уставни суд неспорно се често налази у начелним одредбама закона, међутим она се често пресликава и у статуте или оснивачке акте других (приватних) удружења, примера ради тзв. невладиних организација. Будући да је реч о ширим, декларативним циљевима, које не подразумевају, нити установљавају јавноправна овлашћења, потпуно је нелогично на основу тих циљева проглашавати јавноправни карактер. Не можете рећи јавноправни карактер постоји, јер је прокламовано да се нешто ради у јавном интересу. И на крају, Уставни суд није одговорио на кључни аргумент изложен у предлогу за оцену уставности и једној од иницијатива, а то је који је то разлог који показује да Привредна комора не може да обавља све ове функције осим уколико се не уведе обавезно чланство. Чак и уколико би се утврдило јавноправно овлашћење, потребно је да оно буде легитимисано јавноправним интересом, а на крају само прописивање обавезног чланства мора бити нужно и неопходно да би се одређени јавни интерес остварио.

Поред наведеног, Уставни суд је у потпуности избегао да се изјасни о проблематичним одредбама Закона о привредним коморама у коме се истиче да је улога Коморе заступање интереса њених чланова, дакле приватни интерес, што је био критеријум утврђен у Пресуди ЕСЉП у предмету *Sigurðir A. Sigurjónsson* против Исланда.

Још је контроверзније образложење Уставног суда у вези са наводом да је Уставом Републике Србије различито дефинисана слобода удруживања у односу на дефиницију из Конвенције. Наиме, Уставни суд прескаче приговор о језички неспорно различитој дефиницији, не обазире се на њега, а онда „правним велеслаломом“ истиче да уколико би се применило језичко тумачење да се не може бити члан сваког удружења, онда би се то морало применити и на обавезно чланство у адвокатској,

ветеринарској, лекарској комори, чија је оправданост истакнута у предлогу за оцену уставности.³¹

Овде заиста Уставни суд исправно логички уочава да је немогуће применити оба критеријума која ми истичемо као проблемска. Немогуће је, наиме, гарантовати апсолутну негативну слободу удруживања, а онда указивати на постојање јавног интереса који оправдава и легитимизује постојање обавезног чланства у одређеним случајевима (лекарска, адвокатска, нотарска комора). Међутим, приликом оспоравања одређене законске одредбе или било ког правног акта, страна која истиче аргументе противправности, може то чинити, фигуративно речено, „пуцајући из свих логичних оружја“. У сваком случају, довољно је да се утврди само постојање једног валидног разлога који обара уставност одређеног закона, па се тај закон сматра неуставним и мора укинути. Неспорно, уколико Суд прихвати навод о апсолутном постојању негативне слободе удруживања, он не мора улазити у даљу аргументацију неуставности. С друге стране, уколико Суд не прихвати првонаведену аргументацију, што неспорно мора образложити, он ће утврђивати даље наведене разлоге. Уставни суд, међутим, прибегава једном правном велеслалому којим се заобилазе проблематичне тачке.

Уколико постоји контрадикторност у прописима, улога Уставног суда је да њу отклони, а не да практично истакне да уколико бисмо тумачили прописе језички, дошли бисмо до закључка да постоје контрадикторности унутар самог правног поретка, па је онда малтене боље не отварати спорна питања (*sic!*).

Такође је прилично танко образложење Уставног суда које се тиче навођења праксе ЕСЉП и одлуке Уставног суда Немачке. У образложењу

31 У образложењу Одлуке се истиче: „Суд је имао у виду и навод из предлога/иницијативе да Устав јемчи (...) и право да се остане изван сваког удружења, што, по мишљењу предлагача, значи да је Уставом утврђен већи степен гаранција права на негативно удруживање од оног који је гарантован Европском конвенцијом, јер је Устав јасно прецизирао право да се остане ван сваког облика удруживања.“ Међутим, „Уставни суд истиче да је изнети навод контрадикторан осталим наводима предлагача, односно иницијатора. Ово из разлога што се одредбе Устава морају једнако односити или не односити на сва удружења која имају исту правну природу. Како ни за предлагаче и иницијатора није спорно да удружења (коморе) адвоката, лекара или јавних бележника (нотара) имају јавноправну природу, те да се законом прописано обавезно чланство у овим удружењима не може сматрати кршењем уставног права да се остане изван сваког удружења, онда се, сагласно одредби члана 21 став 1 Устава, обавезно чланство и у другим удружењима јавноправног карактера не може сматрати повредом члана 55 став 1 Устава. У супротном, уколико би право да се остане изван удружења било тумачено као право да се остане изван било ког (сваког) удружења, како то тврде предлагач и иницијатор, то би морало да значи да се доводи у питање и постојање уставног основа за прописивање обавезног чланства у другим удружењима јавноправне природе.“

се тако исцрпно наводи листа одлука на коју се поред осталог позивају подносиоци предлога за оцену уставности и иницијативе за оцену уставности, али се онда сумарно у неколико реченица одлука препричава, без улажења у суштину проблемског питања.

Најпроблематичније је рецимо поступање Уставног суда приликом анализе и оцене наведене Пресуде ЕСЉП у предмету *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда, која се у предлогу (иницијативи) истиче као кључни аргумент како се критеријуми јавноправности не могу применити на обавезно чланство у привредној комори. Уставни суд тачно наводи чињенице у образложењу да је реч о предмету „који се односио на обавезу возача таксија, прописану законом, да буде члан посебне организације такси возача (*Frami*)“. Европски суд за људска права је утврдио да је у питању приватноправна организација која се сматра удружењем у смислу чл. 11 Европске конвенције, те да законско прописивање обавезног чланства у овој организацији јесте служило легитимном циљу, али да конкретно мешање у слободу удруживања није било неопходно у демократском друштву и да, посебно, мере које су биле прописане у случају кршења обавезе чланства одузимање дозволе возачу таксија, нису биле сразмерне легитимном циљу, због чега је последично повређен чл. 11 Европске конвенције.³²

Из наведеног чињеничног описа је неспорно јасно да само законско прописивање обавезног чланства није довољно да се да јавноправни карактер одређеном удружењу, чак и ако постоји одређени „легитиман циљ“, али да такво мешање није сразмерно легитимном циљу, чиме се повређује право на слободу удруживања. И у предлогу (иницијативи) за оцену уставности, али и из саме описане Одлуке је неспорно јасно да је Уставни суд требало да утврди да ли је обавезно чланство неопходно како би се испунио одређени легитимни циљ. Међутим, ни у претходно образложеном делу које смо наводили, нити у овом делу, Уставни суд уопште не испитује сразмерност ограничавања наведеног права. Суд, уз спомињање осталих пресуда наводи да „из наведеног следи да се ниједна пресуда, односно одлука на коју се указује у предлогу/иницијативи не односи на правну природу привредне коморе као облика удруживања, те се означена пракса Европског суда за људска права и раније постојеће Европске комисије за људска права не може сматрати аргументом за тврдњу да је оспорена одредба Закона несагласна са чланом 11 Европске конвенције, као ни са начелом непосредне примене зајемчених права из члана 18 став 3 Устава.“

Уставни суд у потпуности занемарује да се наведеним пресудама истичу начела, и успостављају критеријуми који се морају односити

32 Одлука Уставног суда РС УЗ 249/2016 од 18. априла 2019. године.

на све облике удруживања. Суд злоупотребљавајући чињеницу да је у једном случају реч о такси удружењу, а у другом о привредној комори, одбија да уђе у меритум одлуке ЕСЉП.

Слично је и са одлуком Уставног суда Немачке на коју се, такође, позива у једној реченици која се доиста и тичала обавезног чланства у Привредној комори. Уставни суд међутим не улази у суштинске разлике и циљеве наведених привредних комора. У Немачкој, Привредна комора се наводи као место спајања привреде и радника, што у правном поретку Републике Србије представља Социјално Економски Савет у коме се сусрећу представници привредника, радника и државе.

V Закључна разматрања

Питање обавезног чланства у Привредној комори изазвало је велику пажњу јавности. У уставноправном смислу, покренуто је „најтеже правно оружје“ оличено у покретању поступка оцене уставности законских одредаба којима је уведено обавезно чланство. Била је то прилика да се одлуком, али и јавном расправом конституционално рашчлане појединачна, али и системска спорна правна питања. Но, Уставни суд је наставио, чак и у овом случају, правно непримерен пост у виду незаказивања јавних расправа, чак ни поводом компликованих правних питања. Реч је о посту од, колико је нама познато, минимум осам година, што је забрињавајуће стање.

У погледу обавезног чланства остала су отворена бројна питања на која, иако су била истакнута у предлогу, односно иницијативи за оцену уставности, Уставни суд није одговорио. Прво, избегнута је прилика да се изложи уставносудска интерпретација одредбе Устава којом се гарантује право да се остане „изван (подвлачимо) свакој удруживања“. Друго, у потпуности је занемарено системско тумачење критеријума јавноправности којим се оправдава, начелно гледано, јавноправни карактер одређеног правног ентитета у коме је чланство обавезно.

Овде свакако треба посебно истаћи да није спорно да јесте контрадикторно признати апсолутну слободу да се остане изван сваког облика удруживања и истовремено признавати легитимно оправдано право одређеним правним ентитетима (коморама), попут лекарској, јавно-бележничкој и адвокатској на обавезно чланство. Но, то је неслагласност коју је створио правотворац, а не онај који на то противречје указује. Како би се то духовито рекло: „Није огледало криво, ако је лице ружно.“ Уставни суд је морао ући у образложење ових навода, дати своју интерпретацију. Могоао је чак евентуално ући и у одређено „бласфемично“, *contra constitutionem* образложење где ће евентуално

указати да системским нормама и духу Устава даје предност у односу на једну експлицитну одредбу, што је раније умео чинити. Упоредно гледано, деловање уставног судства се налази на оси од једног приступа где малтене твори, дописује, па и мења уставе (уставносудски активизам) и једног конзервативног приступа, где се држи језичког тумачења постојећег Устава (уставносудска суздржаност), али свакако не може се у томе прелазити у раван једног „нојевског забијања главе у песак“.

Треће, Уставни суд је у потпуности избегао једну законску одредбу од значаја за тумачење наведеног права, прескочивши да системски тумачи законски пропис. Наиме, члан Закона којим се јасно прописује да је основна улога комора заступање интереса својих чланова, Уставни суд је избегао да директно коментарише, а затим је кренуо да интерпретира супротно становиште истичући како уместо приватних интереса, које Закон експлицитно (*sic!*) наводи, постоји заправо јавни интерес који Уставни суд индиректно тумачењем истиче.

Четврто, у потпуности је избегао да уђе у оцену зашто је неопходно обавезно чланство како би се остварио легитиман циљ његовог прописивања. Пето, чак је тај критеријум који се експлицитно наводи у образложењу пресуде *Sigurður A. Sigurjónsson* против Исланда у потпуности пренебегао да утврђује са немуштим образложењем да се у конкретном случају ради о такси удружењу, а не о привредној комори, иако се ради о сличном правном и чињеничном питању. Тиме је нарушено једно од темељних правних начела да се код прецедентних одлука не бавите формалном идентичношћу субјекта, него садржински идентичним правним и чињеничним питањем и статусом.

Сликовито речено, Уставни суд уместо најкомпликованије конституционалне „микрохирургије“ примењује уставну „естетску хирургију“, која уместо да отклања легислативне аномалије, заправо их невешто прикрива. Уместо да испитује аргументе и једне и друге стране, Уставни суд се свео на заступника обавезног чланства у своме образложењу. Кардинал Ришеље је изјавио: „Дајте ми једну реченицу било ког аутора и ја ћу наћи разлога да га пошаљем на вешала“. Делује да се Уставни суд руководио начелом: „Дајте ми било коју законску норму којем се ограничавају уставна права и слобода, а ми ћемо наћи начина да њихово ограничавање оправдамо постојањем јавног интереса.“

Коришћена литература

Аврамовић Сима, *Ойшша љравна истџорија*, НОМОС, Београд, 2004.
(Avramović Sima, *Opšta pravna istorija*, NOMOS, Beograd, 2004)

- Ђурић Владимир, *Устав и међународни уговори*, Београд, 2007. (Ђурић Vladimir, *Ustav i međunarodni ugovori*, Beograd, 2007)
- Ђурић Владимир, *Уставна жалба*, Београд, 2000. (Ђурић Vladimir, *Ustavna žalba*, Beograd, 2000)
- Лукић Радомир, *Теорија државе и права (II Теорија права)*, Београд, 1995. (Lukić Radomir, *Teorija države i prava (II Teorija prava)*, Beograd, 1995)
- Манојловић Саво, „Људска права у правном поретку Републике Србије – између уставних и међународних гаранција“, *Национално и међународно право – актуелна питања и теме* (ур. Олга Јовић-Прлаиновић), Косовска Митровица, 2017. (Manojlović Savo, „Ljudska prava u pravnom poretku Republike Srbije – između ustavnih i međunarodnih garancija“, *Nacionalno i međunarodno pravo – aktuelna pitanja i teme* (ur. Olga Jović-Prlainović), Kosovska Mitrovica, 2017)
- Манојловић Саво, „Повреда уставног права на имовину приликом одузимања имовине проистекле из криминалних активности“, *Сузбијање организованог криминала као предуслов владавине права* (ур. Јован Ћирић), Институт за упоредно право – Фондација Ханс Зајдел, Београд, 2016. (Manojlović Savo, „Povreda ustavnog prava na imovinu prilikom oduzimanja imovine proistekle iz kriminalnih aktivnosti“, *Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava* (ur. Jovan Ćirić), Institut za uporedno pravo – Fondacija Hans Zajdel, Beograd, 2016)
- Манојловић Саво, *Појединачни политички акти (разграничење од ујравних аката)*, мастер рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009. (Manojlović Savo, *Pojedinačni politički akti (razgraničenje od upravnih akata)*, master rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009)
- Матага Звонимир, *Право на слободу удруживања (према Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода)*, Стразбур, 2006. (Mataga Zvonimir, *Pravo na slobodu udruživanja (prema Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda)*, Strazbur, 2006)
- Поповић Драгољуб, *Европско право људских права*, Београд, 2012. (Popović Dragoljub, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd, 2012)
- Рид Карен, *Европска конвенција о људским правима (водич за практичаре)*, књига 1, Београд, 2007. (Rid Karen, *Evropska konvencija o ljudskim pravima (vodič za praktičare)*, knjiga 1, Beograd, 2007)
- Стојановић Зоран, *Кривично право (општи део)*, Београд, 2005. (Stojanović Zoran, *Krivično pravo (opšti deo)*, Beograd, 2005)

Savo MANOJLOVIĆ, PhD
Research Assistant at the Institute of Comparative Law in Belgrade,
Serbia

(UN)CONSTITUTIONALITY OF MANDATORY MEMBERSHIP IN THE CHAMBER OF COMMERCE

Summary

The paper analyses the constitutionality of mandatory membership in the Chamber of Commerce, introduced by the legislation in force in 2015, through the analysis of the positions expressed in the proposal for constitutionality assessment submitted by 47 members of parliament, the decision of the Constitutional Court on this issue and the practice of the European Court of Human Rights related to for freedom of association.

*In particular, three key constitutionally relevant issues that arise in relation to the constitutionality of mandatory membership fees in the Chamber of Commerce were highlighted and addressed. First, is the freedom of association defined differently in the Constitution of the Republic of Serbia and the ECHR? The Constitution of the Republic of Serbia guarantees the right to stay out of any form of association, unlike the Convention, which does not guarantee this right explicitly and directly. This raises the question of whether the Constitution of the Republic of Serbia guarantees a higher level of the right to negative freedom of association than that guaranteed by the Convention? Second, does the Chamber of Commerce meet certain public law criteria and what are the consequences of the direct legal statement that the Chamber protects the private interests of its members, instead of public law interest? Third, in the present case, can the standards of ECtHR decisions *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland* and *Chassagnou v. France* be applied to the disputed legal issue?*

Key words: *Freedom of Association. – Freedom of Entrepreneurship. – Chamber of Commerce. – European Court of Human Rights. – Constitutional Court.*

Датум пријема рада: 16. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 25. 9. 2023.

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

УДК: 347.283(497.11) ; 351.712.5(497.1)

CERIF: S 130

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23406A

Јелисавџа БОЉАНОВИЋ*

сарадник у настави Универзитета у Београду – Правног факултета,
Србија

ПРЕСТАНАК ХИПОТЕКЕ УСЛЕД ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ**

Сажетак

До престајанка хипотеке као врсте заложној права може доћи у две групе случајева. Прва група тиче се престајанка хипотеке услед престајанка обезбеђеној истраживања, док се друга група основа односи на ситуације када долази до престајанка хипотеке иако обезбеђено истраживање није престало. Један од јојединачних основа који припада другој поменутој групи представља престајанак хипотеке уколико дође до одузимања непокретности услед постојања оштећеног интереса. Закон о хипотеци изричито наводи експропријацију као такав оштећени интерес. Стога је престајанак хипотеке услед експропријације као оштећеног интереса тема рада. Поред Закона о хипотеци, у овом раду посматрамо и Закон о експропријацији и одредбе овог закона које регулишу ову материју. Циљ овог рада је анализирање начина на који ова два закона регулишу престајанак хипотеке услед експропријације, као и то да ли су законска решења

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

** Рад представља измењену и допуњену верзију приступног рада одбрањеног на Правном факултету Универзитета у Београду.

исповејна. Уколико различитости постоје, објаснићемо њихов значај и указати на идентифицијалне последице и алтернативна решења.

Кључне речи: *Хипотека. – Експропријација. – Престанак хипотеке услед експропријације непокретности.*

І Хипотека

Хипотека представља врсту заложног права, а с обзиром на то да се заложна права данас сматрају стварним правима,¹ и хипотеку можемо дефинисати као стварно право. Као стварно право, хипотека је недељива и снабдевена правом следовања које омогућава повериоцу да своје овлашћење за намирењем из вредности непокретности врши без обзира на то ко је власник и држалац непокретности.² Заложна права (као и хипотеку) дефинишемо као могућност и право повериоца да намири своје доспело потраживање, приоритетно, из предмета залог без обзира на то ко је власник тог предмета и код кога се он налази.³ Данас заложна права нису само једна од могућности и привилегија које дужник даје повериоцу, већ су постала у потпуности очекивана.⁴

Хипотека као заложно право, представља право заложног, односно хипотекарног повериоца да своје доспело потраживање намири приоритетно из вредности непокретности. У односу на друга заложна права која познаје и уређује наш правни систем, хипотека се, између осталог, разликује према свом предмету. Предмет хипотеке представља непокретност.⁵ Такође, овде је важно нагласити да се залог на бродовима

1 Несумњиво је да је преовлађујуће мишљење у грађанскоправној теорији данас да су заложна права врста стварних права, нарочито кад је реч о заложним правима на стварима. О супротним мишљењима и теоријским погледима на заложно право као облигацији, вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење истраживања*, Београд, 2015, 22–25.

2 Д. Хибер, М. Живковић, 225.

3 *Ibid.*, 21.

4 Ненад Тешић, „Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима (Република Србија)“, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу: Избор радова и анализа*, књига 2, Цавтат, 2010, 218.

5 Чл. 3 Закона о хипотеци дефинише предмет хипотеке и предвиђа да предмет може бити: 1) непокретна ствар; 2) део непокретне ствари, у складу са одлуком о деоби; 3) сусвојински удео на непокретној ствари; 4) посебан део зграде на коме постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања; 5) право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања, а нарочито право градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини; 6) објекат у изградњи, као и посебан део објекта у изградњи, без обзира на то да

и ваздухопловима не сматрају хипотеком, већ специфичном залогом, чак и кад се за њих предвиђа супсидијарна примена хипотекарног права.⁶

Уколико дужник не исплати своје потраживање по доспелости, активира се право на уновчење предмета залоге и приоритетно намирење из добијеног износа.⁷ Да би остварио своје право да добије вредност свог потраживања, и од дужника добио оно што му на основу обезбеђеног потраживања припада, омогућава му се да прода предмет хипотеке и та евентуална продаја предмета хипотеке је у функцији реализације обезбеђеног потраживања.⁸

Да би поверилац био у ситуацији да се приоритетно намири из вредности хипотековане непокретности, неопходно је да постоји његово доспело потраживање које дужник није исплатио у тренутку доспелости. Привилегија приоритетног намирења из вредности непокретности представља практичну примену једног од основних начела заложног права, начела приоритета. Наведено начело подразумева да ће се прво намирити повериоци са залогом са бољим првенственим редом у потпуности, па тек онда долази на ред намиривање потраживања обезбеђених залогом лошијег реда.⁹ Није неопходно наглашавати да хипотекарни поверилац има могућност приоритетног намирења у односу на хирограферне повериоце, односно оне који немају заложно право којим су обезбедили своје потраживање и који ће доћи на ред за

ли је већ изграђен, под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објекта. Закон о хипотеци – ЗХ, *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015 – одлука УС и 83/2015. С обзиром на наведену дефиницију, дефинисати предмет хипотеке једноставно као непокретност није довољно прецизно, међутим, с обзиром на тему рада, упрошћена и општепозната дефиниција хипотеке делује одговарајуће. Хипотека обухвата и сва побољшања непокретности, природна и вештачка и наведено представља начело екстензивности хипотеке. Андрија Гамс, *Основи стварног права*, друго издање, Београд, 1959, 123.

6 Д. Хибер, М. Живковић, 225.

7 *Ibid.*, 28.

8 Мирослав Лазић, „Реализација права намирења хипотекарног повериоца“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 34–35/1994, 152–153. На овом месту осврнућемо се на функције заложног права, па тако и хипотеке. Пре свега, основна функција заложног права је обезбеђујућа; поред обезбеђујуће функције заложно право такође има и функцију прибављања кредита, функцију растерећења професионалних поверилаца, као и функцију олакшавања рефинансирања кроз секундарно тржиште. Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 28–36.

9 Д. Хибер, М. Живковић, 109. У складу са ЗХ, чл. 40 редослед приоритета исплаћивања потраживања из вредности која се добија продајом непокретности одређује се према дану, часу и минути настанка хипотеке, рачунајући од момента пријема захтева за упис хипотеке.

наплату тек након што се наплате сви заложни повериоци. На овај начин, заложни поверилац, који заједно са осталим хирограферним повериоцима има право да захтева намирење свог потраживања из целокупне имовине дужника, повећава себи шансе намирења свог потраживања у целости.

Према решењу нашег позитивног права, хипотека је регулисана у посебном закону – Закону о хипотеци.

Након уводног дела у ком је било речи о појму и предмету хипотеке, у наредном делу рада, укратко и уопштено ће бити речи о две теме: настанку и престанку хипотеке. Сматрамо да је нужно говорити о настанку хипотеке, да би боље могли обрадити разлоге и начине њеног престанка. Такође, иако је тема рада престанак хипотеке услед постојања општих интереса, тачније експропријације, сматрамо да је нужно обрадити и тему престанка хипотеке и различитих основа који до престанка доводе.

1. Настанак хипотеке

Једини начин настанка хипотеке је конститутивни упис у регистар непокретности, што значи да је упис *modus acquirendi*.¹⁰ Због тога хипотека представља „најкњижније“ од свих стварних права у нашем правном систему.¹¹ Дакле, док је *modus acquirendi* увек исти, *iustus titulus* може бити уговор; заложна изјава; закон; судска одлука.¹²

Како што је већ наведено, хипотека настаје оног тренутка када дође до конститутивног уписа у регистар непокретности, што даље значи да предаја државине није неопходна и да власник хипотековане непокретности остаје држалац без обзира на чињеницу да је на његовој непокретности успостављена хипотека.¹³ Због тога, у подели заложног права према начину публицирања, хипотека представља бездржавинско заложно право.¹⁴

10 ЗХ, чл. 8.

11 Милош Живковић, *Право рејистара нејокрејностии*, Београд, 2020, 155.

12 ЗХ, чл. 8.

13 Економски значај овог решења је изузетно битан јер омогућава дужнику или власнику хипотековане непокретности, уколико они нису иста лица, да своју непокретност користи и на тај начин себи олакша плаћање обезбеђеног потраживања. Наведено представља једну од предности хипотеке и осталих бездржавинских заложних права у односу на државинска заложна права приликом чијег настанка је неопходно да постоји непосредна државина на предмету залог и да се власник одрекне коришћења предмета залог и њене потенцијалне економске користи.

14 Д. Хибер, М. Живковић, 66.

Начело које је битно за тему настанка и престанка хипотеке је начело акцесорности. Ово начело, у контексту настанка заложног права, значи да хипотека не може настати без постојања потраживања за које се успоставља. Ово начело такође значи да је потребно је да се заложно право успоставља за једно тачно одређено потраживање између повериоца и дужника, а не било које потраживање које може настати између та два лица.¹⁵

С обзиром на то да је сврха и функција хипотеке обезбеђујућа, то значи да хипотека омогућава повериоцу да се приоритетно намери из вредности заложеног предмета, тако да није ни логично да она постоји без потраживања јер би онда та сврха била упитна.¹⁶ Као што то објашњава Живковић, неопходно је омекшати дејство акцесорности у настанку да би на тај начин омогућили остваривање једне од функција заложног права, а то је да служи као средство за прибављање кредита.¹⁷ Такође, имајући у виду да су у питању генерална начела, не чуди да постоје изузеци.¹⁸ Због тога постоји могућност уговорити заложно право, па самим тим и хипотеку и у ситуацијама када то не би било дозвољено с обзиром на начело акцесорности. Ти изузеци су заснивање хипотеке за будуће и условно потраживање, као и постојање максималне залог.¹⁹

2. Престанак хипотеке

Као што је већ било речи, *modus acquirendi* за настанак хипотеке је њен упис у регистар непокретности. Самим тим, исто правило важи и за престанак хипотеке. Дакле, до престанка хипотеке долази када се

15 Miloš Živković, „Claim secured by hypothec“, *New Perspectives of South East European Private Law* (eds. Christa Jessel-Holst, Jadranka Dabovska Anastasovska, Tatjana Josipović, Maja Kostić Mandić, Thomas Meyer, Silvija Petrić, Meliha Powlakić, Zoran Radivojević, Emilija Stanković), Skopje, 2012, 55.

16 Милош Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд, 2010, 55.

17 М. Живковић (2010), 55.

18 Д. Хибер, М. Живковић, 87.

19 Максимална залога као изузетак од начела акцесорности, али и начела специјалности, о ком неће бити речи у овом раду, представља ситуацију када у тренутку настанка залог неће бити одређено конкретно потраживање које ће бити обезбеђено том залогом, већ залога настаје за одређени правни однос за који постоји јединствени правни основ и из ког могу настати потраживања која ће бити обезбеђена залогом. Као пример може послужити узимање кредита од банке, који је осигуран хипотеком, при чему се у тренутку уговарања не зна тачан износ потраживања, односно кредита, па се уписује максимални износ на који дато потраживање може да гласи.

хипотека испише из регистра непокретности у који је била уписана, у складу са законом.²⁰ Према решењу нашег позитивног права, члан 43 ЗХ предвиђа да се испис врши на захтев дужника, власника или повериоца, ако обезбеђено потраживање престане на начин дозвољен законом.

Међутим, иако је увек неопходан конститутивни упис исписа хипотеке из регистра непокретности да би дошло до престанка хипотеке,²¹ у теорији су препознате две групе ситуација које могу довести до престанка хипотеке.²²

Прва група подразумева ситуације које доводе до престанка хипотеке услед престанка обезбеђеног потраживања. То значи да, када је потраживање престало исплатом или на било који законом дозвољен начин, испуњен је само услов да хипотека буде избрисана, да би тек брисањем из регистра хипотека заиста и коначно престала да постоји.²³ Чињеница да долази до престанка хипотеке јер је дошло до престанка обезбеђеног потраживања последица је већ поменутог начела акцесорности. Дакле, у тренутку престанка обезбеђеног потраживања, или када оно ни не настане, престаје и хипотека. Друга група основа престанка хипотеке подразумева да долази до престанка хипотеке иако обезбеђено потраживање није престало.

20 ЗХ, чл. 43.

21 Самим тим, замислива је ситуација да хипотека „настави да постоји“ без временског ограничења, а након што је испунила своју сврху, све док се не испише из катастра непокретности. Последице чињенице да хипотека може формално да настави да постоји, иако је потраживање исплаћено, све док не дође до исписа хипотеке из регистра непокретности, су бројне. Уколико се треће лице поузда да хипотека, као уписано стварно право у регистар непокретности, заиста постоји, иако је потраживање престало, то савесно треће лице може цесијом прибавити само уписану хипотеку која се опет активира и постаје наплата, а не стиче потраживање јер је оно престало, а што је последица примене начела поуздања у регистар непокретности. М. Живковић (2010), 175. Живковић овде објашњава да поменута ситуација представља, барем на први поглед, одступање од начела акцесорности, јер је потраживање престало, а хипотека се преноси самостално. Поменуто одступање оправдано је тиме што савесни стицалац стиче хипотекарно потраживање које може намирити само из вредности хипотековане непокретности, од власника непокретности, а не испуњењем дуга на други начин. Такође, чињеница да хипотека може остати уписана у регистар непокретности и уколико је потраживање престало, омогућава располагања рангом хипотеке. Ова могућност се постиже путем три института, који су: располагања неисписаном хипотеком, забележе задржавања првенственог реда, као и условног уписа нове хипотеке. ЗХ, чл. 53–56.

22 Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, десето издање, Београд, 1999, 280–281. Нацрт грађанског законика, такође, предвиђа један члан за престанак хипотеке конфузијом и консолидацијом у чл. 2166. Нацрт грађанског законика, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 22. 6. 2023.

23 М. Живковић (2010), 168.

Што се тиче прве поменуе групе, један начин престанка хипотеке услед престанка обезбеђеног потраживања које ЗХ предвиђа је конфузија.²⁴ С обзиром на то да је конфузија начин престанка облигационог односа, неопходно је узети у обзир начин на који конфузију уређује Закон о облигационим односима.²⁵ Овај закон предвиђа конфузију као један од основа престанка облигације када долази до сједињења, односно када исто лице постане уједно и поверилац и дужник.²⁶ С друге стране, ЗХ предвиђа да до престанка хипотеке на основу конфузије долази када се у истом лицу стекне својство хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника.²⁷ Уколико термин *хийоїшекарної дужника*, на основу дефиниције која постоји у ЗХ, разумемо на начин на који је то уобичајено, а то је *власник хийоїшековане нейокреїтності*, можемо закључити да овде долази до јасног неслагања између ове две дефиниције. Односно, овако дефинисана конфузија не разликује се у односу на консолидацију.

Консолидацију ЗХ такође предвиђа, у истом члану, као основ престанка хипотеке. Наиме, консолидација представља основ престанка хипотеке, без обзира на престанак обезбеђеног потраживања, када долази до престанка хипотеке услед чињенице да је поверилац стекао право својине на хипотекованој непокретности. Као што видимо, услед дефинисања на овај начин, услови за престанак хипотеке услед конфузије и консолидације су исти, а то је да дође до сједињења у једном лицу и повериоца и власника хипотековане непокретности и тиме законодавац изједначава ова два института. Консолидација представља један од основа престанка хипотеке без обзира на престанак обезбеђеног потраживања и самим тим припада групи основа који доводе до престанка хипотеке без обзира на престанак обезбеђеног потраживања.²⁸ То значи да законодавац не прави разлику између ова два института у смислу постојања две групе начина престанка овог заложног права препознатих у теорији.²⁹

24 ЗХ, чл. 50.

25 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.

26 ЗОО, чл. 353.

27 ЗХ, чл. 50.

28 Поред консолидације, ЗХ као основе престанка хипотеке без обзира на престанак обезбеђеног потраживања предвиђа у чл. 45 и 46: пропаст непокретности; престанак хипотеке због општег интереса у чл. 47; судска јавна продаја у чл. 48; вансудска продаја у чл. 49; консолидација у чл. 50; одрицање од хипотеке у чл. 51 као и амортизација обезбеђеног потраживања у чл. 52.

29 Д. Хибер, М. Живковић, 265.

Сматрамо да је оправдано то што законодавац у ЗХ не посвећује превише пажње начинима престанка хипотеке услед престанка потраживања јер су то начини престанка облигационих односа које уређује ЗОО.³⁰ Међутим, става смо да је неопходно да законодавац направи јаснију разлику између конфузије и консолидације. Конфузија је, као један случај престанка облигационог односа, издвојен од осталих и уређен као основ престанка хипотеке у истом члану са консолидацијом која не припада групи основа престанка хипотеке услед престанка потраживања. Не видимо разлог дефинисања у истом члану ова два начина престанка хипотеке и мишљења смо да је исправније консолидацију и конфузију дефинисати у два одвојена члана. Алтернатива је да законодавац уопште не издваја конфузију као специјалан случај престанка потраживања с обзиром на то да је то материја за коју је првенствено релевантан Закон о облигационим односима.

Разлози и начела услед којих долази до престанка хипотеке када говоримо о групи основа престанка хипотеке услед престанка обезбеђеног потраживања и основа који доводе до престанка хипотеке без обзира на обезбеђена потраживања су различити. У првој групи основа до престанка хипотеке долази због начела акцесорности. Са друге стране, до престанка хипотеке када говоримо о основама који доводе до њеног престанка без обзира на обезбеђено потраживање доћи ће или зато што је непокретност престала да постоји, или зато што је непокретност продата путем јавне судске или вансудском продајом, уколико је дошло до амортизације хипотеке, или се поверилац одрекао свог заложног права. Због тога сматрамо да је неопходно доследно правити разлику између ове две групе основа престанка хипотеке.

Један од основа престанка хипотеке иако обезбеђено потраживање није престало јесте престанак хипотеке услед постојања одређених општих интереса. У наредном делу рада посветићемо се овом основу, при чему ће фокус бити на експропријацији, која је један од интереса који ЗХ изричито помиње.

II Престанак хипотеке услед постојања општег интереса

Када говоримо о престанку хипотеке услед постојања општег интереса, нужно је осврнути се на текст ЗХ који предвиђа следеће: до престанка хипотеке долази када, у циљу задовољења општег интереса

30 Као начине престанка облигационог односа, ЗОО предвиђа испуњење обавезе, замену испуњења, компензацију, отпуштање дуга, новацију, немогућност испуњења, протек времена и смрт уговорне стране код обавеза насталих с обзиром на личне способности.

(експропријација и сл.), у складу са законом и на основу одлуке надлежног органа, право својине на предмету хипотеке пређе на треће лице.³¹ Нови власник тада има право да захтева испис хипотеке.³² Са друге стране, закон предвиђа да хипотекарни поверилац стиче заложно право на потраживању накнаде, односно на исплаћеној накнади или уписује хипотеку на непокретности која је предата у својину власнику уместо одузете непокретности у општем интересу.³³

Иако ЗХ изричито предвиђа само експропријацију као општи интерес који може довести до престанка хипотеке, постоје и други општи интереси који могу довести до исте последице. Сам општи интерес представља правни стандард који и кад је еnumerативно побројан, та еnumerација никад није коначна већ се оставља отвореном³⁴ да би одговорила на различите потребе.

На пример, општи интерес може бити и поступак реституције. Иако се реституција тиче враћања индивидуалних права физичким и правним лицима, а не додељивања истих тих права држави или другим јавним ентитетима, такво поступање је на основу закона, али у циљу спровођења дефинисаних интереса друштва и државе, у овом случају, повратак принципима тржишне економије и слободе приватног власништва.³⁵ Закони који регулишу реституцију такође предвиђају реституцију као основ престанка уписане хипотеке на непокретности.³⁶ Међутим, фокус овог рада је престанак хипотеке услед експропријације као општег интереса. Због тога, у наредном делу рада, прво ће бити речи уопштено о експропријацији као правном институту, да би, након што смо се дотакли престанка хипотеке, уопштено, као и експропријације, остатак рада био посвећен престанку хипотеке услед експропријације.

31 ЗХ, чл. 47 ст. 1.

32 ЗХ, чл. 47 ст. 3.

33 ЗХ, чл. 47 ст. 4.

34 Jožef Salma, *Eksproprijacija, Instituti, sudska praksa i zakonski propisi*, Zagreb, 1987, 24.

35 Предраг Ђатић, „Испис хипотеке у општем интересу на основу реституције и потраживање банке“, *Правни живои*, бр. 11/2017, том три, 532–533.

36 Закон о враћању одузете имовине и обештећењу, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 108/2013, 142/2014, 88/2015 – одлука УС, 95/2018 и 153/2020, чл. 21; Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 13. Наведени закони предвиђају да ће у овој ситуацији, за потраживања која су била обезбеђена овим теретима, гарантовати Република Србија, уз право регреса према хипотекарном дужнику. Повериоци из потраживања обезбеђених хипотеком која је на овај начин престала, дакле, не остају без обезбеђења да ће намирити своје потраживање. Иако на први поглед изгледа да је ситуација повериоца иста као и када је имао хипотеку, то није тако. Солидарна и супсидијерна одговорност државе није довољно јасно утврђена и постоји степен неизвесности одговорности државе због недовољно искуствених примера.

1. Експропријација

Закон о експропријацији предвиђа да се непокретности могу експроприсати или се својина на њима може ограничити само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.³⁷ Као што видимо, експропријација представља ограничење³⁸ права својине појединца у циљу остваривања неких општих, јавних интереса. Својина, иако свеобухватно и широко право које припада њеном власнику, подложно је ограничењима.³⁹ Та ограничења представљају подвргавање власника правилима једног државног поретка.⁴⁰ Такође, „право својине се врши у друштву, па између власникове слободе и општих интереса постоји узајамни однос.“⁴¹

Експропријација је једно од поменутих ограничења која су неопходна у сваком друштву да би се остварио неки општи интерес. Када дође до одузимања права својине од власника због постојања општег интереса, долази до промене својинског облика, односно до трансформације приватне својине у јавно право државне својине.⁴² Иако је право на мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона загарантовано Уставом Републике Србије,⁴³ Устав предвиђа и да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.⁴⁴ Законско уређивање експропријације је нужно јер се државни интереси изградње објеката од јавног интереса сукобљавају и постају битнији од индивидуалних интереса дотадашњих

37 Закон о експропријацији, *Службени гласник РС*, бр. 53/95, *Службени лист СРЈ*, бр. 16/2001 – одлука СУС и *Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 55/2013 – одлука УС и 106/2016 – аутентично тумачење, чл. 1.

38 Некада се у теорији уместо термина ограничења, користи термин оптерећења. Разлика између ова два термина је значајна јер, првенствено, ограничења настају непосредно на основу закона, и противно вољи титулара, док оптерећења настају непосредно на основу воље титулара, и то најчешће на основу двостраног правног посла, мада је могуће и на основу једностраног правног посла. Катарина Доловић Бојић, „Правне гаранције права својине“, *Анали Правној факултету у Београду: посебан број у част професора Михаила Константиновића /1897–1982/*, 2022, 311.

39 Душко Челић, „Ограничења права својине на непокретним културним добрима“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2021, 546.

40 *Ibid.*

41 К. Доловић Бојић, 307.

42 Рајко Јелић, „Експропријација и сродне категорије“, *Правни животи*, бр. 11/2009, 613.

43 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2008 и 11/2021.

44 Устав Републике Србије, чл. 58.

власника непокретности.⁴⁵ То такође значи да је нужно да поступак експропријације буде спроведен по одговарајућим правилима и да законски захтеви и услови буду испуњени. Те услове можемо наћи у поступку експропријације. Поступак одузимања права својине на непокретности услед експропријације подразумева на првом месту утврђивање постојања јавног општег интереса, након тога, доношење правног акта од стране државних институција који доводи до одузимања поменутог права и додела правичне накнаде за одузето право.⁴⁶ Сматрамо да је овде битно нагласити, да је главна заштита претходног власника експроприсане непокретности баш у правичној накнади за одузето право и да без те накнаде нема ни експропријације.

Да би се остварио општи интерес, некада није нужно да дође до експропријације читаве непокретности, него само једног дела; у таквим ситуацијама, остатак непокретности, која није неопходна да би дошло до остварења поменутог интереса, наставља да постоји без промена.⁴⁷

С обзиром на то да приликом експропријације долази до одузимања власништва појединцу услед постојања општих интереса, логично је да том приликом долази и до престанка заложног права повериоца. Да би непокретност могла да послужи сврси остварења одређеног општег интереса, она прелази на новог власника без претходних оптерећења.

2. Престанак хипотеке услед експропријације као општег интереса

Након што смо на почетку поглавља изложили начин на који ЗХ у чл. 47 регулише престанак хипотеке услед постојања општег интереса, међу којима је и експропријација, неопходно је да на исти начин размотримо и други закон релевантан за дату материју. Закон о експропријацији је закон који је неопходно консултовати уколико долази до престанка хипотеке услед експропријације. Тако Закон о експропријацији предвиђа да се хипотека успостављена на експроприсаној непокретности преноси на непокретност која се даје у својину или сувојину на име накнаде за експроприсане непокретности, или на неку другу личну имовину одговарајуће вредности.⁴⁸ Први став

45 Драган Милков, „Експропријација, између приватног и јавног“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011, 43.

46 Вид. Miloš Prica, „Expropriation in a Material Sense“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 89/2020, 140.

47 *Ibid.*, 143.

48 Закон о експропријацији, чл. 63.

чл. 63 Закона о експропријацији предвиђа да ће даном правноснажности решења о експропријацији престати на непокретности све личне службености и сви стварни терети, осим стварних службености чије је вршење могуће након што се експроприсаној непокретности успостави намена. Овај члан даље уређује престанак хипотеке на исти начин као и ЗХ и такође предвиђа да се хипотека успоставља на другој непокретности која је дата у својину или сусвојину на име накнаде за експроприсану непокретност. Закон, као алтернативу, предвиђа да ће се хипотека пренети на другу личну имовину одговарајуће вредности. Трећи став овог члана предвиђа да се стварна права из првог става бришу у катастру непокретности или другим јавим књигама по предлогу корисника експропријације.

Као што видимо, између ЗХ и Закона о експропријацији постоје разлике у уређивању материје престанка хипотеке уколико дође до експропријације непокретности. ЗХ предвиђа могућност уписивања хипотеке на непокретности која се даје у замену за експропријацију као и могућност успостављања заложног права на новчаном износу који претходни власник добија на име накнаде за експроприсану непокретност. С друге стране, иако Закон о експропријацији предвиђа могућност уписа хипотеке на заменском земљишту, овај закон не говори ништа о могућности успостављања залогe на новчаном износу који се даје у замену. Овај закон чак ни не користи израз залога, већ само хипотека. Поред тога, предвиђа и могућност уписа хипотеке на другој личној имовини дужника одговарајуће вредности. У даљем тексту покушаћемо да објаснимо значај оваквог уређивања престанка хипотеке због експропријације.

На овом месту сматрамо да је неопходно узети у обзир одредбе Закона о експропријацији које уређују давање накнаде, односно непокретности дотадашњем власнику непокретности. Ове одредбе закона анализирамо да бисмо проценили да ли закон првенствено предвиђа давање заменске непокретности као накнаду или је то, пак, новчана накнада. У случају да је правило давање непокретности у замену за експроприсану непокретности, а давање новчане накнаде изузетак, сматрамо да би одредба закона која предвиђа да ће се успоставити хипотека на заменској непокретности, без могућности успостављања залогe на новчаном износу који се даје за непокретност, била донекле разумљива.

Правило је овог закона да се накнада за експроприсану непокретност одређује у новцу, уколико законом није одређено другачије.⁴⁹ Закон предвиђа да ће се лицу које користи обрадиво пољопривредно земљиште које је предмет експропријације као услов за егзистенцију, на његов

49 Закон о експропријацији, чл. 11.

захтев дати земљиште исте културе или класе и одговарајуће вредности у истом месту или у близини.⁵⁰ У истом члану закон предвиђа да ће, уколико је дошло до експропријације пољопривредног земљишта ради изградње инфраструктурних објеката, претходном власнику бити дато земљиште исте културе и класе или одговарајуће вредности у истом месту или ближој околини, као и да ће, уколико корисник експропријације није у могућности да понуди одговарајуће земљиште, накнада бити одређена у новцу.⁵¹ Даље, уколико је предмет експропријације објекат који је коришћен за узгој стоке или прераду пољопривредних производа, а власнику је приход од тих делатности услов за егзистенцију, претходном власнику се даје у замену објекат на коме ће наставити обављање тих делатности. Члан 16 Закона о експропријацији предвиђа да ће се ранијем сопственику стамбене зграде или стана или пословне просторије, на његов захтев, дати у својину или сусвојину друга зграда, стан или пословна просторија на истом месту или у близини, која одговара по квадратури, односно по сврси коју је непокретност имала раније.⁵² Међутим, закон даље предвиђа да ако ранији сопственик не захтева да му се за експроприсану непокретност да у својину или сусвојину друга непокретност у смислу члана 16 овог закона, корисник експропријације је дужан да му исплати накнаду у новцу без обавезе обезбеђивања друге непокретности.⁵³

Као што можемо видети из наведених одредаба закона, накнада за експропријацију у неким ситуацијама биће непокретност одговарајуће сврхе, вредности и на одговарајућој локацији. Међутим, сам закон предвиђа да ће се у одређеном броју ситуација заменска непокретност дати само на захтев дотадашњег власника непокретности, као и да, уколико је немогуће прибавити непокретност која је одговарајућа, претходни власник има право само на новчану накнаду.

Узимајући у обзир све претходно наведено, сматрамо да давање накнаде у новцу претходном власнику непокретности није изузетак. Самим тим, сматрамо да не постоји јасно оправдање за дефинисање Закона о експропријацији на начин да се не омогући успостављање заложног права на накнади која је дата уколико је на непокретности постојала хипотека која престаје услед експропријације.

Имајући у виду да је могућност успостављања хипотеке на непокретности која је дата у замену за експроприсану непокретности, односно заложног права на накнади која је исплаћена, изричито предвиђена

50 Закон о експропријацији, чл. 15.

51 Закон о експропријацији, чл. 15.

52 Закон о експропријацији, чл. 16.

53 Закон о експропријацији, чл. 18.

у ЗХ,⁵⁴ нејасно је зашто је изостављена приликом регулисања престанка хипотеке Законом о експропријацији.

Даље, оваква дефиниција значи да поверилац има могућност да, иако долази до престанка хипотеке услед експропријације, изабере другу непокретност из личне имовине дужника која је одговарајуће вредности. Иако законодавац не користи израз непокретност када говори о праву повериоца да изабере из личне имовине дужника одговарајуће добро, он предвиђа да се хипотека може успоставити на непокретности која је дата у замену за експроприсану непокретност или на другој личној имовини одговарајуће вредности. С обзиром на то да предмет хипотеке може бити само непокретност, не остаје нам ништа друго сем да закључимо да се ова одредба закона односи на *нейокрећности* из личне имовине дужника, одговарајуће вредности.

Дужник не сме бити изложен успостављању хипотеке на непокретностима које не жели да искористи као обезбеђење одређеног потраживања. Протокол уз Конвенцију о људским правима и основним слободама,⁵⁵ баш као и наш Устав, предвиђа право на имовину као једно од основних људских права од којих се сме одступати само изузетно када за то постоје јавни и општи интереси. Сматрамо да право повериоца да обезбеди своје потраживање и потенцијално га намири из вредности непокретности која се налази у личној имовини дужника, чија је непокретност која је већ била оптерећена хипотеком постала предмет експропријације, није и не може представљати општи или јавни интерес. Првенствено зато што у оваквом ограничавању права својине не учествује држава као заинтересована страна чији јавни интерес је неопходно намирити, већ појединац, поверилац. Иако сматрамо да је нужно да се поверилац заштити, ограничавање мирног уживања права својине дужника у наведеном случају никако није јавни интерес који би овакво ограничавање оправдао.⁵⁶

Такође, сматрамо да је оваква одредба закона непотребна. Као што је већ било речи, на основу услова постављених у Закону о

54 ЗХ, чл. 47.

55 Додатни Протокол уз Конвенцију о људским правима и основним слободама, доступно на адреси: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_srp, 27. 7. 2023, чл. 1.

56 У пракси Европског суда за људска права, дефинисана су три главна услова која морају бити испуњена да би ограничавање од стране државе имовине појединца било оправдано, а то су законитост, легитиман циљ и правична равнотежа. Бојан Тубић, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права“, *Зборних радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 4/2017, 1673. Сматрамо да наведени услови нису испуњени и да не могу оправдати ограничавање права на својину појединца на начин на који то предвиђа Закон о експропријацији.

експропријацији, није могуће обавити експропријацију без да се власнику непокретности да друга непокретност у замену, или му се исплати адекватна новчана накнада. Самим тим, постоји довољно средстава обезбеђења за повериоца. Нова непокретност која се даје у замену за експроприсану или накнада добијена у процесу експропријације који могу служити као предмет хипотеке, односно залог. Дакле нема потребе потенцијално укључивати остатак личне имовине, односно непокретности дужника.

Као што је већ било речи, могуће је да ће општи интерес бити постигнут и када не дође до експропријације читаве непокретности, већ само дела непокретности. Закон не регулише изричито шта ће се десити са хипотеком уписаном на непокретности која је предмет овакве делимичне експропријације. Сматрамо да би хипотека остала уписана на делу непокретности који је остао претходном власнику непокретности. С обзиром на то да је вредност непокретности умањена уколико је њен део одузет због експропријације, поставља се питање да ли је преостала вредност довољна да поверилац намири своје потраживање. Закон о хипотеци предвиђа правило да поверилац има право да тражи додатно обезбеђење ако, због радњи власника, односно непосредног држаоца, долази до смањења вредности предмета хипотеке.⁵⁷ У наведеном случају, не долази до смањења вредности предмета хипотеке услед радњи власника, већ остварења јавног интереса, тако да се ова одредба не може применити. Већ анализирани одредбе закона о хипотеци и експропријацији, можемо разумети тако да се поменута правила примењују и уколико дође до престанка хипотеке услед експропријације на делу непокретности за експроприсани део непокретности. Односно, да ће доћи до успостављања хипотеке на непокретности која је дата у замену за експроприсани део непокретности или заложног права на износу који је дат као накнада.

III Закључак

Постоје две групе основа престанка хипотеке. Једна група везана је за престанак хипотеке услед примене начела акцесорности, и предвиђа да уколико дође до престанка обезбеђеног потраживања, долази и до престанка хипотеке јер је хипотека испунила своју сврху и њена правна судбина је зависна од потраживања. С друге стране, друга група основа престанка хипотеке везана је за различите основе чије остваривање чини постојање хипотеке немогућим. Један од тих основа је и престанак услед експропријације непокретности. У тој ситуацији,

57 3X, чл. 18.

долази до одузимања непокретности од појединца да би се остварио општи интерес. Приликом одузимања права својине на непокретности постојало. У складу са Уставом и Законом о експропријацији, да би дошло до законите експропријације, неопходно је да, поред постојања општег интереса, који је битнији од појединачног, као и одлуке надлежног државног органа, постоји и правична накнада коју ће претходни власник добити.

Међутим, у ситуацији када долази до престанка хипотеке у случају експропријације, нужно је заштитити и повериоца. У раду смо показали да је неспорна чињеница да поверилац има право да упише хипотеку на непокретности која се даје у замену за експроприсану непокретност. Као што смо навели, у одређеним ситуацијама претходни власник не добија непокретност као накнаду, већ новчани износ који представља тржишну вредност непокретности. Закон о хипотеци, исправно, предвиђа да, уколико претходни власник добије новчани износ као накнаду, долази до успостављања заложног права на датом износу и на тај начин једнако штити и повериоца и дужника. Закон о експропријацији не уређује ову ситуацију на исти начин. Релевантне одредбе закона предвиђају да поверилац, уколико за експроприсану непокретност није дата друга у замену, има право да упише хипотеку на непокретности одговарајуће вредности из имовине дужника. Сматрамо да ово није исправно решење из два разлога.

Прво, сматрамо да није исправно и у складу са законом ограничавати на такав начин право својине дужника. У датој ситуацији не постоји општи интерес који би оправдао овакво ограничавање, а не постоји ни жеља дужника нити било какав правни посао који би могао да доведе до оптерећења права својине на непокретности. Други разлог налазимо у условима за закониту експропријацију који наводе да је нужно дати претходном власнику или заменску непокретност или износ који би одговарао вредности непокретности да би могла да се изврши експропријација. Наведени износ је, дакле, обавезан услов законите експропријације и довољно је повериоцу дати могућност заснивања заложног права на датом износу да би се његови интереси заштитили. Сматрамо да је одредба Закона о хипотеци исправна и да је разлика која постоји у регулисању дате материје између овог закона и Закона о експропријацији резултат грешке законодавца који потенцијално може имати негативне последице.

Неопходно је да закон који регулише процес експропријације у држави, на првом месту заштити власника непокретности која је

предмет експропријације.⁵⁸ Поред власника, оправдано јесте штитити и интересе повериоца. Закон о експропријацији, овако дефинисан, на првом месту штити повериоца, а тек онда власника непокретности. Као што је већ речено, решења Закона о хипотеци која регулишу ову материју испуњавају поменуту сврху и нема разлога да Закон о експропријацији од њих одступа и материју регулише на другачији начин.

Коришћена литература

- Гамс Андрија, *Основи стварној права*, друго издање, Београд, 1959. (Gams Andrija, *Osnovi stvarnog prava*, drugo izdanje, Beograd, 1959)
- Доловић Бојић Катарина, „Правне гаранције права својине“, *Анали Правној факултету у Београду: посебан број у часопису професора Михаила Константиновића /1897–1982/*, 2022. (Dolović Bojić Katarina, „Pravne garancije prava svojine“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu: poseban broj u čast profesora Mihaila Konstantinovića /1897–1982/*, 2022)
- Живковић Милош, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд, 2010. (Živković Miloš, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010)
- Живковић Милош, *Право регистара непокретности*, Београд, 2020. (Živković Miloš, *Pravo registara nepokretnosti*, Beograd, 2020)
- Živković Miloš, „Claim secured by hypothec“, *New Perspectives of South East European Private Law* (eds. Christa Jessel-Holst, Jadranka Dabovska Anastasovska, Tatjana Josipović, Maja Kostić Mandić, Thomas Meyer, Silvija Petrić, Meliha Povlakić, Zoran Radivojević, Emilija Stanković), Skorje, 2012.
- Јелић Рајко, „Експропријација и сродне категорије“, *Правни живот*, бр. 11/2009 (Jelić Rajko, „Eksproprijacija i srodne kategorije“, *Pravni život*, br. 11/2009)
- Лазич Мирослав, „Реализација права намирена хипотекарног повериоца“, *Зборник радова Правној факултету у Нишу*, бр. 34–35/1994 (Lazić Miroslav, „Realizacija prava namirenja hipotekarnog poverioca“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 34–35/1994)
- Libina-Egnere Inese, „Property rights, expropriation of real estate for public needs, and balancing of the mortgage creditor’s and real estate owner’s

58 Inese Libina-Egnere, „Property rights, expropriation of real estate for public needs, and balancing of the mortgage creditor’s and real estate owner’s interests in the process of expropriation“, доступно на адреси: https://www.apgads.lu.lv/fileadmin/user_upload/lu_portal/apgads/PDF/Jur-konf-6_2016_Legal-Space-II.pdf#page=174, 26. 7. 2023, 179.

- interests in the process of expropriation“, доступно на адреси: https://www.apgads.lu.lv/fileadmin/user_upload/lu_portal/apgads/PDF/Jur-konf-6_2016_Legal-Space-II.pdf#page=174, 26. 7. 2023.
- Милков Драган, „Експропријација, између приватног и јавног“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/2011 (Milkov Dragan, „Eksproprijacija, između privatnog i javnog“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2011)
- Prca Miloš, „Expropriation in a Material Sense“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 89/2020.
- Salma Jožef, *Eksproprijacija, Instituti, sudska praksa i zakonski propisi*, Zagreb, 1987.
- Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, десето издање, Београд, 1999. (Stanković Obren, Orlić Miodrag, *Stvarno pravo*, deseto izdanje, Beograd, 1999)
- Тешић Ненад, „Обезбеђење на покретним стварима и потраживањима (Република Србија)“, *Форум за грађанско право за југоисточну Европу: Избор радова и анализа*, књига 2, Цавтат, 2010. (Tešić Nenad, „Obezbeđenje na pokretnim stvarima i potraživanjima (Republika Srbija)“, *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu: Izbor radova i analiza*, knjiga 2, Cavtat, 2010)
- Тубић Бојан, „Ограничења права на неометано уживање имовине у пракси Европског суда за људска права“, *Зборних радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 4/2017 (Tubić Bojan, „Ograničenja prava na neometano uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava“, *Zbornih radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 4/2017)
- Ђатић Предраг, „Испис хипотеке у општем интересу на основу реституције и потраживање банке“, *Правни живот*, бр. 11/2017 (Čatić Predrag, „Ispis hipoteke u opštem interesu na osnovu restitucije i potraživanje banke“, *Pravni život*, br. 11/2017)
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење имовина*, Београд, 2015. (Hiber Dragor, Živković Miloš, *Obezbeđenje i učvršćenje imovina*, Beograd, 2015)
- Челић Душко, „Ограничења права својине на непокретним културним добрима“, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2021 (Čelić Duško, „Ograničenja prava svojine na nepokretnim kulturnim dobrima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2021)

Jelisaveta BOLJANOVIĆ, LL.M

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

CESSATION OF HYPOTHEC DUE TO EXPROPRIATION

Summary

Two groups of situations can lead to cessation of a security right. The first group of situations is connected to the cessation of the hypothec due to the fact that the secured claim has ended, while the second group of bases for the cessation of the hypothec is connected to the situation when hypothec has ceased to exist although the secured claim has not. One of the individual bases from the latter mentioned group is the situation when the hypothec does not exist anymore due to taking of the real estate due to general interest. The Law on Hypothec states expropriation explicitly as one of the general interests, therefore, that is the main focus of this paper. After focusing on the Law on Hypothec, we will also consider the Law on Expropriation and the way it regulates this situation. The focus of this paper will be an attempt to see how the two mentioned Laws regulate the matter and if they do it in the same way. If there are differences, we will try to shed a light on them and explain their significance as well as alternative solutions.

Key words: *Expropriation. – Hypothec. – Cessation of Hypothec due to Expropriation of a Real Estate.*

Датум пријема рада: 14. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 1. 10. 2023.

УДК: 347.459(37:497.11)

CERIF: S 100

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23407A

Вукашин СТАНОЈЛОВИЋ*

асистент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

НЕРЕДОВНА ОСТАВА У РИМСКОМ И СРПСКОМ ПРАВУ**

Сажетак

Нередовна остiава је један од најсiорнијих инсiиципiуиa римкоi iрава. Верује се да води iорекло из исiочних iровинција Римскоi царсiива, а међу романисiима је сiорно да ли је iосiојала у класичном iраву. Доминантiна карактерисiика уiовора је да се дейозиiару омоiућава уiоiреба дейонованоi новца који он као власник може да iпроши уз обавезу да iа на захiев дейоненiа врати у исiом номиналном износу и са iриiадајућом каматiом. На основу исiраживања ауiор верује да је инсiиципiуи iознавало класично iраво и да су за њеову афирмацију најзаслужнији римски iравници Сцевола, Паиинијан и Павле. Инсiиципiуи није iознавало срiско средњовековно iраво. Грађански законик за Књажевсiиво Срiско, следећи аусiријски узор, није iреiирао нередовну остiаву као самосiалну iравну усiанову, док је у савременом срiском iраву уређен чланом 722 Закона о облиiационим односима. С iим у вези, ауiор указује на iошеницијалне недосiаиике усiанове у Нацрiу Грађанскоi законика Републике Србије из 2015. iодине.

* Електронска адреса аутора: vukasin.stanojlovic@ius.bg.ac.rs.

** Рад је написан у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду под називом „Савремени проблеми правног система Србије“ за 2023. годину.

Рад корисити језичко, историјско и системско тумачење њекситова: Paul. Sent. 2.12.9, D.12.1.9.9, D.12.1.10, D.16.3.24, D.16.3.25.1, D.16.3.26.1, D.16.3.28, D.16.3.27, D.16.3.29.1, D.16.3.1.34, D.19.2.31. и историјски метод.

Кључне речи: Римско право. – Уговор о остави (*Depositum*). – Нередовна остава (*Depositum irregulare*). – Закон о облигационим односима. – Контрактна одговорност.

I Увод

Римски уговор о остави (лат. *depositum*) се дефинише као реалан, двострано неједнако обавезујући и добротин контракт *bonae fidei*, којим једна страна (депонент) предаје другој страни (депозитар) непотрошну покретну ствар на чување. Депозитар је као детентор имао обавезу да ствар одржава, чува и на захтев депонента врати са свим прираштајима и плодовима. Са друге стране, депонент је био обавезан да депозитару надокнади нужне и корисне трошкове и евентуалну штету коју је ствар проузроковала. Депонент је по начелу утилитета (*utilitas/Utilitätsgedanke*) у класичном праву одговарао за сваку штету (*omnis culpa*), а депозитар само за злу намеру (*dolus*, то јест *culpa lata*).¹ Депозитар није имао право на награду, компензацију или задржавање ствари (*retentio*), а уколико би је користио вршио је крађу употребе (*furtum usus*).² Оставодавац је своје захтеве утуживао са *actio depositi directa*, а оставопримац са *actio depositi contraria*, док је осуда по овој тужби резултирала губитком части (*infamia*). Претор је у зависности од околности случаја заинтересованој страни давао тужбу *in ius* или *in factum concepta*.³ Поред стандардног римског уговора о остави, у литератури се уобичајено наводе и његова три специфична облика: нужна остава (*depositum miserabile/necessarium*),⁴ нередовна остава (*depositum irregulare*)⁵ и секвестрација (*sequestratio*).⁶

1 G. Inst. 3.207; D.16.3.1; I.3.14.3.

2 I.4.1.6.

3 G. Inst. 4.47.

4 Вид. више Андреја Катанчевић, „Одговорност оставопримца за штету у римском праву“, *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд – Ваљево, 2022, 549–552.

5 Ни класично ни посткласично римско право нису познавали нередовну оставу као именовани контракт, већ је кованца *depositum irregulare* креација *ius commune* и то највероватније коментатора Јасона од Мајна (ит. *Giassone del Maino*, 1435–1519). Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Pretoria, 1990, 218–219, фн. 229.

тужбе из оставе; по једнима је то тужба из фидуције, по другима специфична тужба која се подизала искључиво у околностима постојања оставе у нужди, а по трећима ништа друго до *actio furti nec manifesti*.¹³ Аутор сугерише да би било најисправније извести закључак да је прва римска кодификација предвидела посебну пеналну тужбу у случају да је нека ствар дата на чување, без претензија да је реч о постојању самосталног, именованог контракта; са настанком преторске *actio in factum*, која је гласила *in simplum*, тужба *in duplum* остала је резервисана за атипичан облик оставе у нужди.¹⁴ Самим тим занемаривање обавеза депозитара није више третирано као деликт, већ су његови поступци потпадали под правила о контрактној одговорности.

Дајући сумаран преглед историјата и карактеристика уговора о остави у римском праву, аутор у наставку рада обрађује институт нередовне оставе, указује на његов значај за савремено право и настоји да открије како је установа уређена у позитивном праву.

II Нередовна остава у класичном римском праву

Битна особина уговора о остави је карактер предмета који се даје на чување, а који мора бити непотрошна ствар. У супротном, уколико је реч о *res quae pondere numero mensurave constant*, то јест новцу, постојаће нередовна остава.¹⁵ Цимерман¹⁶ сматра да је реч о једној од најспорнијих установа римског права и додаје да није сигуран да ли се уопште може назвати *инститорском* у римском смислу те речи. Са друге стране, дели Казерово¹⁷ мишљење према коме установа води порекло са

13 Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 157.

14 *Ibid.*, 157–158, 160.

15 Римски правници као предмет нередовне оставе наводе искључиво новац. Са друге стране, аутори на српско-хрватском говорном подручју, иако без утемељења у изворима, наводе да је предмет нередовне оставе могла бити свака генерична ствар. Тако на пример: Иво Пухан, *Римско право*, Београд, 1974, 308; Marjan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1980, 264; Ante Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981, 299; Драгомир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1984, 257; Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд, 1997, 291; Жика Бујуклић, *Римско приватно право*, Београд, 2012, 377; Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2016, 363; Срђан Шаркић, „Депозит у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Хармонизација грађанског права у региону* (ур. Дијана Марковић-Бајаловић), Источно Сарајево, 2013, 60; Милица Соврлић, „Нередовна остава у римском праву“, *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ* (ур. Снежана Соковић), Крагујевац, 2020, 43.

16 R. Zimmermann, 217.

17 Max Kaser, *Roman private law* (translated by R. Dannenbring), Pretoria, 1984, 205. Супротно Roger Vigneron, „Résistance du Droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier“, *RIDA*, Nr. 31/1984, 307–324.

хеленског истока и истиче да је њена најшира примена била у банкарском сектору.¹⁸ Литевски¹⁹ прецизира да је институт настао у источном делу царства где је банкарски сектор био стабилан, а да се проширио на запад у посткласичном праву као одговор на растућу економску кризу и девалвацију новца.²⁰ Ратбон и Темин пишу да је реч о флексибилном институту који је настао због експанзије римског банкарског тржишта.²¹ Особеност овог контракта је да се оставопримцу омогућава употреба депонованог новца, уз обавезу да га на захтев оставодавца врати у истој номиналној вредности (*tatundem eiusdem generis*),^{22, 23} док га Литевски²⁴ дефинише као уговор о зајму заштићен *actio depositi*.

Приметно је да контракт садржи елементе римског депозита, али и уговора о зајму (*mutuum*), Римљанима добро познатог једностраног и добродиног правног посла *stricti iuris*. Због тога су и ставови преткласичних и класичних јуриспрудената о нередовној остави контрадикторни. Читајући Јустинијанова Дигеста и сачувана дела класичних правника, наилазимо на две школе мишљења. Прва, на чијем челу стоји Публије Алфен Вар, категорички одбацује постојање нередовне оставе, док друга, чији је протагониста Квинт Цервидије Сцевола, признаје њено постојање. Сходно томе намећу се два питања: да ли је класично римско право познавало нередовну оставу и ако јесте, откуда потреба за њеним постојањем.

1. *Argumenta contra*

Публије Алфен Вар, најцењенији ученик Сервија Сулпиција Руфа, припада правницима републиканске провенијенције (*veteres*).²⁵ Рођен је

18 R. Zimmermann, 217.

19 Wieslaw Litewski, „Le dépôt irrégulier“, *RIDA*, Nr. 21/1974, 225–226.

20 На основу наведеног и интерполистичке анализе текстова класичних римских правника, на коју ћемо се осврнути у наставку рада, Литевски негира постојање нередовне оставе у класичном праву, бар када је реч о западном делу царства.

21 Dominic Rathbone, Peter Temin, „Financial Intermediation in First-Century Ad Rome and Eighteenth-Century England“, *Pistoi Dia Ten Technen. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of Raymond Bogaert* (eds. Koenraad Verboven, Katelijn Vandorpe, Véronique Chankowski), Peeters, 2008, 416. Са друге стране, знамо да римски банкарски систем није познавао могућност прикупљања депозита којим би се финансирале инвестиције. R. Zimmermann, 218. Међутим, влада мишљење да је из римске нередовне оставе изникао савремени институт банкарског депозита. Kęstutis Laurinavicius, „The Legal Nature of Bank Deposits“, *Review of Central and East European Law*, Vol. 31, Nr. 3/2006, 291–330.

22 I.3.14.3.

23 D.16.3.25.1.

24 W. Litewski (1974), 217.

25 Gellius, *NA* 7.5.1.

у Кремони, Цисалпијска Галија. У младости је био обућар,²⁶ да би 39. године пре нове ере постао *consul suffesctus* и један од најугледнијих правника свога времена.²⁷ Захваљујући сачуваном одломку из његовог дела, знамо да у годинама у којима је живео и стварао нередовна остава није постојала:

D.19.2.31. *Alfenus libro quinto a Paulo epitomarum: In navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. Respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. Idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil alius eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret.*²⁸

[Неколицина је заједнички натоварила жито у Сауфејев брод; Сауфеј је једном од њих вратио жито, да би након тога брод потонуо. Могу ли остали да туже бродовласника за своје жито тужбом због крађе товара? Он (Сервије) је одговорио да се ствар може дати у закуп на два начина: или да би се вратила иста ствар, као када се одећа повери перачу рубља или да би се вратила иста врста ствари, као када дамо сребро занатлији да направи посуде или злато да направи прстење. У првом случају својина остаје код власника, а у другом се сматра да постоји зајам. Исто важи и код оставе: ако неко депонује незакључан и незапечаћен новац, већ га изброји, депозитар не дугује ништа, осим да врати новац у истој противвредности.]

Захваљујући Улпијану стичемо сазнања о нередовном депозиту у раном класичном праву. На основу његовог коментара преторовог едикта и парафраза ставова старијих колега знамо да институт није постојао у I веку нове ере. Тако би према наводима Нерве (умро 33. године) и Прокула (живео средином I века нове ере), са којим се слаже Марцел (живео у другој половини II века после Христа),²⁹ ако је предмет

26 Ante Romac, „Rimski advokati u Juvenalovim satirama“, *Odvjetnik*, br. 7–8/1974, 272.

27 Никола Мојовић, *Римско право. Књига I. Историја римског права*, Бања Лука, 2008, 293.

28 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

29 Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 578, 595 и 653.

уговора о остави био новац који је депозитар могао да троши, поверилац против дужника имао на располагању *condictio certae creditae pecuniae*, док би сав ризик правног посла био на депозитару:

D.12.1.9.9. *Ulpianus libro 26 ad edictum: Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. Ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici.*³⁰

[Дао сам ти у оставу десет. Касније сам ти дозволио да их користиш. Нерва и Прокул мисле да и пре тога за њихов повраћај имам кондикцију како код зајма, и то је тачно, што Марцел потврђује, јер се (оставопримац) опходи (према новцу) као да је његов. Дакле, ризик прелази на онога ко је тражио зајам, а против њега стоји кондикција.]

Као што читамо из напред наведеног, Улпијан (убијен 228. године)³¹ одобрава Нервине, Прокулове и Марцелове ставове и тежи да описану ситуацију уподоби правилима о римском зајму.³² То неспорно произлази и из још два текста:

D.12.1.10. *Ulpianus libro secundo ad edictum: Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum.*³³

[Али ако сам ти од почетка, када сам га депоновао, дозволио да га користиш, није извесно да ли ће ти припасти (у својину), јер се то не дешава док се (новац) не употреби.

D.16.3.1.34. *Ulpianus libro 30 ad edictum: Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses uteris, prius quam utaris depositi teneberis.*³⁴

[Ако је новац депонован код тебе уз договор да га ти, ако желиш, можеш користити, онда ћеш у периоду пре него што га почнеш користити одговарати по *actio depositi*.]

30 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

31 A. Berger, 750.

32 Исто мисли и Африкан, правник из времена владавине цара Хадријана и Антонина Пија у D.17.1.34. пр: ... *Nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam conve-nerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: ...* [Није исто као када је договорено да ти позајми новац који сам депоновао код тебе, јер онда настаје зајам, а кованице које су биле моје постају твоје.]. Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 10. 4. 2023; Н. Мојовић, 350.

33 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

34 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

Ова ригидна концепција прави јасну дистинкцију између зајма и оставе. Све док се ствар, конкретно (запечаћен) новац, предаје другој страни у детенцију на бесплатно чување, уз обавезу да се врати, постојаће остава. Ако се пак депонује незакључана и незапечаћена сума (*neque clusam neque obsignatam*), то јест ако се изброји и преда тачан износ новца (*pecunia numerata*) и оставопримац почне да га троши уз сагласност оставодавца (ако би било самоиницијативно чинио би крађу),³⁵ остава прераста у зајам. Сагласност депонента има новаторно дејство којим се гаси један облигациони однос (остава) и настаје други (зајам), а депозитарева детенција трансформише у својину (*traditio brevi manu*), па он као сопственик стиче пуну власт на ствари. Тим чином мења се и основ одговорности, па некадашњи оставопримац више не одговара за *dolus*, то јест *culpa lata*, већ као власник за своју ствар (*casum sentit dominus*). Његова обавеза да врати одређену суму није утужива тужбом *ex fide bona (actio depositi)*, већ кондикцијом (*condictio certae creditae pecuniae*). У том случају, поверилац би остваривао право на камату само ако је уговорена формалним правним послом (*stipulatio usurarum*).

2. *Argumenta pro*

Напред наведено дало би повода да се *a priori* одбаци хипотеза о постојању нередовне оставе у класичном праву. Међутим, није тако. Друга група правника полемисала је о истим проблемима и стала на становиште да није реч ни о остави, ни о зајму, већ засебном контракту *bonae fidei*. Делује да је превагу у ставовима однело питање камате,³⁶ иако Литевски³⁷ сматра да је питање камате било секундарне природе, а да је примаран интерес оставодавцу био да повери одређену своту новца на чување. Мишљење по коме депозитар дугује камату ако се служи депонованим новцем, без обзира на то да ли је уговорена, потиче

35 Соврлић пише да је нередовна остава могла настати на два начина: прећутно или споразумом. Сматра да је уговор прећутно настајао ако би се предала на чување незапечаћена сума новца. Држимо да тврдња нема утемељења у изворима и да би случај присвајање новца (запечаћеног или незапечаћеног) од стране депозитара, а без сагласности депонента, то била крађа. М. Соврлић, 43. Такође, Литевски указује да је коришћење новца у депозиту засновано на вољи депонента што представља суштинску особину овог контракта. Wieslaw Litewski (1975), 305.

36 Ludwig Mitteis, „Trapezitika“, ZSS, Vol. 19, Nr. 1/1898, 209; Klaus Geiger, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*, München, 1962, 56. Станојевић наводи да је од тренутка када је депонент стекао право да убира камате за депоновани новац, нередовна остава од пријатељске услуге прерасла у банкарски посао. Обрад Станојевић, *Зајам и камаџа. Историјска и ујореднојравна сјудуија*, Београд, 1966, 118.

37 W. Litewski (1974), 218.

од Квинта Цервидија Сцеволе, члана царског савета Марка Аурелија и *praefectus vigilum* 175. године:³⁸

D.16.3.28. *Scaevola libro primo responsorum: Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Pogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: „Caecilius Candidus Paccio Pogatiano suo salutem. Biginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō.“ Quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. Respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.*³⁹

[Квинт Цецилије Кандид написао је писмо Пацију Рогацију: „Цецилије Кандид поздравља Пација Рогација. Што се тиче (двадесет пет) сестерција које си желео да ми даш, овим писмом те обавештавам да сам их уписао у моју књигу. Побринућу се што пре да ти их вратим. Тачније, побринућу се да добијеш и камату.“ Постављено је питање да ли се на основу овог писма може тражити и камата. Одговорио сам да се по послу *bonae fidei* дугује камата, без обзира да ли је (Цецилије) чувао новац или га је трошио за своје послове.]

Прихватајући ставове свог учитеља, Папинијан (погубљен 212. године)⁴⁰ остаје при томе да није реч ни о остави ни о зајму, већ атипичном контракту *bonae fidei* и додаје да депозитар дугује камату и када је у доцњи. Према његовом наводу (D.16.3.25.1), примарна обавеза и камата утужује се истом тужбом (*actio depositi*).

D.16.3.24. *Papinianus libro nono quaestionum: „Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Stichio actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo.“ Quaeritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem*

38 Н. Мојовић, 357.

39 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

40 А. Berger, 617.

*possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. Si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*⁴¹

[Луције Тиције поздравља Семпронија. Што се тиче сто новчића које си ми на овај дан поверио на чување, а које је одбројио роб Стих као заступник, обавештавам те да су код мене и то потврђујем овим писмом написаним својеручно. Овај новац ћу ти избројати када желиш и где желиш. Поставља се питање око израчунавања камате. Одговорио сам да има места за *actio depositi*; јер шта је друго поверити некоме на чување, него оставити у депозит? То је тачно ако је уговорено да ће бити враћен исти новац који сам ти дао. Али ако је уговорено да ће иста количина бити плаћена, онда овај случај прелази добро познате границе уговора о депозиту. У оваквом случају, ако се не може подићи тужба из депозита, јер је уговорено да се враћа иста количина, а не иста ствар, није лако одговорити да ли има основа за камату. У споровима *bonae fidei* утврђено је да је, кад је реч о каматама, надлежност судије као код стипулације; јер супротно је начелу поштења и поверења и природи депозита тражити камату од депозитара који је показао добру вољу у чувању повереног му новца, пре него је дужник, депозитар, пао у доцњу. Ако је пак од почетка уговорена камата, онда се мора поштовати уговор.]⁴²

D.16.3.25.1.⁴³ *Papinianus libro tertio responsorum: Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est.*⁴⁴

[Онај ко незапечаћен новац који му је остављен у депозит, уз обавезу да врати исти износ, искористи за своје потребе, ако падне у доцњу, биће осуђен да плати и камате на основу *actio depositi*.]

41 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

42 Милена Полојац, *Практикум за римско право. Текстови и случајеви римских правника из облигационог права*, Београд, 2018, 107–108.

43 Интересантно је што Литевски сматра да је реч о интерполацији и да се у оригиналном тексту радило о редовној остави, а да се камата у том случају плаћала само ако је постојао *furtum usus*. Још интересантнији је његов закључак: „Il n'apporte donc aucune preuve positive de la reconnaissance du dépôt irrégulier par Papinien, mais il ne l'exclut pas non plus.“ [Стога он (фрагмент) не пружа никакав доказ да је Папинијан признавао нередовни депозит, али га ни не искључује!]. W. Litewski (1974), 262.

44 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

Два текста из два различита извора другог Сцеволиног ученика, Павла⁴⁵ (живео на прелазу из II у III век),⁴⁶ могу деловати контрадикторно. Наиме, јуриспрудент у свом чувеном делу *Sententiae* или *Sententiarum receptarum ad filium libri V* бележи следеће:

Paul. Sent. 2.12.9:⁴⁷ *Si pecuniam deposuero eaque uti tibi permisero, mutua magis videtur quam deposita, ac per hoc periculo tuo erit.*⁴⁸

[Ако ти депонујем новац, па ти допустим да га користиш, чини се као да је зајам, а не остава, па је због тога ризик на теби.]

Са друге стране, Јустинијанови компилатори су у Дигеста унели и овај Павлов текст:⁴⁹

45 Павле нам преноси један интересантан правни проблем: D.16.3.27. *Paulus libro septimo responsorum: Lucius Titius cum haberet filiam in potestate Seiam, Pamphilus servo alieno in matrimonium collocavit, cui etiam dotem dedit, quam sub titulo depositi in cautionem contulit, et postea nulla denuntiatione a domino facta pater decessit, mox et Pamphilus servus: quaero, qua actione Seia pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit. Paulus respondit, quoniam dos constitui non potuit, ex causa depositi actione de peculio pecuniam repetendam.* [Луције Тиције, док је имао под влашћу ћерку Сеју, удао ју је за туђег роба Памфила и дао мираз, који је положио као јемство у оставу; потом је отац умро, а убрзо и роб Памфил. Питање је којом тужбом може Сеја, као наследница свог оца, захтевати новац? Павле је одговорио да с обзиром на то да мираз није настао, новац може повратити из пекулијума по основу депозита.]. Имајући у виду да мираз није настао, нема места примени *actio rei uxoriae*, те отуда питање како ће Сеја да поврати новац који је дат у оставу туђем робу, а кога је након смрти наследио његов господар. Вотсон пише да ће Сеја моћи да поврати новац из пекулијума њеног несуденог мужа под условом да се чињенично стање подведе под нередовну оставу. Пример може послужити као доказ да је Павле сматрао нередовну оставу за самосталан институт. Alan Watson, „A Slave’s Marriage: Dowry or Deposit“, *Journal of Legal History*, Vol. 12, Nr. 2/1991, доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023, 136.

46 A. Berger, 623.

47 Coll. 10.7.9.

48 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

49 Павле о нередовном депозиту пише и у D.16.3.26.1. *Paulus libro quarto responsorum: Lucius Titius ita cavuit: „Elabon kai exw eis logon parakatavykys ta progegrammena tou arguriou dynaria muria, kai panta poiysw kai sunfwnw kai hwmologysa, hws progegraptai: kai sunevemyxorygysai soi tokon hekastyx mnas hekastou mynos obolous tessaras mexri tys apodosewxs pantos tou arguriou.“* [id est: *Accepti et habeo ex causa depositi supra scripta decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur.*] *Quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt.* [Луције Тиције је изјавио: Примео сам и депонувао напред поменутих десет хиљада денара; и учинићу све што сам рекао и обећао као што је напред наведено; и обавезао сам се да ћу ти платити камату за сваку мину, по четири обола сваког месеца, док се цела сума не исплати; питам може ли се тражити камата. Павле је одговорио да тај уговор

D.16.3.29.1. *Paulus libro secundo sententiarum: Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur.*⁵⁰

[Ако депозитар депоновани новац користи уз моју дозволу, као и код других тужби *bonae fidei*, мора ми исплатити камату.]

Сматрамо да наведени одломци нису противречни и да текст Paul. Sent. 2.12.9. треба тумачити на следећи начин. Овде се не ради о негирању нередовне оставе као засебног контракта *bonae fidei*, већ одређивања одговорности страна у облигационом односу. Ромац преводи реченицу *mutua magis videtur quam deposita* као „сматра се да се ту ради више о зајму него остави“⁵¹ што је недовољно прецизно и може бити узрок забуне.⁵² У конструкцији цитиране реченице употребљен је пасив, па би се у том случају глагол *vidēre* (искоришћена је реч *videtur* у трећем лицу једнине презенте пасива индикатива) имао превести као „чинити се“, „деловати (као)“. Оно што Павле хоће да нам каже је да депозитар из нередовне оставе одговара као зајмопримац, а не као оставопримац.⁵³ За разлику од депозитара из оставе који као детентор одговара за *dolus*, то јест *culpa lata*, депозитар је у нередовној остави власник повереног новца и сходно томе одговара као и зајмопримац. У другом тексту (D.16.3.29.1) јуриспрудент потврђује ставове свог учитеља и истиче да је реч о контракту *bonae fidei* код кога се обавезно дугује камата.

о коме се распитује премашује (оквире) депозита новца, па самим тим у складу са уговором, камата се може утужити с *actio depositi*]. Иако Павле потврђује да се у наведеном примеру не ради о остави, Литевски закључује да јуриспрудент има у виду зајам, одбацујући могућност да је реч о нередовној остави. Тврђњу базира на претпоставци да је реч о интерполацији, а хипотезу да је текст интерполиран заснива на хипотези да је и у Paul. Sent. 2.12.9. реч о интерполацији. Приметно је да аутор у свим Павловим текстовима види уплив Јустинијанових компилатора, а ставове базира на конструкцији реченице и стилу. Идеја није оригинално његова, већ потиче од романиста с почетка XX века, међу којима се посебно истичу Набер и Лонго. Управо супротно, сматрамо да у D.16.3.26.1. Павле потврђује да није реч о редовној остави, већ да има у виду нередовну оставу. Jean Charles Naber, „Observatiunculae iuris romani“, *Mnemosyne*, Nr. 34/1906, 59; Carlo Longo, „Appunti sul deposito irregolare“, *BIDR*, Nr.18/1906, 121–156; Wieslaw Litewski, „Le dépôt irrégulier (II)“, *RIDA*, Nr. 22/1975, 295–304; доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 11. 4. 2023.

50 Доступно на адреси: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>, 8. 4. 2023.

51 Iulii Pauli, *Sententiae ad filium* (priređio i preveo Ante Romac), Zagreb, 1989, 85.

52 Тако на пример, Николић и Соврлић на основу Ромчевог превода изводе закључак да Павле у својим Сентенцама негира постојање нередовне оставе. Ђорђе Николић, „Неправа остава“, *Правни животи*, бр. 10/2001, 458; М. Соврлић, 43.

53 Литевски одбацује ово тумачење сматрајући да се Павле у првом делу реченице бави правном квалификацијом правног посла, а у другом његових правних последица, односно тиме ко сноси одговорност за *preiculum*. W. Litewski (1975), 297.

Читаоцу је јасно да се на основу напред наведених текстова не може извести генералан закључак, али ни потврдити ни одбацили хипотеза да класично право није познавало нередовну оставу као самосталан уговор *bonae fidei*. Наша претпоставка је да је реч о атипичној установи римског права, сликовито речено „страном телу“ у римском правном систему које је требало уподобити постојећој регулативи. Шареноликост ставова и поларитет мишљења римских правника могу се објаснити чињеницом да је реч о младој установи. Класични јуриспруденти нису били сигурни како треба уобличи ову „хеленску новотарију“, те отуда две дијаметрално супротне школе мишљења. Ипак, делује да су Сцеволина, Папинијанова и Павлова виђења однела превагу и да је нередовна остава као контракт *bonae fidei* настао у позном класичном праву. На основу сачуваних одломака у Дигестама, знамо са сигурношћу да је институт постојао у Јустинијановом праву. Даљом доктринарном обрадом установа је послужила као плодно тло за развој савременог уговора о новчаном депозиту, улогу на штедњу, депоновању хартија од вредности, банкарском текућем рачуну и ускладиштењу.⁵⁴

3. Практична потреба за постојањем нередовне оставе

Нередовна остава је мешовит, реалан, онерозан, једнострано обавезујући и *bonae fidei* уговор који у себи обједињује елементе римске оставе и зајма. Ставови дела класичних правника да депозитар у нередовној остави стиче својину на новцу, као и да обавезно дугује камату,⁵⁵ неспојиви су са лукративним карактером депозита. Са друге стране, зајам настаје у искључивом интересу зајмопримца, док код нередовне оставе оставодавац има интерес да свој капитал повери на чување оставопримцу.⁵⁶ У томе се огледа економско-социјална функција контракта.⁵⁷ С обзиром на то да оставодавцу није битно да ли ће му бити враћене идентичне кованице, већ је заинтересован за њихову номиналну вредност, не постоји препрека да се депозитару дозволи њихово коришћење, а да се за ту услугу наплати камата. Додатно, ако знамо да се уговор закључује у интересу оставодавца, а не као код зајма у интересу зајмопримца, депонент је могао тражити новац натраг у сваком тренутку, па и пре истека рока. Нередовна остава превазилази

54 Ђ. Николић, 449.

55 Према Литевском, код нередовне оставе су постојале две врсте камата: затезна, која се плаћала за коришћење новца (*uti*) по одобрењу депонента и уговорна која се плаћала по основу додатног споразума (*pactum*). W. Litewski (1974), 261–262; W. Litewski (1975), 302.

56 R. Zimmermann, 217.

57 Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1918, 541.

и непрактичност римског зајма која се огледала у томе што се камата морала уговорати посебном стипулацијом и што се примењивао приговор по *SC Macedonianum*, али и *exceptio non numeratae pecuniae*.⁵⁸

III Нередовна остава у српском праву

Римска правила о остави наставила су да живе у српској средњовековној држави захваљујући преради византијских правних и црквених извора.^{59, 60} Са друге стране, у српским средњовековним изворима немамо сачуваних записа о нередовној остави.

Јован Хаџић, писац *Грађанској законика за Књажевство Српско* (СГЗ) од четрнаест чланова о остави (§§ 957–970) које садржи *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) преузео је тринаест (§§ 569–581).⁶¹ За разлику од ABGB који нередовну оставу уређује у посебном члану (§ 959), Хаџић је извршио сублимацију чланова §§ 958–959 у § 571 СГЗ. Оба законика, на први поглед, идентично третирају установу:

§ 959 *Ако је чувару, на његов захтев или услед својевољне ѿонуде остављачеве, доушћено у ѿдиребљавати ствар, ѿ онда у првом случају уговор пресѿаје биѿи уговор о остави одмах ѿ*

58 William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1921, 467.

59 XI поглавље Еклоге (*ἐκλογή*) носи наслов *Περὶ πάσης παραθήκης* („О свим оставама“), а XVIII поглавље Прохирона (*Πρόχειρος Νόμος*) под насловом *Περὶ καταθήκης* („О оставама“) садржи правила о остави у четрнаест чланова. Поглавље XXV Епанагоге (*ἐπιαναγωγή*) садржи шеснаест чланова о остави, а Синтагма Матије Властара (*Συνταγμα σαπονιτ*) преузима само две одредбе из Прохирона под насловом *Περὶ παρακαταθήκης* („О оставама“). С. Шаркић, 61–62.

60 Поглавље 48 Законоправила Светог Саве под насловом *Избор из закона Бојом дайѿи Мојсију* садржи кратко поглавље о остави (*О ѿкладѿе*), а осамнаести титулус *ω ѿкладѿѿи* („О остави“), 55. поглавља истог законика, садржи свих четрнаест правила из Прохирона. Редактори скраћене Синтагме преузели су комплетно поглавље из Властареве Синтагме и придодали му још један члан о одговорности оставопримца који не садржи грчки оригинал. Важан извор сазнања о остави у српској средњовековној држави су и уговор са Дубровником, међу којима се издвајају: уговор Дубровачке општине са Которском комуном од 5. јуна 1279. године, уговор о остави закључен између Дубровачке општине и жупана Десе, сина краља Владислава од 3. јула 1281. године и уговор који су потписали Дубровник и деспот Ђурађ Бранковић 25. јануара 1441. године. Значајна су и два писма у којима се помиње остава: прво које упућује цар Душан из Сера Дубровчанима 23. фебруара 1355. године и писмо које Дубровчани адресирају кнегињи Милици 6. децембра 1395. године. С. Шаркић, 62–66.

61 Види више Јелена Даниловић, „Српски грађански законик и римско право“, *Сѿо ѿдесет ѿ година од доношења Српској грађанској законика (1844–1994)* (ур. Миодраг Јовичић), Београд, 1996, 52–54.

*доуишћењу, а у другом од њренујка кад је њонуда њримљена, или од кад је са њримљеном сјвари одисја учињена ујојшеба, и ујовор о осјави њрелази код њојрошних сјвари у ујовор о зајму, а код њејојрошних у ујовор о њослузи, и њада насјуујају с њим везана њрава и дужносји.*⁶²

§ 571 Сјвар на осјаву њримљену чувар нема њрава на своју корисји ујојшебији нији уживаји, осим случаја, ако њо осјављач нарочио сам дозволи; но онда њресјаје исји ујовор бији аманејом и њрелази у наруч, најам, или зајам, њо разлици сјвари и ујојшебљења.⁶³

Карактеристично је да АВГВ не познаје нередовну оставу као самосталан контракт, већ чињенично стање које би јој одговарало квалификује на исти начин као и римски правници Алфен Вар, Нерва, Прокул, Африкан, Марцел и Улпијан. Попут ових јуриспрудената, аустријски законодавац прави јасну разлику када постоји уговор о остави, а када зајам (послуга ако је реч о непотрошним стварима), негирајући постојање института нередовне оставе. Читајући § 571 СГЗ стичемо утисак да је институт уређен по узору на § 959 АВГВ. Упркос наведеном, проф. Аранђеловић⁶⁴ истиче да је нередовна остава могућа по СГЗ. Он напомиње да је цитирана норма диспозитивне природе и да ће остава прерасти у зајам искључиво на основу сагласности воља страна у облигационом односу. То имплицира да су стране слободне да изјавама воље дерогирају § 571 СГЗ и закључе било који правни посао који не вређа јавни поредак и морал.⁶⁵ Следствено, ситуација у којој једна страна предаје другој заменљиву ствар на чување, с правом употребе и обавезом враћања исте количине исте ствари, може бити третирана као нередовна остава, јер је СГЗ изричито не забрањује. Уважени професор додаје и да се уговор може закључити изричито или прећутно у зависности од прилика и особина лица.⁶⁶ Сматрамо да је наведено системско тумачење § 571 СГЗ исправно, иако остаје чињеница да законик не познаје нередовну оставу као именован контракт.

За разлику од средњовековног и модерног, савремено српско право познаје нередовну оставу као самосталан именован уговор. Проф.

62 Драгољуб Аранђеловић, *Аустријски грађански законик* (превод), Београд, 1922, 267.

63 Доступно на адреси: <https://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-godsa-kasnijim-izmenama.html>, 19. 4. 2023.

64 Драгољуб Аранђеловић, „О остави или аманету“, *Правне расправе*, Београд, 1921, 46.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*

Константиновић нормира институт у члану 722 Закона о облигационим односима (ЗОО) под насловом *Нейрава*⁶⁷ *остѡава*:

Члан 722: *Каг су у остѡаву даѡе заменљиве стѡвари с ѡравом за остѡавоѡримца да их ѡѡѡроши и обавезом да враѡи исѡу количину стѡвари исѡе врѡе, онда се на њеѡве односе са остѡаводавцем ѡримењују ѡравила уѡвора о зајму, само ће у ѡѡледу времена и месѡа враѡања важии ѡравила уѡвора о остѡави, ако уѡварачи нису шѡо друѡо одредили у ѡом ѡѡледу.*⁶⁸

Решење савременог српског права одступа од СГЗ и приклања се концепцији института у позном класичном и посткласичном римском праву.⁶⁹ Према правилима српског права, то је мешовит уговор који садржи карактеристике уговора о зајму и уговора о остави, док је норма којом је дефинисан диспозитивне природе. Имајући у виду двојност института, Перовић⁷⁰ се пита да ли је нередовна остава у суштини зајам или остава и додаје да је проф. Константиновић прихватио теорију апсорпције према којој један елемент уговора апсорбује други, тако да се на цео уговор имају применити правила која важе за тај елемент; самим тим, у српском праву се на институт нередовне оставе примењују правила о уговору о зајму, осим у погледу времена и места враѡања ствари, ако се странке нису другачије споразумеле.

Нацрт Грађанског законика Републике Србије (Нацрт) из 2015. године уређује нередовну оставу у члану 1056 под насловом *Нейрава остѡава*:

Члан 1056 став 1: *Каг су у остѡаву даѡе заменљиве стѡвари с ѡравом за остѡавоѡримца да их ѡѡѡроши и обавезом да враѡи исѡу количину стѡвари исѡе врѡе, онда се на њеѡве односе са остѡаводавцем ѡримењују одредбе о уѡвору о зајму, а о времену и месѡу враѡања одредбе о уѡвору о остѡави, ако уѡворне стѡране нису шѡо друѡо одредили у ѡом ѡѡледу.* Став 2: *Исѡо вреди ако је*

67 *Depositum irregulare* се на српски језик преводи тројако као нередовна, неправна или неправилна остава. Речи су синоними и означавају исту установу.

68 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 гласник РС*, бр. 18/2020.

69 Упоред.: § 700 немачког Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), § 472 мађарског Грађанског законика (*Polgári törvénykönyv*), чл. 481 швајцарског Законика о облигацијама (*Code civil suisse*), чл. 1782 италијанског Грађанског законика (*Codice Civile*), чл. 845 пољског Грађанског законика (*Kodeks cywilny*).

70 Слободан Перовић, *Облигационо ѡраво*, Београд, 1981, 748. О теоријским концепцијама правне природе института вид. више Ђ. Николић, 458–461.

*у оставу даи новац у незаввореном омоту, а није уговорено да је оставопримац дужан вратиити исте новчанице.*⁷¹

Јасно је да је законодавац у члану 1056 став 1 уредио институт по угледу на члан 722 важећег ЗОО. Међутим, нејасна је потреба за прописивањем става 2. Тачно је да постоји идентична одредба у Константиновићевој *Скици за законик о облиацијама и уговорима* (члан 745 став 2),⁷² али сматрамо да је с правом изостављена у финалном тексту ЗОО. Наиме, писац Нацрта (или проф. Константиновић) је наслањајући се на традицију римског права и члан 481 став 2 швајцарског Законика о облигацијама, прописао да ће „ако је у оставу дат новац у незаввореном омоту, а није уговорено да је оставопримац дужан вратиити исте новчанице“ постојати нередовна остава. Ако знамо да је у римском праву предмет нередовне оставе могао бити искључиво новац, односно да римски јуриспруденти као предмет уговора наводе само новац, јасна је потреба за прецизирањем. Римски правници су својим грађанима појаснили да ће ако се преда на чување запечаћен новац постојати остава, односно ако се преда незапечаћен новац који депозитар може да троши, постојати нередовна остава. Потреба за тумачењем је сврсисходна и целисходна. Са друге стране, српски законодавац је као предмет нередовне оставе навео *заменљиве ствари* што значи да се могу депоновати све генеричне ствари. Одредница *заменљиве ствари* је употребљена као генусни појам који обухвата све генеричне ствари – новац, хартије од вредности, вино, жито, брашно и слично. Ако знамо да су још римски правници дефинисали новац као потрошну ствар чија се суштина употребом не мења, али онај ко га троши може то само једном урадити,⁷³ јасно је да је реч о генеричној ствари. Самим тим, став 2 чини се излишним.⁷⁴ Но, поред тога он је и нејасан. За разлику од лаичке јавности, ученом правнику је јасно да се став 2 има тумачити да депозитар стиче право својине на депонованом новцу уколико то није изричито забрањено, прецизније ако је на чување предата незапечаћена сума новца, да су се уговорне стране прећутно споразумеле о закључењу неправне оставе. Уколико писац Нацрта одлучи да став 2 задржи у коначној верзији будућег Грађанског законика Републике Србије, сматрамо нужним

71 Доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 13. 4. 2023.

72 Михаило Константиновић, *Облиације и уговори. Скица за законик о облиацијама и уговорима*, Београд, 1996, 256.

73 Вукашин Станојловић, „Одговорност послугопримца за штету у класичном римском праву“, *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд – Ваљево, 2022, 581.

74 Навод потврђује и судска пракса. Судови немају дилему да је новац заменљива ствар и да може бити предмет уговора о нередовној остави. Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 2142/2017 од 12. 10. 2017, *Paragraf Lex*.

извршити његову стилизацију како би се отклониле дилеме у погледу права и обавеза страна у облигационом односу.

IV Закључак

Највећи број романиста је сагласан да је нередовна остава настала у грчким провинцијама Римског царства. Оно око чега се споре је да ли је институт постојао у класичном римском праву. Анализирајући сачуване текстове римских правника, закључујемо да су постојала два виђења. Једна група правника коју чине Алфен Вар, Нерва, Прокул, Африкан, Марцел и Улпијан, негира њено постојање и прецизно разликује када постоји уговор о остави, а када уговор о зајму. *A contrario*, Сцевола, Папинијан и Павле расправљају о нередовној остави као самосталном уговору *bonae fidei* који у себи обједињује елементе римске оставе и зајма. Делује да су њихови ставови однели превагу и да је институт настао у позном класичном праву. Јустинијанови компилатори су презузели установу која је наставила да живи и у посткласичном праву.

У римском праву, разлог настанка нередовне и редове оставе је исти – депонент склапа правни посао, то јест поверава ствар (новац) депозитару на чување. За разлику од редовне оставе, код нередове: 1) предмет правног посла је новац (заменљива ствар); 2) депозитар стиче право својине на новцу и може њиме слободно располагати; 3) обавеза оставопримца не гласи на повраћај индивидуалне ствари, већ генеричне ствари исте врсте и каквоће (номиналне вредности новца); 4) као власник, депозитар одговара *omnis culpa*; и 5) обавезно дугује камату без обзира на то да ли је уговорена.

Српско средњовековно право није познавало нередовну оставу, а модерно право, следећи аустријски узор, негира њену самосталну природу. Ипак, постоје тумачења да су уговорне стране могле закључити овај уговор, јер га СГЗ изричито не забрањује. У савременом праву институт је уређен чланом 722 ЗОО. Следствено прихваћеној теоријској концепцији на овај уговор се примењују правила која важе за уговор о зајму, осим у погледу времена и места враћања ствари, када се примењују правила о уговору о остави. Норма је диспозитивне природе.

Коришћена литература

- Аврамовић Сима, Станимировић Војислав, *Упоредна правна традиција*, Београд, 2019. (Avramović Sima, Stanimirović Vojislav, *Uparedna pravna tradicija*, Beograd, 2019)
- Аранђеловић Драгољуб, *Аустријски грађански законик* (превод), Београд, 1922. (Arandelović Dragoljub, *Austrijski građanski zakonik* (prevod), Beograd, 1922)
- Аранђеловић Драгољуб, „О остави или аманету“, *Правне расправе*, Београд, 1921. (Arandelović Dragoljub, „O ostavi ili amanetu“, *Pravne rasprave*, Beograd, 1921)
- Berger Adolf, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953.
- Бујуклић Жика, *Римско приватно право*, Београд, 2012. (Bujuklić Žika, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 2012)
- Buckland William Warwick, *A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian*, Cambridge, 1921.
- Watson Alan, „A Slave’s Marriage: Dowry or Deposit“, *Journal of Legal History*, Vol. 12, Nr. 2/1991.
- Watson Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965.
- Vigeneron Roger, „Résistance du Droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier“, *RIDA*, Nr. 31/1984.
- Вишић Марко, *Закони древне Месопотамије*, Сарајево, 1989. (Višić Marko, *Zakoni drevne Mesopotamije*, Sarajevo, 1989)
- Geiger Klaus, *Das depositum irregulare als Kreditgeschäft*, München, 1962.
- Girard Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1918.
- Даниловић Јелена, „Српски грађански законик и римско право“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994)* (ур. Миодраг Јовичић), Београд, 1996. (Danilović Jelena, „Srpski građanski zakonik i rimsko pravo“, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844–1994)* (ur. Miodrag Jovičić), Beograd, 1996)
- Diódsi György, *Contract in Roman Law: From the Twelve Tables to the Glosators*, Budapest, 1981.
- Evans-Jons Robin, „The Penal Characteristics of the ‘actio depositi in factum’“, *Studia et documenta historiae et iuris*, Nr. 52/1986.
- Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Pretoria, 1990.

- Јасић Стојан, *Закон старијег и средњег века. Хамурабијев законик*, Београд, 1968. (Jasić Stojan, *Zakoni starog i srednjeg vijeka. Hamurabijev zakonik*, Beograd, 1968)
- Kaser Max, *Roman private law* (translated by R. Dannenbring), Pretoria, 1984.
- Катанчевић Андреја, „Одговорност оставопримца за штету у римском праву“, *Прозроковање штете, накнада штете и осигурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд – Ваљево, 2022. (Katančević Andreja, „Odgovornost ostavo-primca za štetu u rimskom pravu“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd – Valjevo, 2022)
- Knopf Ellen, *Contracts in Athenian Law*, doctoral dissertation, New York, 2005.
- Константиновић Михаило, *Облијације и уговори. Скица за законик о облијацијама и уговорима*, Београд, 1996. (Konstantinović Mihailo, *Obligacije i ugovori. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1996)
- Laurinavicius Kęstutis, „The Legal Nature of Bank Deposits“, *Review of Central and East European Law*, Vol. 31, Nr. 3/2006.
- Litewski Wieslaw, „Le dépôt irrégulier“, *RIDA*, Nr. 21/1974.
- Litewski Wieslaw, „Le dépôt irrégulier (II)“, *RIDA*, Nr. 22/1975.
- Longo Carlo, „Appunti sul deposito irregolare“, *BIDR*, Nr. 18/1906.
- Милошевић Мирослав, *Римско право*, Београд, 2016. (Milošević Miroslav, *Rimsko pravo*, Beograd, 2016)
- Mitteis Ludwig, „Trapezitika“, *ZSS*, Vol. 19, Nr. 1/1898.
- Мојовић Никола, *Римско право. Књига I. Историја римског права*, Бања Лука, 2008. (Moјović Nikola, *Rimsko pravo. Knjiga I. Istorija rimskog prava*, Banja Luka, 2008)
- Naber Jean Charles, „Observatiunculae iuris romani“, *Mnemosyne*, Nr. 34/1906.
- Николић Ђорђе, „Неправа остава“, *Правни живот*, бр. 10/2001, Београд, 2001. (Nikolić Đorđe, „Neprava ostava“, *Pravni život*, br. 10/2001, Beograd, 2001)
- Pauli Iulii, *Sententiae ad filium* (priredio i preveo Ante Romac), Zagreb, 1989.
- Перовић Слободан, *Облијационо право*, Београд, 1981. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981)
- Poloјac Milena, *Praktikum za rimsko pravo. Tekstovi i slučajeви rimskih prav- nika iz obligacionog prava*, Beograd, 2018. (Poloјac Milena, *Praktikum*

- za rimsko pravo. Tekstovi i slučajeви rimskih правника из obligacionog права*, Beograd, 2018)
- Puhan Ivo, *Rimsko pravo*, Beograd, 1974. (Puhan Ivo, *Rimsko pravo*, Beograd, 1974)
- Rathbone Dominic, Temin Peter, „Financial Intermediation in First-Century Ad Rome and Eighteenth-Century England“, *Pistoi Dia Ten Technen. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of Raymond Bogaert* (eds. Koenraad Verboven, Katelijjn Vandorpe, Véronique Chankowski), Peeters, 2008.
- Romac Ante, „Rimski advokati u Juvenalovim satirama“, *Odvjetnik*, br. 7–8/1974.
- Romac Ante, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1981.
- Соврлић Милица, „Нередовна остава у римском праву“, *Усклађивање њравној сисџема Србије са сџандардима ЕУ* (ур. Снежана Соковић), Крагујевац, 2020. (Sovrlić Milica, „Neredovna ostava u rimskom pravu“, *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU* (ur. Snežana Soković), Kragujevac, 2020)
- Станојевић Обрад, *Зајам и камата. Историјска и њпореднојравна сџудија*, Београд, 1966. (Stanojević Obrad, *Zajam i kamata. Istorijska i ѡprednopravna studija*, Beograd, 1966)
- Станојевић Обрад, *Римско ѡраво*, Београд, 1997. (Stanojević Obrad, *Rimsko pravo*, Beograd, 1997)
- Станојловић Вукашин, „Одговорност послугопримца за штету у класичном римском праву“, *Проузроковање шџетџе, накнада шџетџе и осџурање* (ур. Здравко Петровић, Владимир Чоловић, Драган Обрадовић), Београд – Ваљево, 2022. (Stanojlović Vukašin, „Odgovornost poslugoprimca za štetu u klasičnom rimskom pravu“, *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje* (ur. Zdravko Petrović, Vladimir Čolović, Dragan Obradović), Beograd – Valjevo, 2022)
- Стојчевић Драгомир, *Римско ѡривајно ѡраво*, Београд, 1984. (Stojčević Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Beograd, 1984)
- Horvat Marjan, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1980.
- Шаркић Срђан, „Депозит у римском, византијском и српском средњовековном праву“, *Хармонизација ѡрађанској ѡрава у реџиону* (ур. Дијана Марковић-Бајаловић), Источно Сарајево, 2013. (Šarkić Srđan, „Depozit u rimskom, vizantijskom i srpskom srednjovekovnom pravu“, *Harmonizacija građanskog права u regionu* (ur. Dijana Marković-Bajalović), Istočno Sarajevo, 2013)

Vukašin STANOJLOVIĆ, LL.M

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

IRREGULAR DEPOSIT IN ROMAN AND SERBIAN LAW

Summary

The irregular deposit, a contentious concept in Roman law, is believed to have its origins in the eastern provinces of the Roman Empire, sparking debates among scholars about its existence in classical law. This contractual arrangement enables the depositor to utilize the deposited funds, which they own, with an obligation to repay the same nominal amount along with associated interest upon the depositor's request. According to research, the author contends that this institution did exist in classical law. However, the irregular deposit was absent in Serbian medieval law. The Civil Code for the Principality of Serbia, influenced by the Austrian model, did not treat the irregular deposit as a separate contract. Present Serbian law addresses it in Article 722 of the Law on Contracts and Torts. The author also highlights potential shortcomings of this institution in the Draft Civil Code of the Republic of Serbia from 2015.

The paper uses linguistic, historical, and systematic interpretation of passages: Paul. Sent. 2.12.9, D.12.1.9.9, D.12.1.10, D.16.3.24, D.16.3.25.1, D.16.3.26.1, D.16.3.28, D.16.3.27, D.16.3.29.1, D.16.3.1.34, D.19.2.31. and historical method.

Key words: Roman Law. – Deposit (*Depositum*). – Irregular Deposit (*Depositum irregulare*). – Law of Contracts and Torts. – Contractual Liability.

Датум пријема рада: 15. 10. 2023.

Датум прихватања рада: 5. 12. 2023.

УДК: 347.74

CERIF: S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23408A

Петра СТАНОЈЕВИЋ*

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

Василије МИТРОВСКИ**

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ЋУТАЊЕ ЈЕ ЗЛАТО – АНАЛИЗА ИЗРЕКЕ КРОЗ ПРАВИЛА ТРГОВИНСКОГ ПРАВА***

Сажетак

Рад се бави анализом ћућања (пасивне радње) на терену грађанској и трговинској права, са посебним освртом на његову регулативу у ЗОО, који предвиђа могућности закључења уговора ћућањем као важан изузетак од широко прихваћеној принципима аутономије воље. Аутори се баве и разграничењем појма ћућања од сличних правних институција, као и анализом разних уредноправних решења и могућности њихове примене у домаћем праву. Најпоследњу, разматрају се и поједине ситуације и врсте уговора у контексту могућности закључења ћућањем. Главна идеја рада јесте да је ћућање као изузетак од начела аутономије воље уведено ради заштите интереса правној промету науштрб интереса уговорница и правне сигурности, те да мора бити уско тумачено.

* Електронска адреса аутора: petrrrrrra.s@gmail.com.

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

*** Овај рад је награђен одлуком фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2023. годину.

Аутори ујоредна и домаћа правила осмајрају ураво у свејлу ових интереса и дају предлоге како би они моли биши ефикасније заштитени.

Кључне речи: *Ћутање. – Прихвати понуде ћутањем. – Закључење уговора ћутањем. – Правила трговинског права.*

I Уводна разматрања

„Ћутање је злато“ је стара изрека која се употребљава када се жели истаћи колико је ћутање у појединим животним ситуацијама драгоцено. Међутим, да ли она важи и у (трговинском) праву, које тежи да уреди и организује свакодневни живот људи? Интуитивно говорећи, правни субјект се не може обавезати према другом пасивном радњом, простим ћутањем, неактивношћу. Ипак, у тежњи да задовољи различите интересе у основи свог постојања, право је морало наћи начин да од овог општег принципа одступи и тиме дозволи ситуације у којима се субјект може наћи обавезаним упркос непостојању изговорене или написане речи.

Могућност закључења уговора, односно прихвата понуде ћутањем јавља се као изузетак од широко прихваћеног принципа аутономије воље. Према овом начелу, правни субјекти су слободни да своје односе уреде по својој вољи, а у складу са јавним поретком, добрим обичајима и принудним прописима. Начело је на овакав начин имплементирано у оквиру Закона о облигационим односима,¹ а присутно је и у упоредном праву – како експлицитно, тако и имплицитно, а потиче још из доба римског права.

Оваква формулација начела аутономије воље јасно указује на два интереса између којих право као такво обитава – интереса странака као појединачних правних субјеката, с једне стране, и интереса правног поретка, односно државе као колектива, с друге. Како ово начело има смисла само ако не штети правним интересима трећих и колектива (и то само оних које право сматра оправданим), тако изводимо закључак да се при проучавању овог начела и института који из њега произлазе неминовно мора водити рачуна о интересу уговорних страна у поређењу са друштвеним интересом.

У контексту овог рада, принцип слободе уговарања постоји у основи у интересу уговорних страна – да би оне уредиле своје односе

1 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 гласник РС*, бр. 18/29, чл. 10.

на начин који им највише одговара, али уз изузетке које трпи у смислу поштовања друштвеног интереса, јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја. Стога се мора водити рачуна о томе да постојање свих изузетака од овог начела, који су установљени управо ради заштите тог вишег друштвеног интереса, буде оправдано. У том смислу поставља се питање – на који начин се закључење уговора ћутањем може подвести под изузетке од начела аутономије воље?

С обзиром на то да је питању закључења уговора ћутањем према правилима трговинског права дато веома мало простора у српској правној теорији, законодавству и у судској пракси, овај рад има за циљ да анализира ћутање као правни институт и његово значење у трговинском праву, уз критички осврт на упоредноправну регулативу и приказ могуће имплементације у домаћем праву, а све кроз призму његових основних начела.

У основи, право сам пасивни чин ћутања не квалификује довољним за закључење уговора. Ипак, готово сва данашња права познају институт закључења уговора ћутањем, махом као изузетак од основног правила представљеним начелом аутономије воље. Тако и у нашем праву, и то у члану 42 ЗОО, видимо да „ћутање понуђеног не значи прихватање понуде“ (став 1). Међутим, Закон говори о две ситуације у којима ће се сматрати да је уговор закључен упркос ћутању понуђеног. Тако из става 3 и 4 истог члана видимо да „кад понуђени стоји у сталној пословној вези са понудиоцем у погледу одређене робе, сматра се да је прихватио понуду која се односи на такву робу, ако је није одмах или у остављеном року одбио“, као и да „лице које се понудило другом да извршава његове налоге за обављање одређених послова, као и лице у чију пословну делатност спада вршење таквих налога, дужно је да изврши добијени налог ако га није одмах одбило.“

Из наведених формулација закона намеће се питање улоге судова при решавању будућих спорова, односно да ли они морају водити рачуна да изузетке не тумаче прешироко или имају овлашћење на креирање права, те на евентуалну примену овог института и ван случајева изричито прописаних законом. Наше је становиште да се при одговору на ово питање мора водити рачуна о два кључна момента.

Прво, као што је претходно већ напоменуто, треба водити рачуна о односу интереса странака у односу на друштвени интерес у конкретном случају. Друго, изузеци у праву често су предвиђени у интересу слабије уговорне стране у односу на привредног субјекта као професионалца, те се тумачењем правила закона слабија уговорна страна не сме довести у тежи положај.

Чини се да се у нашем трговинском праву овај проблем не може јавити због поимања уговора у привреди као уговора које закључују

искључиво привредни субјекти, међутим постоје ситуације у којима је заштита слабије стране и више него релевантна за трговинско право. Тако, у науци постоје врсте уговора које се сматрају трговинским и кад им је једна страна непривредни субјект, а због учесталости закључивања и због своје суштине која је привредноправна (трговина робом, новцем, услугама бар једне стране).² При анализи института закључења уговора ћутањем у случају ових уговора треба имати на уму да ли се овакво решење противи интересу слабије стране те као такво и основном постулату по ком се тумачење уговора врши у њеном интересу.

Такође, треба уочити да је једна од основних идеја (трговинског) права које почива на теретним уговорима једнакост давања и положаја уговорних страна. У том смислу, мора се водити рачуна да увођење обавезе једне уговорне стране на активно одбијање понуде може бити у сукобу са једнакошћу и теретима које уговорне стране морају да снесу у правном промету.

Језичко тумачење датих одредаба закона отвара пут још неким спорним питањима. Пре свега, уочавамо проблем њихове неодређености. Појам „*стпална йословне веза*“ може изазвати спорења у пракси због своје непрецизности, а то шта се заправо сматра сталном пословном везом – остаје на судовима да разреши.³ Ни израз „*йрихвайшање йонуде која се односи на йтакву робу*“ такође није прецизно дефинисан.

Да ли законодавац овде мисли на исту или истоврсну робу? Да ли би се овде могла сврстати и другачија роба која служи испуњењу исте или сличне сврхе? У том смислу поставља се питање на који начин регулисати ситуацију у којој је роба наведена у понуди друкчијег квалитета од оног који је раније уговаран или кад понуда садржи количину робе знатно већу у односу на ону која је редовно уговарана? Коначно, да ли је оправдано оптеретити понуђеног у ситуацији када се цена робе наведена у понуди значајно разликује од оне која је редовно уговарана?

Ово су све питања која нису значајније обрађена у домаћој литератури нити судској пракси, те је простор за теоретисање широк. У страној пракси судови су често пресуђивали на основу „здравог разума“, односно на темељу свих околности случаја утврђивали су да ли је понуда разумна из угла понуђеног, те да ли је повољна за њега.⁴

Треба споменути да закон предвиђа обавезу одбијања понуде у случају чијег непоштовања ће се сматрати да је уговор (о осигурању)

2 Небојша Јовановић, Мирјана Радовић, Вук Радовић, *Трговинско йраво*, Београд, 2021, 58–59.

3 „Међутим, склапање само једног уговора између странака, макар се радило и о уговору склопљеном на неодређено време, нема значај континуираног уговорног односа...“ *Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-742/07* од 26. 3. 2010.

4 Вид. *Cooper vs National Westminster Bank plc* 2009.

закључен.⁵ Законодавац институт закључења уговора ћутањем овим чланом ЗОО имплементира и другом законодавном техником, на посебан начин – за одређену врсту уговора односно врсту уговарача или обавезе која се уговором стиче.⁶

Коначно, уочавамо и члан 750 ЗОО, који се чини допуном члана 42 става 4, који институт ћутања као закључења уговора у чијој је основи налог већ уводи на експлицитан начин, те само придодаје обавезу накнаде штете понудиоцу у случају неприхватања налога у предвиђеном року. Овде се једино као питање отвара да ли је ова одговорност уговорна или деликтна, с обзиром на то да из члана 42 произлази да ће се уговор сматрати закљученим, али одговорност из члана 750 заснива се на неинформисању о одбијању налога, у ком случају уговор и није закључен.

Изводимо закључак да је институт закључења уговора ћутањем у српско право уведен на два начина – експлицитно, као изузетак од основног принципа аутономије воље и у виду обавезе одбијања понуде у случају чијег кршења произлази уговор.

II Разграничење између ћутања и осталих правних института

Ћутање у праву означава једно потпуно пасивно стање на основу кога се не може извести никакав закључак о намерама лица које ћути, што значи одсуство било каквог испољавања воље.⁷

Међутим, уговор може бити закључен и без изричите изјаве воље, када неко прећутно изражава своју вољу, из чега савесни прималац такве изјаве воље може закључити да она постоји и да је правно обавезујућа. Тада је реч о тзв. прећутној изјави воље или *конклучентним радњама*, које нису предузете да би се манифестовала воља за закључење уговора, али се на основу „праксе утврђене између заинтересованих страна или обичаја“,⁸ могу сматрати изјавом воље. ЗОО прописује да је понуда прихваћена кад понуђени пошаље ствар или плати цену,⁹ а Опште узансе за промет робом наводе и друге примере.¹⁰

5 ЗОО, чл. 901 ст. 3.

6 О посебним уговорима и ћутању вид. Миодраг Орлић, „Ћутање понуђеног као знак пристајања према Закону о облигационим односима“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 52/2004, 23–51.

7 М. Орлић, 6.

8 ЗОО, чл. 39 ст. 2.

9 ЗОО, чл. 39 ст. 2.

10 На пример, када купац робу која му је предата „на оглед“, „на пробу“, „на поглед“, „по виђењу“, не врати у року који је био уговорен за његову изјаву да ли робу прима, сматра се да је закључен уговор о куповини и продаји (ОУ, клаузула бр. 34).

Вероватно најпознатији пример је закључење уговора о превозу са превозником самим уласком у градски аутобус. Сматрамо да би чак и ако би лице пре уласка изјавило да не жели да закључи овај уговор, то представљало контрадикторно понашање које би се, према члану 12 ЗОО, могло сматрати кршењем начела савесности и поштења.

Конклюдентна радња је увек изјава воље, а ћутање само изузетно, под законом прописаним условима. Неки аутори сматрају да и само ћутање може да буде конклюдентна радња.¹¹

Код *ирейходној сјоразума сјранака да ће се ћушање понуђеној сматрати иривајом*, који се уочава у упоредном праву, примећујемо да институт закључења уговора ћутањем губи своју природу – изјава воље понуђеног је унапред дата, што је супротно правном појму ћутања. Могло би се сматрати да је реч о прихватању понуде путем шифре која се састоји у ћутању.¹² Оваква одредба је према чл. 42 ст. 2 ЗОО ништава.

„*Денџлменски сјоразум*“ (којим се преговарачи договарају да ће понудилац ћутање сматрати пристанком на уговор) не може бити доказ значаја ћутања као прихвата сам по себи, већ пракса успостављена на његовој основи.¹³

Да ли се ћутање потрошача који је *иримио ненаручену робу или услују* може сматрати његовим пристанком на тај уговор? Према једном схватању, реч је о безусловном поклону, слање ствари представља понуду конклюдентном радњом, а ћутање потрошача значи прихват. Потрошач би могао слободно да располаже њиме, без потребе да плати заузврат. Према другом схватању, ћутање потрошача не значи пристанак на понуду, али ако се почне понашати као власник ствари сматраће се да је пристао на безусловни поклон.¹⁴ Примећујемо да је српски законодавац прихватио друго схватање тако да у нашем праву „нема дејства одредба у понуди да ће се ћутање понуђеног или неко друго његово пропуштање (на пример, ако не одбије понуду у одређеном року, или ако послату ствар о којој му се нуди уговор не врати у одређеном року и сл.) сматрати као прихватање.“¹⁵

11 Petar Miladin, „Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4/2008, 928.

12 Мирса Мијачић, „Прихватање понуде ћутањем понуђеног“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, бр. 17/1977, 290.

13 Анастасија Ивановна Целлер, „О некоторых особенностях практики акцептования оферты конклюдентными действиями“, *Вестник Челябинской государственной университетей*, Серия: Право 2019. — Т. 4, вып. 2, 96.

14 Марија Караникић Мирић, „Забрана слања ненаручених пошиљака у српском праву и у праву ЕУ: Усклађеност и развојне тенденције“, *Казнена реакција у Србији: IX део* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2019, 180–181.

15 ЗОО, чл. 42 ст. 2.

Уговор закључен *електронским путем* сматра се закљученим када им лице коме су упућене електронске поруке са изјавом прихвата може приступити.¹⁶ Пружалац услуга има обавезу да потврди пријем електронске поруке која садржи понуду или прихват.¹⁷ Због појачане формалности, расправа о могућности закључења уговора ћутањем овде слична је оној код формалних уговора,¹⁸ те сматрамо да природа ових уговора искључује ту могућност.

Када неко лице учини *позив да се понуда упути уз резерву свој накнадној присиланка*, предлог не представља понуду, али обавезује предлагача да обавести понудиоца да одбија понуду, иначе ће се уговор сматрати закљученим. У овом случају сагласност воља настаје из саме чињенице да она није изричито негирана.¹⁹

Када је реч о закључењу уговора *на аукцији*, поставља се питање да ли има услова за примену института закључења уговора ћутањем, с обзиром на то да се на аукцији уговор закључује у моменту „пада чекића“. Шта по својој правној природи представља пад чекића? Он је несумњиво прихват понуде коју је учинио учесник надметања од стране аукционара и представља тзв. „изјаву воље без речи“. Ипак, није реч о прихвату понуде ћутањем, већ општеу својеним знацима (као што је климање главом, дизање руке).²⁰

III Упоредноправна решења и могућност њихове примене у српском праву

1. Упоредноправна регулатива

Анализом упоредног права уочено је да је закључење уговора ћутањем дозвољено ако постоји сплет околности које ћутању дају неопходну квалификацију. Махом је тражена околност која ће се на њега надовезати као услов за квалификацију ћутања прихватам.²¹ Постоји неколико таквих околности које ће бити представљене и упоређене с домаћим решењима.

16 Закон о електронској трговини, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, 95/2013, 52/2019, чл. 15.

17 Закон о електронској трговини, чл. 14 ст. 1.

18 Вид. одељак IV–1.

19 Robert M. Merkin, Severine Merkin QC, *Poole's Textbook on Contract Law*, Oxford, 2021, 62.

20 Маша Мишковић, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 134.

21 Младен Драшкић, „Ћутање као изјава воље у правном промету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1993, 102.

Нека законодавства за *одређене категорије лица* или *уговора* (закономима и трговинским обичајима) прописују обавезу изјашњавања. У нашем праву ово постоји у вези са уговором о осигурању, у америчком с уговором о продаји, а у осталим уочавамо ову обавезу код уговора у искључиву корист понуђеног.²²

Ово решење је интересантно из аспекта понуђеног, јер ћутањем стиче искључиво права и из тог угла чини се оправданим. Ипак, овим се одудара од главног разлога због ког је закључење уговора ћутањем уведено, препознавања туђег у односу на интерес понуђеног као важнијег. У литератури се често као поређење домаћег решења са овим наводи и прећутно продужење уговора о закупу и лиценци, али истичемо да смо ове начине изражавања воље препознали као конклюдентне радње.²³

Неретко се и *неогбијање понуде* учињене на основу позива на понуду изједначава са прихватом. Наша се судска пракса о томе није изјаснила, али ЗОО наводи: „али ће пошиљалац таквих позива одговарати за штету који би претрпео понудилац ако без основаног разлога није прихватио његову понуду.“²⁴ Дакле, наше право не препознаје овај начин закључења уговора ћутањем, већ само извлачи вануговорну одговорност понуђеног.

Прошвићпонуа којом понуђени изјављује да прихвата понуду уз измену одређеног елемента, у нашем праву сматра се новом понудом, односно нема природу прихвата. У упоредном праву уочено је решење по коме се понуда може прихватити ћутањем, ако садржи вербалне несуштинске разлике у односу на првобитну. Проучавајући ово решење претпостављамо да је засновано на потребама брзог промета. Међутим, управо се зато може јавити проблем тумачења несуштинског и разлика у значају који поједине одредбе могу имати за уговорнике. У српском праву овакво решење не постоји.²⁵

Слично овом је и питање *закасноло прихватања*, који се у нашем праву сматра новом понудом идентичне садржине. У упоредном праву дозвољава се прећутно закључење уговора на основу ове нове понуде. ЗОО предвиђа да је „ако је изјава о прихватању која је учињена благовремено стигла понудиоцу после истека рока за прихватање, а понудилац је знао или је могао знати да је изјава отпослата благовремено, уговор закључен“ и да „уговор у таквом случају није закључен ако понудилац одмах, а најкасније првог радног рана по пријему изјаве, или

22 М. Драшкић, 105.

23 *Ibid.*, 106.

24 ЗОО, чл. 35.

25 М. Драшкић, 109.

и пре пријема изјаве а по истеку рока за прихватање понуде, извести понуђенога да се због закашњења не сматра везан својом понудом.²⁶

Ипак, оправдано постављамо питање – да ли се ово уопште може квалификовати као закључење уговора ћутањем на нову понуду или је ипак у питању продужење рока за прихватање првобитне понуде? Језичким тумачењем члана нагињемо другом решењу. У ставу 2 члана 43 ЗОО видимо да законодавац користи две језичке конструкције – „али“ и „изјава о прихватању“. У том смислу сматрамо да сам законодавац ову ситуацију карактерише као изјаву воље на постојећу понуду пре него као нову понуду.

Учестала је примена „*іойівердноі ііисма*“ (нем. *Kaufmännisches Bestätigungsschreiben*) – писане изјаве у којој „потврдилац“ (пошиљалац) обавештава примаоца да је са њим закључио усмени уговор, односно понавља претходни усмени договор.²⁷ Што се потенцијалне примене потврдиних писама у нашем праву тиче, изводимо следеће закључке. Ћутање заснива прихват ако постоје допунске околности које говоре томе у прилог, посебно трговински обичаји и претходно пословање. Исти закључак треба применити кад је међу странкама постојала претходна пракса у току које је једна слала потврдна писма, а друга прећутно извршавала уговор. Судови узимају у обзир обим несагласности која постоји међу странкама, већи степен сагласности у току преговора, већа могућност да ће ћутању на потврдно писмо бити признато дејство прихвата понуде.²⁸ Закључујемо да, иако није непосредно законски регулисана, примена потврдиних писама у домаћој судској пракси је замислива у одређеним околностима, али је занимљиво како би домаћи судови решавали спорове поводом њих.

2. Упоредна судска пракса

У циљу анализе пресуда упоредних правних система, од значаја је навести начине на које је резоновано при непостојању јасне регулативе и упоредити начела трговинског и општег уговорног права на којима се заснивају одлуке и оних на којима почива српско право.

У енглеској судској пракси занимљива је пресуда у спору *Rust vs Abbey Life Insurance Co (1979)*,²⁹ где суд налази да уговор постоји јер је

26 ЗОО, чл. 43 ст. 2 и 3.

27 Вид. Hansjörg Naack, „Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und Schweigen im Handelsverkehr“, доступно на адреси: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/432951/>, 8. 1. 2023; Peter Gauch, „Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991, 2.

28 М. Драшкић, 111.

29 Чињенично стање случаја доступно на адреси: <https://vlex.co.uk/vid/rust-v-abbey-life-794064369>, 18. 11. 2023.

тужилац прихватио понуду ћутањем. Пропуштање тужиоца да одговори на полису се сматра прихватом узимајући у обзир да није уложен никакав приговор на полису и имајући у виду историју њиховог пословног односа. Резоновање суда заснива се на две чињенице – није било приговора, односно да је странка имала прилику да се изјасни и води рачуна о својим интересима, што није учинила и још важније, на околности ранијег пословног односа уговорника.

Другачије суд резонује у спору *Cooper vs National Westminster Bank Plc (2009)*,³⁰ где закључује да уговор није закључен јер је понуда неповољна за понуђеног и понудилац је морао увидети да је он не би прихватио. Примећујемо да је суд овде одлуку донео на темељу свих чињеница познатих у случају, а најбитније узевши у обзир „здрав разум“, односно чињеницу да је понуда била толико неповољна за понуђеног да он уопште не би желео да њоме буде обавезан.

Један од најбитнијих спорова у енглеској судској пракси и онај из ког многи писци изводе закључак да се ћутање не може сматрати прихватањем је *Felthouse vs Bindley (1862)*. Након неуспешног преговарања о цени робе, купац је изјавио продавцу да ће, уколико овај не изјави шта другачије, сматрати да је прихватио купчеву цену. Спор се јавио јер је роба грешком продата трећем лицу, те је купац тужио продавца тврдећи да је он власник ствари.

Суд је пресудио да уговор није закључен јер купац није имао права да једнострано наметне обавезу изјашњавања на понуду. Чини се да је ово решење правилно због принципа да се другоме не може једнострано наметнути обавеза. Оваква пресуда била би у складу и са цитираном одредбом ЗОО по којој понудилац не може наметнути понуђеном обавезу изјашњавања на понуду.

Ипак, сматрамо да треба узети у обзир друге околности случаја, нарочито чињеницу да је непосредно након ове једностране изјаве воље купца продавац располагао робом на начин на основу ког се може закључити да постоји његова воља за закључење уговора, те да је у чињеничном стању наведено да је роба „грешком“ продата трећем лицу. У том смислу, суд је морао пресудити према једном од два параметра – правилу аутономије воље, односно забране наметања своје воље другом и чињенице да постоји радња понуђеног из које се имплицитно може закључити да је пристао на понуду.

Неоправданим сматрамо становиште које пресуду тумачи тако да ћутање не може представљати прихват понуде. Оно што сматрамо исправнијим јесте становиште које као главну максиму из ове пресуде

30 Пресуда доступна на адреси: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff7e260d03e7f57eb29f6>, 18. 11. 2023.

изводи да нико не може једностраном изјавом воље другом наметнути обавезу изјашњавања на понуду.

Постоје и писци који овакво резонување суда сматрају неправилним. Тако Милер наводи да проблем у вези са поистовећивањем ћутања са прихватам постоји кад је ћутање двосмислено те се не може закључити у ком правцу иде воља понуђеног, што у конкретном спору није случај.³¹

Ово гледиште делује исправније. Правило о закључењу уговора ћутањем постоји у интересу јавног поретка и брзине одвијања промета и ћутање може бити проблематично само кад није јасно да ли је намера понуђеног заиста била да не изјави вољу или је имао намеру да закључи уговор прећутно верујући да за то постоји могућност.

Закључујемо да енглеска судска пракса закључење уговора ћутањем заснива на сличним основним принципима као наша. То су случајеви кад за то постоји неки већи, друштвени интерес упркос другачијем интересу уговорника. Пресуде се доносе узевши у обзир питање – да ли би понуђени под редовним условима пристао на услове из понуде? Коначно, упркос томе што *common law* не познаје принципе добре вере и савесности и поштења, уочавамо да у ситуацијама кад нема развијених обичаја и праксе међу странама, ћутање се и даље може сматрати прихватањем онда кад би било „неразумно“ сматрати другачије, нарочито ако је понуђени тај који је покренуо преговоре.

Ћутање понуђеног, као у основи и у нашем праву, сматраће се прихватањем само ако постоји дужност изјашњавања. Ипак, правни писци се не слажу око тога одакле све та дужност може произаћи, те неки чак иду дотле да тврде да се овде не ради само о правној, већ и о моралној дужности изјашњавања.³²

Ипак, овај проблем разграничења моралног и правног у нашем, као и у континенталном праву није толики као у *common law* систему, а све то захваљујући постојању начела савесности и поштења и поступања у доброј вери.³³ Понашања која се код нас могу санкционисати на основу овог принципа у *common law* „решавају“ се увођењем моралних дужности (на изјашњавање и слично).

Као пример из америчке судске праксе навешћемо спор *Laredo National Bank v. Gordon (1932)*³⁴ – „када је однос између страна такав

31 Вид. R. M. Merkin, S. Merkin QC, 61–62.

32 Вид. Извор без аутора, „Silence as Acceptance in the Formation of Contracts“, *Harvard Law Review*, Vol. 33, Nr. 4/1920, 595–598.

33 Вид. Небојша Јовановић, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015.

34 Вид. Earl F. Simmons, „Contracts-Offer and Acceptance-Silence as Acceptance“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 1, Nr. 1/1933, 145–146.

да понудилац оправдано очекује одговор или је понуђени дужан да одговори, ћутање потоњег сматраће се прихватањем.“ И „ономе ко ћути, знајући да ће његово ћутање бити погрешно протумачено, не би требало дозволити да негира природно тумачење његовог понашања“.

Амерички судови позивају се на дужност на изјашњавање, што је у складу са нашим претходним излагањем о улози ове дужности (моралне или правне) у *common law* систему. Могу се приметити и неки специфични елементи америчког решења – свест понуђеног о томе да његово ћутање може бити погрешно протумачено. Чини се да је овај субјективни моменат тешко доказати, али очигледно је да се судови на њега позивају у пракси. Делује као да је то нагомилавање очигледног – јер, када су субјекти у сталној пословној вези, интуитивно делује као да ће понуђени неминовно бити свестан тога да његово ћутање може бити „погрешно протумачено“.

Чини нам се да суд ову „дужност да се говори“ види као последицу повреде стандарда разумног поступања понуђеног, те његово пропуштање да одговори види као прихват. Закључак нашег рада одавде се још јасније уочава – непостојање начела савесности и поштења и поступања у доброј вери задају велике проблеме у регулисању институ-та ћутања у *common law* систему.

IV Разматрање појединих специфичних случајева у контексту закључења уговора ћутањем

1. Формални уговори

Из природе околности формални уговори по наредби законодавца не могу бити закључени овим путем. Међутим, шта је с писменом као обавезном формом по вољи уговорника?

Замислимо ситуацију у којој странке преговарају о закључењу уговора и да међу њима није спорно да га желе у писаној форми, али још увек нису дошле до споразума о свим битним елементима. Какве би последице прихват понуде ћутањем произвео? Да ли би се могло тврдити да уговор није настао јер није састављен у писаној форми коју су обе стране сматрале битном, ако је већ понуђени одлучио да понуду прихвати ћутањем?

Чини се да би судови овде морали бити опрезни, а нарочито водити рачуна о несавесном поступању, односно пресудити на основу начела савесности и поштења – ако се уговорник позива на непостојање уговора због непрописне форме коју је сам „скривио“, чини се неоправданим удовољити захтеву на штету савесне стране. Ипак, ако се на

непостојање уговора позива друга страна, чини се оправданим заштити њене интересе насупрот интересима понуђеног који је био свестан пожељности писане форме, те ипак оћутао на понуду и тиме довео до закључења неформалног уговора.

Ипак, ово је питање проблематично стога што писана форма није уговорена између странака јер уговор још увек није настао, те је њихов однос и даље у фази преговора. У том смислу, питање би се могло решити правилима која регулишу ову фазу закључења уговора.³⁵

2. Уговори правних лица и уговори закључени преко заступника

Да ли постоје неке специфичности када правна лица закључују уговоре ћутањем? Како она не могу изјавити вољу, те то у њихово име и за њихов рачун чине овлашћена физичка лица, ово се питање своди на ћутање физичких лица овлашћених да дају изјаве на овај начин. Стога, поставља се питање последица ћутања овлашћеног лица које судови протумаче као закључење уговора правног лица које оно заступа. Правно лице ће бити обавезано као уговорна страна, јер је и било понуђени, те да је заступник „ћутао у његово име и за његов рачун“.

Оно што се може јавити као интересантно питање је однос заступника и заступаног, овлашћеног физичког и заступаног правног лица. Питање се може проширити на ситуације када овлашћени (уговорни, судски или законски) заступник ћутањем обавезе заступано лице према трећем.

Да ли заступани може „замерити“ заступнику што је његовим пропустом (неодбијањем понуде) постало обавезано, те како би оно могло поступити у случају да се не жели наћи као уговорна страна у односу на треће лице? Несумњиво да може истицати да је заступник поступао изван својих овлашћења (уколико није овлашћен на закључење уговора ћутањем, у супротном ово питање се не поставља), али ако то не буде у стању да докаже (што се чини да ће ретко бити случај), претпостављамо да ће морати да изврши преузету уговорну обавезу. Овакво решење чини се оправданим кад узмемо у обзир чињеницу да је управо заступано правно лице извршило одабир заступника, те да се његове радње сматрају радњама заступаног, поготово јер правно лице на други начин не може правно иступати.

35 Вид. ЗОО, чл. 30.

3. Уговор о закупу

На основу члана 596 ЗОО (прећутно продужење уговора о закупу) може се расправљати да ли се ради о закључењу уговора ћутањем или конклюдентном радњом, али занимљиво је уочити и разграничити случај прећутног продужења уговора о закупу од његовог закључења под одложним условом.

Ако стране уговоре да ће уговор о закупу производити правна дејства од наступања одређене околности (одложни услов), требало би се сматрати да се овде не ради о прећутном продужењу уговора већ о наступању његових правних дејстава.

4. Општи услови пословања

Да ли понуђени који прихвата понуду ћутањем уједно тиме прихвата и примену општих услова пословања садржаних у понудиочевој понуди?

Никаква посебна изјава о прихвату општих услова понуђача није у овом случају потребна.³⁶ Спорно је онда кад су они на језику који се разликује од језика понуде или тако ситни да при нормалној концентрацији нису морали или могли бити запажени. Ово се решава тумачењем могућности сазнања од стране понуђеног, а по чл. 142 ст. 3 ЗОО.

5. Уговор о налогу

Лица која се баве вршењем туђих правних послова као занимањем односно која се јавно нуде за њихово обављање имају дужност да одговоре, ако неће да прихвате налог. У правној теорији присутна су два става о правним последицама ћутања на налоге. Према једном, ћутање представља основ за накнаду проузроковане штете, а према другом, ћутање означава прихватање понуде. Мишљења смо да се ради о прећутно закљученом уговору о налогу и то из два кључна разлога.

Први је непрецизност закона која подразумева шире тумачење у корист налогодавца, и као вид санкције налогопримцу због немарности. Други, главни разлог, представљају потребе пословне праксе.³⁷

Најзад, сматрамо да треба разликовати две ситуације – када потенцијални налогодавац, први пут ступа у контакт са потенцијалним налогопримцем и када постоји трајнији пословни однос. У првом

36 М. Драшкић, 109.

37 М. Орлић, 37.

случају мишљења смо да ћутање на понуду ипак не треба сматрати прихватом, јер би било у потпуности нецелисходно наметати обавезу привредницима да одбијају све налоге које не желе да прихвате.

6. Доброчини уговори

Мишљење да код закључења доброчиних уговора треба дозволити закључење ћутањем не одговара правној логици, јер могу постојати озбиљни разлози због којих лица не желе да закључе са неким *intuitu personae* уговор. Некада може постојати недозвољен мотив, те би ово решење значило увођење обавезе на активно одговарање на такве акте и угрожавање правне сигурности.³⁸

V Закључак

На крају овог рада осврнућемо се на сам наслов и кључно питање које је разматрано у њему. Да ли онај ко ћути (на начин који право то подразумева), а у смислу изузетка од општег правила *qui tacet consentire non videtur*,³⁹ заиста има користи од таквог (не)чињења?

Одговор на ово питање, чини се, зависи од сваког појединачног случаја и уговорног односа. Несумњиво је да овакав изузетак иде у корист ономе који ћути, када је он установљен у циљу неометаног промета – он штеди на времену. Овде овакав начин закључења уговора одговара и другој уговорној страни.

Међутим, у случајевима када закон намеће лицу обавезу одбијања понуде у случају чијег непоштовања ће се сматрати да је уговор закључен, ствар је другачија. То се нарочито односи на случајеве осигурања, налога (у зависности од тумачења законске одредбе) и сталне пословне везе. Уколико не жели да прихвати цену из понуде за склапањем уговора о продаји робе одређену у складу са њиховим дотадашњим пословним односима, мора да изјави да не прихвата понуду понудиоца.⁴⁰

То подразумева увођење обавезе за понуђеног да уложи додатну пажњу при пословању, како не би пропустио да одбије нежељене понуде. Закључујемо да ћутање у трговинском праву не мора увек бити „злато“ за онога који ћути, те да и лица која закључују уговор на овај начин и судови морају да буду нарочито пажљиви при примени овог института, према нашем мишљењу веома неуобичајеног за право и правни промет.

38 Вид. о томе М. Мијачић, 290.

39 Лат. Ко ћути, не саглашава се.

40 Visoki trgovački sud Republike Hrvatske, Pž-4679/06 од 5. 12. 2008.

Коришћена литература

- Gauch Peter, „Von der konstitutiven Wirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens“, *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1991.
- Драшкић Младен, „Ђутање као изјава воље у правном промету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 1–2/1993. (Draškić Mladen, „Џutanje kao izjava volje u pravnom prometu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2/1993)
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Beograd, 2015)
- Јовановић Небојша, Радовић Мирјана, Радовић Вук, *Трговинско право*, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Mirjana, Radović Vuk, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2021)
- Караникић Мирић Марија, „Забрана слања ненаручених пошиљака у српском праву и у праву ЕУ: Усклађеност и развојне тенденције“, *Казнена реакција у Србији: IX гео* (ур. Ђорђе Игњатовић), Београд, 2019. (Karanić Mirić Marija, „Zabrana slanja nenaručenih pošiljaka u srpskom pravu i u pravu EU: Usklađenost i razvojne tendencije“, *Kaznena reakcija u Srbiji: IX geo* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2019)
- Merkin Robert M., Merkin QC Severine, *Poole's Textbook on Contract Law*, Oxford, 2021.
- Мијачић Мирса, „Прихватање понуде ђутањем понуђеног“, *Зборник Правној факултету у Нишу*, бр. 17/1977. (Mijačić Mirsa, „Prihvatanje ponude ćutanjem ponuđenog“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 17/1977)
- Miladin Petar, „Џutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 4/2008.
- Мишковић Маша, *Правна природа аукције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Mišković Maša, *Pravna priroda aukcije*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020)
- Орлић Миодраг, „Ђутање понуђеног као знак пристајања према Закону о облигационим односима“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 52/2004. (Orlić Miodrag, „Џutanje ponuđenog kao znak pristajanja prema Zakonu o obligacionim odnosima“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 52/2004)
- Simmons Earl F., „Contracts-Offer and Acceptance-Silence as Acceptance“, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 1, Nr. 1/1933.

Haack Hansjörg, „Kaufmännisches Bestätigungsschreiben und Schweigen im Handelsverkehr“, доступно на адреси: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/432951/>, 8. 1. 2023.

Целлер Анастасија Ивановна, „О некоторых особенностях практики акцептования оферты конклюдентными действиями“, *Вестник Челябинской государственной университетей*, Серия: Право 2019. — Т. 4, вып. 2. (Tseller Anastasiya Ivanovna, „O nekotoryih osobennostyah praktiki aktseptovaniya ofertyi konklyudentnyimi deystviyami“, *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta*, Seriya: Pravo 2019. — Т. 4, vyip. 2)

Petra STANOJEVIĆ

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Vasilije MITROVSKI

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

SILENCE IS GOLDEN – ANALYSING THE SAYING THROUGH THE LENSES OF COMMERCIAL LAW

Summary

The authors are analysing the idea of silence as acceptance when concluding contracts, as the exception of a basic rule which exists in almost every legal system – autonomy of contractual will. They are taking a critical approach when analysing Serbian Law on contracts and torts, as well as giving comparative legal solutions and discussing how they can be implemented in Serbian legal system. If silence as acceptance is allowed as an exception of the rule, it should be interpreted narrowly and with main interests behind this approach in mind. They recognise attempt of this legal approach as incentivised by the law aiming to protect interests of contractors on the one hand, as well as society's interests (frequency of transactions and legal certainty) on the other. Having that in mind, they explore different legal solutions, the way they correspond with this idea and give suggestions on how this legal problem should be approached.

Key words: Silence. – Acceptance by Silence. – Agreement by Silence. – Commercial Law.

Датум пријема рада: 9. 11. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 12. 2023.

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 напомени 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, италики); 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 *redakcija@pravoprivreda.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 гуђих 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, *Коментаријар Закона о сјечајном посјуйку*, 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 грушйива, 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 (*Handelsgesetz-buch*), 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 Републике Србије : Правни факултет Универзитета у Београду, 1993– (Београд : Досије студио). – 24 cm

Тромесечно. – Је наставак: Privredno pravni priručnik = ISSN 0032-9002. – Друго издање на другом медијуму:
Право и привреда (Online) = ISSN 2683-5592

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 2023. годину

- правна лица 12.000 динара
- физичка лица . . . 6.000 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:

Марија Караникић Мирић

Усклађивање националних правила о одговорности произвођача
с потребама дигиталног доба и зелене транзиције

Јелена Лепетић

Друштва капитала и обављање делатности од општег интереса

Вук Цуцић

Привидна једностепеност поступка јавних набавки – Уставни суд
опет у улози „позитивног законодавца“

Katja Štemberger Brizani

Settlement as a Form of Alternative Dispute Resolution in Administrative
Matters: The Case of Slovenia

Саво Манојловић

(Не)уставност обавезног чланства у Привредној комори