

ISSN 0353-9644



# БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу  
Адвокатске коморе Србије

Година СХХИХ • Нова серија

**Број 1–4 / 2016**

Београд

---

2018

**Власник и издавач:**  
**АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ**

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II  
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082  
www.advokatska-komora.rs

**Досадашњи главни и одговорни уредници:**

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890);  
Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ  
(1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);  
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар  
МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);  
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995);  
Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002); Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ (2003–2017)

Главни и одговорни уредник

———— \* —————

**др Мирослав ПАУНОВИЋ**

адвокат

Уређивачки одбор

———— \* —————

**Тихомир ХРЊАК**, адвокат, **Оливер ИЊАЦ**, адвокат,  
**Милош ЦВЕЈИЋ**, адвокат, **Драган СОКНИЋ**, адвокат

*Припрема за штампу:* Душан Ћасић

*Адреса редакције*

———— \* —————

**АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ**

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082  
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни  
број је 250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.

*Претплата: Адвокатска комора Србије* – 11000 Београд, Дечанска 13/II,  
са назнаком: за Бранич. Жиро-рачун број: 205-12358-68

На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04,  
од 21. 12. 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 10.100 примерака

Штампа Службени гласник, Београд

Овај број *Бранича* штампан је у октобру 2018. године.

ISSN 0353-9644



Stamp  
Bar Association of Serbia

# BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice  
of the Bar Association of Serbia

Year CXXIX • New series

**Number 1–4/2016**

Belgrade

2018

**Owner and publisher:**  
**BAR ASSOCIATION OF SERBIA**  
11000 Beograd, Dečanska 13/II  
Telephone: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082  
www.advokatska-komora.rs

**Previous editors-in-chief:**

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897–1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888–1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902–1906 and 1925–1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927–1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931–1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935–1937); Vladimir SIMIĆ (1938–1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976–1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982–1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985–1990); Miroslav DINČIĆ (1991–1995); Živojin ŠESTIĆ (1995–2002); Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD (2003–2017)

*Editor-in-chief*

— \* —

**Miroslav PAUNOVIĆ, PhD**  
Attorney at law

*Editorial Board:*

— \* —

**Tihomir HRNJAK**, attorney at law, **Oliver INJAC**, attorney at law,  
**Miloš CVEJIĆ**, attorney at law, **Dragan SOKNIĆ**, attorney at law

*Prepress: Dušan Ćasić*

*Address of the Redaction*

— \* —

**ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE**

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082  
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com  
*Branich* is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are withheld. Contributions to the journal are not paid.  
*Subscription: ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE* – 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branič*. Bank account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture of the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21<sup>st</sup> 2001, the journal is exempt from paying VAT.

Circulation: 10.100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

**САДРЖАЈ**

<b>Увод</b> .....	9
<b>ЧЛАНЦИ</b>	
<i>Љубица Томић</i> Поништај арбитражне одлуке због недостатка образложења .....	11
<i>Јасмина Милушиновић</i> Особености јавног бележништва у Републици Србији .....	21
<i>Снежана Раговановић</i> Правноснажност (са посебним освртом на управна акта) .....	43
<i>Др Јован Никчевић</i> Примена међународних општих услова уговора о грађењу на пројектима у Србији .....	56
<i>Др Мирослав Север</i> Уговор о раду у професионалном спорту .....	71
<b>РАСПРАВЕ</b>	
<i>Јујослав Тинџор</i> О потреби измена Законика о кривичном поступку .....	83
<i>Стефан Пејровић</i> (Не)једнак третман арбитраже и парнице у Закону о стечају .....	111

**КОМЕНТАРИ***Ивана Тоџалов Пауновић*

Уговор о факторингу у Србији ..... 131

**ПРИКАЗИ***Др Вељко Делибашић*Кривичнопроцесни положај оштећеног у кривичним поступцима  
за кривична дела са елементима насиља – приказ мастер рада  
адвоката Тијане Костић ..... 143

Упутство за ауторе ..... 153

## TABLE OF CONTENTS

<b>Introduction</b> .....	9
<b>ARTICLES</b>	
<i>Ljubica Tomić</i>	
Setting Aside Arbitral Award due to Lack of Legal Reasoning .....	11
<i>Jasmina Milutinović</i>	
Characteristics of Public Notary System in Republic of Serbia .....	21
<i>Snežana Radovanović</i>	
Final Decision Rule (Administrative Acts) .....	43
<i>Jovan Nikčević, PhD</i>	
Use of International General Conditions of Construction Contracts on Projects in Serbia .....	56
<i>Miroslav Sever, PhD</i>	
Employment Contract in Professional Sport .....	71
<b>DISCUSSIONS</b>	
<i>Jugoslav Tintor</i>	
Necessity for Modification of Code on Criminal Procedure .....	83
<i>Stefan Petrović</i>	
(In)equality of Arbitration and Litigation in Serbian Bankruptcy Act .....	111

**COMMENTARIES***Ivana Topalov Paunović*

Factoring Contract in Serbia ..... 131

**REVIEWS***Veljko Delibašić, PhD*Position of Harmed Person in Criminal Proceedings for Crimes  
with Elements of Violence – Review of Master Thesis of  
Ms Tijana Kostic, attorney at law ..... 143



## УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

Часопис *Бранич* поново је пред вама. Часопис са традицијом дугом преко сто тридесет година наставља да буде одраз стручности, професионалности и посвећености адвоката својој часној професији.

Улога адвокатури у друштву, те свакодневни сложени и изазовни задаци припадника струке, налажу промишљен приступ и продубљену анализу широког спектра питања из свих грана права; готово да нема области друштвеног живота у коју адвокати, примењујући своје знање и професионално умеће, не залазе и коју треба сагледати и са аспекта права. *Бранич* је једно од места где адвокати могу савесно, одговорно и критички да разматрају стручна питања, да размењују искуства и сучељавају ставове о појавама са којима се у пракси сусрећу, да упоређују своја сазнања са решењима из упоредног права, да проверавају и изграђују своја мишљења у сарадњи са колегама, да представе своја стручна, истраживачка и научна достигнућа.

Уређивачки одбор позива, и очекује, да адвокати, пишући за свој *Бранич*, дају пуни допринос испуњењу циљева часописа који су одређени статутом Адвокатске коморе Србије и Правилником о часопису *Бранич* и другим издањима и о интернет презентацији Адвокатске коморе Србије. Уређивачки одбор ће настојати да у часопису сарађују и колеге судије, тужиоци, правници из привреде и научни радници.

Дужина периода у коме *Бранич* није излазио условила је да се овај и наредни бројеви часописа нумеришу на одређени начин, како би се осигурало да он и даље буде разврстан према библиотечким правилима, те да одржи статус научне публикације.

Октобар, 2018

Уређивачки одбор



UDK 347.918  
COBISS.SR-ID 269307660

*Љубица Томић*  
адвокат из Београда

## ПОНИШТАЈ АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ ЗБОГ НЕДОСТАТКА ОБРАЗЛОЖЕЊА

### Сажетак

Предмет рада је испитивање правних могућности и упоредно-правне судске праксе у погледу поништаја арбитражне одлуке због изостанка образложења или недостатака у образложењу, када се странке нису одрекле права на образложење и када арбитражна одлука није донета применом принципа *ex aequo et bono*. Упоредно-правна судска пракса показује тенденцију да државни судови у својој контроли арбитражних одлука улазе до одређеног нивоа у меритум арбитражног спора, испитујући квалитет образложења арбитражних одлука до оне мере која је потребна да би се утврдило да ли арбитражна одлука задовољава захтев процесног јавног поретка садржаног у праву на правично суђење.

**Кључне речи:** поништај арбитражне одлуке, процесни јавни поредак, право на правично суђење, образложење арбитражне одлуке

## I. Увод

Предмет овог рада је преиспитивање могућности поништаја арбитражне одлуке из разлога који се тичу одређених недостатака њеног образложења, и то када је арбитражна одлука донета: (1) применом права, односно правних правила, уговора и обичаја, а не на основу правде и правичности (*ex aequo et bono*)<sup>1</sup>, (2) у трговинским арбитражама, (3) у поступцима у којима се странке нису одрекле права на образложење<sup>2</sup>. Овај рад се ограничава на питање преиспитивања арбитражне одлуке од стране државних судова.<sup>3</sup>

Питање је, дакле, да ли странка која је незадовољна (било у погледу квалитета или квантитета) недовољним образложењем арбитражне одлуке донете у трговинском спору, вођеном у поступку са горе наведеним својствима, може одлуку побијати из тих разлога пред државним судом тужбом за поништај.

## II. Када се може захтевати поништај арбитражне одлуке

### 1. Разлози за судски поништај арбитражне одлуке

Могућност судског преиспитивања домаће арбитражне одлуке<sup>4</sup> ограничена је релативно уском листом таксативно прописаних разлога за њен поништај које предвиђа Закон о арбитражи.<sup>5</sup> Исти каталог разлога за поништај арбитражне одлуке може се очекивати и у свим другим националним законодавствима,<sup>6</sup> која су преузела решења *UNCITRAL*

<sup>1</sup> Закон о арбитражи, *Службени гласник РС* бр. 46/06, чл. 49. ст. 2 гласи: „Арбитражни суд може да донесе одлуку на основу правде и правичности (*ex aequo et bono, amiable composition*) само ако су се странке о томе изричито споразумеле”.

<sup>2</sup> Закон о арбитражи у чл. 53. ст. 1. дозвољава овакво одрицање од образложења.

<sup>3</sup> Арбитражна одлука може се побијати и „пред вишом арбитражном инстанцом, уколико је то предвиђено правилником о арбитражи који су странке уговориле, а иначе само пред државним судом. Арбитражна одлука се пред судом побија посебним правним средством – тужбом за поништај.” – Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Београд, 2013, 263.

<sup>4</sup> Домаћа арбитражна одлука је одлука која је донета у унутрашњој и међународној арбитражи у Републици Србији – Закон о арбитражи, чл. 57. ст. 2. „То значи да су домаћи судови међународно надлежни да решавају о поништају домаћих арбитражних одлука, донетих у институционалној или *ad hoc* арбитражи у Србији, без обзира на то да ли је одлука донета у унутрашњој или међународној арбитражи и које је процесно право примењено на поступак.” – М. Станивуковић, 263–264.

<sup>5</sup> Закон о арбитражи, чл. 58.

<sup>6</sup> Листа земаља на [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

Модел-закон о међународној трговинској арбитражи.<sup>7</sup> Из тог разлога је, поред осталог, увид у упоредно-правну судску праксу драгоцен за разматрање постављеног питања.

Недостатак образложења арбитражне одлуке није експлицитно језички наведен као законски разлог за поништај арбитражне одлуке од стране државног суда.<sup>8</sup>

## 2. Недостатак образложења као разлог поништаја арбитражне одлуке

Поставља се питање – да ли се недостатак образложења арбитражне одлуке може сматрати повредном процедуралног јавног поретка, о којој државни суд иначе води рачуна по службеној дужности и, ако је тако, до које мере арбитражна одлука треба да буде образложена како би била позитивно оцењена од стране државног суда као одлука која задовољава захтеве процедуралног јавног поретка?

Европска конвенција о људским правима<sup>9</sup> јемчи право на правично суђење (*right to a fair trial*),<sup>10</sup> а пракса Европског суда за људска права даље развија овај појам и потврђује да је елеменат права на правично суђење и само право на образложену одлуку.<sup>11</sup> Члан 31. став 2. *UNCITRAL* Модел-закон предвиђа да арбитражне одлуке морају да садрже разлоге на основу којих су донете, осим уколико странке споразумом нису искључиле образложење.<sup>12</sup> Исто правило садржано је и у Закону о

<sup>7</sup> *UNCITRAL* Модел-закон о међународној трговинској арбитражи (1985, измене 2006), чл. 34 – превод Модел-закон у М. Станивуковић, 320.

<sup>8</sup> Примера ради, код инвестиционих арбитража експлицитно је предвиђена недовољност образложења као разлог за поништај арбитражне одлуке – видети чл. 52. ст. 1. Конвенције о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (тзв. Вашингтонска, *ICSID* Конвенција) – објављена са преводом код М. Станивуковић, 489.

<sup>9</sup> [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRdf)

<sup>10</sup> Чл. 6 Конвенције о људским правима: „Свако током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно, али се штампа и јавност могу искључити са целог или дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.”

<sup>11</sup> Бојан Спаић, Горан Дајовић, *Право на образложену пресуду – Практика Европског суда за људска права*, 2016, 37–39.

<sup>12</sup> *UNCITRAL* Модел-закон о међународној трговинској арбитражи, чл. 31.

арбитражи.<sup>13</sup> Дакле, када нема споразума да се одричу свог права на образложену арбитражну одлуку, странке уживају гаранцију да ће арбитражна одлука бити образложена, што представља елемент процесног јавног поретка.

Уз то, начело равноправности странака и начело контрадикторности, садржана у члану 33 Закона о арбитражи, као и у члану 18 *UNCITRAL* Модел-закона, изражена кроз правило „према странкама треба једнако поступати и свакој странци треба пружити могућност да изнесе своје ставове“<sup>14</sup> јесу основна начела арбитражног права, која такође чине елементе процесног јавног поретка.<sup>15</sup> Сврха члана 18 *UNCITRAL* Модел-закона јесте „да заштити странку од стравичних и неразумних поступања арбитражног трибунала“,<sup>16</sup> другим речима – да заштити странке од арбитражног одлучивања арбитра.

### 3. Став упоредне судске праксе

Упоредно-правна судска пракса је недостатак образложења арбитражних одлука препознала као основ за поништај (домаћих), и као основ за одбијање признања и извршења (страних) арбитражних одлука из разлога повреде процедуралног јавног поретка.<sup>17</sup> Релативно је очигледна повреда процедуралног јавног поретка у случају када образложење, иако га странке нису споразумно искључиле, уопште не постоји. Далеко је, међутим, сложенија ситуација када какво-такво „образложење“ постоји у арбитражној одлуци. Тада се поставља питање да ли је то „образложење“ довољно у квалитативном смислу и да ли заиста даје одговарајуће и конзистентне разлоге за диспозитив арбитражне одлуке односно, отварају се и даља питања на која треба тражити одговоре. До које мере арбитражни суд мора да образложи своју одлуку? До које мере државни суд треба да контролише разлоге за доношење одлуке арбитражног суда? Да ли при испитивању образложења арбитражне одлуке суд улази, и до које мере, у меритум спора?

<sup>13</sup> Закон о арбитражи, чл. 53: „Одлука садржи увод, изреку о предмету спора, трошкове арбитраже и образложење ако га странке споразумом нису искључиле“. Исто је садржано и у Арбитражним правилима *UNCITRAL*-а из 2010, чл. 34. ст. 3: „Арбитражни суд образлаже пресуду осим ако су се странке споразумеле да образложење није потребно“.

<sup>14</sup> *UNCITRAL* Омеђународној трговинској арбитражи, чл. 18.

<sup>15</sup> М. Станивуковић, 195.

<sup>16</sup> *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on Model Law on International Commercial Arbitration*, 98.

<sup>17</sup> *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on Model Law on International Commercial Arbitration*, 127.

Полазећи од питања зашто је уопште оправдано поставити захтев да арбитражна одлука буде ваљано образложена, корисно је осврнути се на разлоге које је у подршку овом ставу изнео још судија *Lord Bingham*: прво, странке имају право да знају зашто су добиле или изгубиле спор; друго, постоји потреба заштите од арбитражности доносилаца одлуке; и, треће, треба омогућити (у оквиру предвиђених граница) одређено (минимално) преиспитивање арбитражних одлука од стране судова.<sup>18</sup>

Погледајмо каква су правна схватања судова земаља које заснивају своја законска правила у вези са поништајем арбитражних одлука на *UNCITRAL* Модел-закону.

У једном случају немачки суд је закључио да арбитражну одлуку треба поништити само уколико образложење нема уопште садржину и уколико је образложење очигледно парадоксално или противречно у односу на донету одлуку.<sup>19</sup> Значајном се сматра и одлука индијског Врховног суда, којом суд поништава арбитражну одлуку сматрајући да није довољно образложена, јер само констатује да је арбитражно веће узело у обзир спор, тужбу и наводе странака, а потом само износи своје закључке о свакој ставци спора, без даљег објашњења.<sup>20</sup>

Енглески суд је у одлуци<sup>21</sup> констатовао да је арбитражно веће морало да пружи странкама прилику да презентују своју аргументацију у погледу свих „суштинских конститутивних елемената” који су довели до закључака које је изнео арбитражни трибунал. Пошто је нашао да у конкретном случају арбитражно веће ово није омогућило странкама, суд је поништио арбитражну одлуку. Из наведеног случаја произилази да суд улази у меритум арбитражног спора до оне мере која му омогућава да квалификује шта су „суштински конститутивни елементи” спора који су довели до мериторних закључака арбитражне одлуке, те да оцењује да ли су странке у току поступка имале прилику да се о тим суштинским елементима изјасне.

---

<sup>18</sup> Reasons for Reasons: Differences Between a Judgement and a Reasoned Award” 16 Arbitrator 19–21, цитирано према Piere Lalive, On the Reasoning of International Arbitral Awards, Journal of International Dispute Settlement, Volume 1, Issue 1, 1 February 2010, 55–65.

<sup>19</sup> *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg*, 2001, одлука доступна на: [http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout\\_case\\_569\\_leg-1781.html](http://www.uncitral.org/clout/clout/data/deu/clout_case_569_leg-1781.html). У конкретном случају одлука није поништена.

<sup>20</sup> *Gora Lal v. Union Of India, Supreme Court of India*, 2003, 12 SCC 459; цитирано према *UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on Model Law on International Commercial Arbitration*, 127–128.

<sup>21</sup> *AO Northern Shipping Company v. Remolcadores de Marin SL, Court of Appeal, Commercial Court, England*, 2007, 2 Lloyd's Rep 302, [2007] EWHC 1821 (Comm).

На линији става из поменуте одлуке енглеског суда и схватања да странке треба да имају разумну могућност да антиципирају закључке (образложење) арбитражног трибунала, је и одлука Федералног суда Швајцарске, којом је поништена арбитражна одлука, јер је арбитражно веће своју одлуку засновало на законским одредбама за које је суд нашао да су „очигледно непримењиве” на околности арбитражног случаја и стога нису могле бити антиципиране од странака, те је тиме повређено право тужиоца да у том погледу изнесе своје ставове у арбитражном поступку.<sup>22</sup>

Колизионо-правна страна арбитражне одлуке није предмет судске контроле. Међутим, уколико је арбитражно веће свесно и самовољно своју одлуку подвргло другом правном поретку, а не оном правном поретку који су странке једнозначно и споразумно одредиле као меродаван, сматра се да је дошло до повреде јавног поретка.<sup>23</sup>

Швајцарски федерални суд је у једној својој одлуци констатовао да је право странке да изнесе своје ставове повређено у случају када арбитар у образложењу превиди битне аргументе или доказе, при чему је терет доказивања овог превида у целости на наводно оштећеној страни (дакле, на тужиоцу).<sup>24</sup> Јасно је да је у наведеном случају Федерални суд Швајцарске морао да уђе у меритум арбитражног спора толико да може да одреди који су *битни аргументи* или *кључни* докази за исход арбитражног спора, о којима се, пак, арбитражно веће у свом образложењу није изјаснило.

У овим разматрањима посебну пажњу треба посветити једној скоријој одлуци Врховног суда Аустрије, која представља заокрет у односу на досадашњу судску праксу. У конкретном случају, странке су закључиле консултантски уговор, на основу којег је консултант имао право на провизију у износу од 10% за уговоре са конкретно, поименце одређеним правним лицима, али и за уговоре са „свим осталим правним лицима” уколико она купују производе одређених спецификација од туженог (наручиоца). Консултант је поднео тужбу тражећи исплату провизија. Арбитражно веће није оспорило пуноважност уговора странака, нити захтев тужиоца за провизије за закључене уговоре „са свим

<sup>22</sup> *Federal Supreme Court, Switzerland, Decision of 9 February 2009, Decision 4A\_400/2008, (ASA Bull. 3/2009, 495; цитирано према UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on Model Law on International Commercial Arbitration, 98.*

<sup>23</sup> Geimer, у Zoeller, ZPO (Коментар немачког Закона о парничном поступку), чл. 1059 rz., 43.

<sup>24</sup> Цитирано према резимеу доступном на: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/award-annulled-for-violation-of-due-process>.



осталим правним лицима”. Међутим, арбитражно веће је констатовало да је, по његовом схватању, „захтев преширок”, иако је тај захтев базиран на уговору који су странке закључиле. Аустријски Врховни суд је сматрао да је остало нејасно зашто је арбитражно веће одбило тужбени захтев у целости, с једним јединим образложењем – а то је да је захтев „преширок”, те, ако је и имао такав став, зашто то није образложио или зашто није тужбени захтев одбио само у делу који се односи на провизију по том основу. Навод да је „захтев преширок” није довољно образложење за арбитражну одлуку, јер тужени такав приговор није ни изнео, нити је ову околност арбитражно веће разматрало у току поступка. Аустријски Врховни суд је сматрао да се овде, стога, ради о пуком „привиду образложења” (*Scheinbegründung*).<sup>25</sup> Према овом схватању суда, недостатак у образложењу арбитражне одлуке представља повреду процесног јавног поретка.<sup>26</sup> Образложење, по ставу суда не сме бити противно разуму или у противречности са самом одлуком; оно се не сме ограничити на празне фразе (*inhaltsleere Wendungen*), већ мора одговорити на битне ставове тужбе и одбране.<sup>27</sup>

Пошто арбитражне одлуке могу садржински да се испитују само у границама које закон прописује, утолико је значајнији формални квалитет образложења арбитражне одлуке. „Само се на основу формалног квалитета образложења може закључити да ли је одлука заснована на начелима која поставља правна држава или је пак одлука заснована на самовољи”,<sup>28</sup> а на шта указује „алкаво образложење ... најчешће манљиво расуђивање, чак и немаран рад током арбитражног поступка”. Одлука мора на конклюдентан начин да дозволи да се уочи на којим суштинским разматрањима – нарочито и на којим чињеничним претпоставкама – она почива; празне фразе (*inhaltsleere Floskeln*) нису довољне.<sup>29</sup>

Очигледно је да суд у оквиру свог преиспитивања довољности образложења арбитражне одлуке мора до одређене мере да уђе у меритум арбитражног спора, како би оценио да ли је дошло до повреде про-

<sup>25</sup> Одлука аустријског Врховног суда (*Entscheidung*) OGH 180Cg3/16, од 28.09.2016, тач. 3.5, доступна на: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT\\_20160928\\_OGH0002\\_018OCG00003\\_1610000\\_000](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20160928_OGH0002_018OCG00003_1610000_000).

<sup>26</sup> Одлука аустријског Врховног суда, тач. 3.4.

<sup>27</sup> Одлука аустријског Врховног суда, тач. 3.4.а.

<sup>28</sup> SchlosseryStein-Jonas, ZPO, (Коментар немачког Закона о парничном поступку), чл. 1061 RZ 441, а цитирано према одлуци аустријског Врховног суда, тач. 3.4.б. Занимљиво је на овом месту приметити да Врховни суд Аустрије у својој одлуци цитира коментар немачког Закона о парничном поступку, имајући у виду да обе земље, и Аустрија и Немачка (као уосталом и Србија), своја законска правила у овој материји базирају на UNCITRAL Модел-закону о међународној трговинској арбитражи.

<sup>29</sup> Одлука аустријског врховног суда, тач. 3.4.б.

цесног јавног поретка. „Образложење судске одлуке треба да пружи одговор на два захтева. Оно треба да покаже да се воља суда изражена у одређеној пресуди поклапа са вољом израженом на апстрактан начин у закону. На другој страни, образложење омогућава контролу логичког процеса помоћу којег је суд дошао до одлуке и, у крајњој линији, испитивање да ли су закључци одлуке саобразни закону и логици.”<sup>30</sup> Овај квалитет образложења, сигурно, *mutatismutandis*, важи и за образложење арбитражне одлуке.

#### 4. Судска пракса у Србији

Српски судови су до сада били веома уздржани у погледу поништаја арбитражних одлука из разлога повреде јавног поретка и најчешће се у судским одлукама наилази на негативно одређење које се позива на судски став да „није свака повреда императивне норме и повреда јавног поретка”.<sup>31</sup> Додуше, покушаји позитивног одређења јавног поретка могу се наћи у ставу суда да се „не сме заборавити да јавни поредак има и свој чисто процесноправни аспект ... У процесни аспект јавног поретка, неспорно спадају следећа процесна начела: начело саслушања странака, начело независности и непристрасности суда, начело забране доношења одлука на преваран начин...”<sup>32</sup>

У једној недавној одлуци Врховни касациони суд је заузео становиште да „улога суда у поступку за поништај арбитражне одлуке ..., јесте контролна улога. Јавни поредак је разлог који суд цени по службеној дужности ... Дакле суд у поступку за поништај арбитражне одлуке не утврђује само чињеницу да је арбитражни суд одлучивао да ли су дејства одлуке у супротности са јавним поретком, већ и ситуацију када је одлучивао, да оцени да ли је то правилно учинио”.<sup>33</sup>

Одлуке српских судова којима се поништава арбитражна одлука из разлога повреде процесног јавног поретка услед непостојања образложења или због недостатака у образложењу арбитражне одлуке, за сада, не постоје односно, нису објављене.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Горан Илић, *Право на образложену судску одлуку*, 229, – доступно на: [http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/articles/Crimen\\_002-2011/Crimen\\_002-2011\\_04.Ilic.pdf](http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/articles/Crimen_002-2011/Crimen_002-2011_04.Ilic.pdf).

<sup>31</sup> Пресуда Трговинског суда у Београду бр. IVP 5377/07 од 30. новембра 2009.

<sup>32</sup> Решење Вишег привредног суда бр. Пвж 391/2008 од 5. маја 2008 – *Судска пракса шртовинских судова* – Билтен бр. 4/2008.

<sup>33</sup> Решење Врховног касационог суда бр. 96/2016, од 20. октобра 2016.

<sup>34</sup> С друге стране, Уставни суд Републике Србије је по поднетој уставној жалби заузео став у погледу недовољне образложености судских одлука (у пресуди бр. Уж 3314/2011). Уставни суд је указао да се „уставна гаранција права на правично суђење, поред осталог, састоји у томе да судска одлука о нечијем праву или обавези мора бити

### III Закључна напомена

Да ли је уздржаност националног суда у погледу поништаја арбитражних одлука, па и када је у питању поништај из разлога повреде јавног поретка на коју се пази по службеној дужности, а у оквиру тога и због непостојања ваљаног образложења арбитражне одлуке, позитиван или негативан сигнал за странке и за њихов избор Србије као места седишта арбитраже? Одговор на ово питање зависи у највећем делу од квалитета будућих судских пресуда и њиховог образложења у погледу тога зашто одређена арбитражна одлука са конкретним образложењем испуњава или не испуњава захтев процесног јавног поретка. Преглед упоредно-правне судске праксе земаља које су своја законска правила и разлоге за поништај арбитражних одлука базирале на *UNCITRAL* Модел-закону, може овоме да допринесе. Ово тим пре, што је и Закон о арбитражи Србије у потпуности и у овом, као и у другим питањима, сачињен по угледу на овај Модел-закон.

Ljubica Tomić  
attorney at law in Belgrade

SETTING ASIDE ARBITRAL AWARD DUE TO LACK OF LEGAL REASONING

#### Summary

The subject of this article is the examination of legal possibilities and comparative case law studies in regard of setting aside arbitral award due to the lack of legal reasoning, when the parties did not agree to exclude this right and when the arbitral award was not authorized to decide on the basis of *ex aequo et bono* principle. Comparative case law study demonstrates the tendency of national courts to enter into the merits of the case when controlling arbitral awards, analysing the quality of tribunal's reasoning up to the point necessary for the court to examine if the

---

донета у поступку који је спроведен у складу са важећим процесним законом, применом меродавног материјалног права и образложена на уставноправно прихватљив начин, јер би се у супротном могла сматрати резултатом арбитражног поступања и одлучивања. Будући да арбитражност у утврђивању чињеница и примени меродавног права не може задовољити стандард правичног суђења на начин како је то утврђено чланом 32. став 1. Устава, има основа да се у поступку по уставној жалби повреда наведеног уставног права цени и са становишта произвољно утврђеног чињеничног стања и примене меродавног права. Томе у прилог, Уставни суд указује и на став Европског суда за људска права изражен у пресуди *Vat Kück* против Немачке, од 12. јуна 2003. године, према којем задатак тог суда није да преиспитује и утврђује чињенице и тумачи домаће законе, осим ако пресуда домаћег суда није очигледно произвољна, или ако није на разумљив и на задовољавајући начин образложена”.

arbitral award satisfies procedural public policy requirements manifested in the right to a fair trial.

**Key words:** setting aside arbitral award, procedural public policy, right to a fair trial, reasoning of the arbitral award

UDK: 347.961.7(497.11)  
COBISS.SR-ID 269308428

*Јасмина Милуџиновић*

адвокат из Чачка

## ОСОБЕНОСТИ ЈАВНОГ БЕЛЕЖНИШТВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

### Сажетак

Ауторка се у раду бави анализом прописа који утврђују надлежност јавних бележника у наследним стварима и у промету некретнина у Републици Србији. Решења из српског законодавства пореде се са решењима у погледу ових надлежности са другим земљама региона.

У раду се критички анализира став Врховног касационог суда Србије у погледу надлежности јавних бележника у области промета непокретности.

Кључне речи: јавно бележништво, надлежност јавних бележника, наследне ствари, промет непокретности, јавнобележнички запис, солемнизована исправа

### І. Увод

Јавно бележништво је установа права која има дугу традицију. Корени традицију. Корени јавног бележништва могу се наћи у старој Грчкој и Риму, државама које су своје нотаре имале још у IV веку пре нове ере. Готово све европске земље, у својим правним системима, имају институт јавног бележништва. У упоредном праву, уз одређене различитости, може се издвојити неколико типова јавнобележничке делатности : англосаксонски, латински, државни и адвокатски тип.<sup>1</sup>

У Републици Србији, као и у свим државама региона (под регионом се подразумевају државе настале на подручју некадашње Југославије),

---

<sup>1</sup> Милена Трговчевић Прокић, „Преношење овлашћења из оставинског поступка на јавног бележника”, *Правни живоић*, бр. 12/2002, 132.

уведен је латински тип јавнобележничке делатности. Латински нотаријат је јавна служба коју извршна власт поверава појединцима, који стога нису независни у односу на државу, што јасно произилази из одредби Закона о јавном бележничтву.<sup>2</sup>

Надлежност јавних бележника у наследним стварима, укључујући и уговоре у наследном праву, и у области промета некретнина у Републици Србији, од посебног су значаја за грађане, те их ваља упоредити са решењима у погледу ових надлежности са другим земљама региона, за које грађани такође могу бити заинтересовани.

## II. Увођење јавног бележничтва у правни систем Републике Србије

### 1. Нотаријат у ранијим прописима

Јавно бележничество није потпуно нова професија на овим просторима. У Краљевини Југославији 1930. године донет је Закон о јавним бележницима,<sup>3</sup> који је важио на територији читаве државе и предвиђао је латински тип јавног бележничтва, делимично ослоњен на традицију аустријског нотаријата. Међутим, овај закон није консолидовао нотаријат на читавом подручју тадашње државе, јер није био примењиван на територији Босне и Херцеговине (БиХ), Црне Горе (ЦГ), нити у неким деловима Србије.

Овим законом одређена су три делокруга послова који су обављали јавни бележници: сопствени, послови судског повереника и адвокатски послови. Јавнобележничка служба односила се на: састављање јавнобележничких аката о правним пословима, оверавање исправа, издавање потврда, депозит, поступање по налогу суда у појединим поступцима, као и заступање странака у неспорним стварима које су у вези са исправом коју је бележник сачинио. Овај закон престао је да се примењује 1944. године, када су јавни бележници престали са радом на основу одлуке АВНОЈ-а о укидању јавних бележника и јавнобележничких комора. И ако је овај закон био кратког века, послужио је као узор при доношењу прописа о нотаријату у свим бившим југословенским републикама.

<sup>2</sup> Закон о јавном бележничтву – ЗОЈБ или Закон, „Службени гласник РС”, бр. 31/2011, чл. 13, 15. и 29.

<sup>3</sup> Закон о јавним бележницима, Службене новине Краљевине Југославије, бр. 220–LXXVII

## 2. Актуелна регулатива

Јавно бележништво је уведено у наш правни систем ступањем на снагу Закона о јавном бележништву 2011. године, с тим што је прописано да ће се Закон примењивати од 1. септембра 2012. године,<sup>4</sup> осим одређених одредби које се односе се на јавнобележничка места, службено седиште, именовање и разрешење јавног бележника и организовање јавнобележничког испита, које се примењују од осмог дана од објављивања Закона, како би били створени услови за почетак његове примене.<sup>5</sup>

Због потребе стварања услова за именовање и рад јавних бележника, као и доношења подзаконских аката, примена Закона почела је 1. септембра 2014. године. Након протеста адвоката и ради боље примене, уследиле су његове бројне измене; упоредо са изменама и почетком примене Закона, настала је потреба за усклађивањем других законских прописа, па су тако измене и допуне претрпели Закон о ванпарничном поступку, Закон о наслеђивању, Закон о оверавању потписа, рукописа и преписа, Закон о промету непокретности, Закон о општем управном поступку, Закон о привредним друштвима. Процес усклађивања још увек није завршен, па тако још увек постоје закони који се морају ускладити – на пример, Закон о облигационим односима, Закон о хипотеци и други закони.

Највеће промене у процесу усклађивања претрпео је Закон о ванпарничном поступку и измене овог Закона односиле су се на поступак састављања јавних исправа, као и на поступак за расправљање заоставштине, где је предвиђена могућност суда да јавном бележнику повери спровођење поступка за расправљање заоставштине, као и процесне радње које су у искључивој надлежности јавних бележника.

Као резултат протеста адвоката и испуњавања Споразума који је закључен између Адвокатске коморе Србије и Министарства правде,<sup>6</sup> Законом о изменама Закона о јавном бележништву,<sup>7</sup> извршене су 2015. Године кључне измене ЗОЈБ од интереса и за адвокатуру и за друштво у целини. Закон је мењан још једном исте године.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> ЗОЈБ, чл. 182.

<sup>5</sup> ЗОЈБ у чл. 182 прописује да се одредбе чл. 15. и 16, чл. 25. до 30. и чл. 143. до 148. примењују од осмог дана по обављивању Закона.

<sup>6</sup> Протест је трајао од 14. септембра 2014. године до 26. јануара 2015. године; Споразум између Адвокатске коморе Србије и Министарства правде потврђен је на Скупштини Адвокатске коморе Србије.

<sup>7</sup> Закон о изменама ЗОЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 6/2015.

<sup>8</sup> Закон о изменама ЗОЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015.

### III. Надлежност јавних бележника у српском праву

Према сада важећем ЗОЈБ (у актуелној верзији),<sup>9</sup> као и према Закону о ванпарничном поступку,<sup>10</sup> Закону о промету непокретности,<sup>11</sup> Закону о наслеђивању,<sup>12</sup> и Закону о упису у катастар непокретности и водова,<sup>13</sup> јавни бележници имају надлежност у наследним стварима и промету непокретности.

#### 1. Надлежност у наследним стварима

##### *а) Изворна и факултативна надлежности*

Поступак расправљања заоставштине у Републици Србији регулисан је Законом о наслеђивању и новелираним Законом о ванпарничном поступку, по којим прописима је у оквиру спровођења читавог оставинског поступка, надлежност јавног бележника изворна или факултативна (делегирана). Изворне надлежности су: састављање смртвонице, попис и процена заоставштине и одређивање привремених мера за обезбеђење заоставштине, а факултативна надлежност је поверавање вршења одређених послова и спровођење оставинског поступка.

Факултативна надлежност јавних бележника у наследним стварима изводи се из Закона о ванпарничном поступку,<sup>14</sup> којим је прописано да суд *може* јавном бележнику поверити спровођење поступка за који је по закону надлежан или предузимање појединих ванпарничних радњи под условима који су предвиђени овим Законом. ЗОВП је даље прописао<sup>15</sup> да суд не може поверити јавном бележнику спровођење поступка у статусним, породичним стварима, спровођење поступка за одређивање накнаде за експроприсану непокретност, вођење јавних књига и регистара за које је законом предвиђено да их води суд, састављање исправа за које је овим или посебним законом предвиђена искључива надлежност

<sup>9</sup> ЗОЈБ, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

<sup>10</sup> Закон о ванпарничном поступку – ЗОВП, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82, 48/88 и *Сл.гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 – др. закон.

<sup>11</sup> Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014, 6/2015.

<sup>12</sup> Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/03-УС, 6/15.

<sup>13</sup> Закону о упису у катастар непокретности и водова, *Службени гласник РС*, бр. 41/2018.

<sup>14</sup> ЗОВП, чл. 30а. ст. 1.

<sup>15</sup> ЗОВП, чл. 30а. ст. 2.



суда и спровођење поступка за расправљање заоставштине када је за наслеђивање меродавно право стране државе; ЗОВП је прописао<sup>16</sup> и то да суд одлучује о целисходности поверавања јавном бележнику да спроводи поједине поступке и да предузима поједине процесне радње из судске надлежности. Према томе, надлежност јавних бележника за спровођење оставинског поступка није искључива, већ поверена ако суд оцени да је то целисходно. ЗОВП је одредио<sup>17</sup> и поступак поверавања спровођења поступка или предузимања поједине процесне радње, надзор над радом јавног бележника и одузимање повереног посла јавном бележнику, као и право на правни лек против решења која доноси јавни бележник у повереном послу.

*б) Надлежности у послоу расправљања заоставштине*

Према ЗОВП,<sup>18</sup> оставински суд, када прими извод из матичне књиге умрлих, доноси решење којим поверава јавном бележнику да састави смртовницу, и то јавном бележнику на чијем службеном подручју се налазило последње пребивалиште односно боравиште оставиоца, а ако оставилац није имао пребивалиште, односно боравиште у Републици Србији, састављање смртовнице се поверава јавном бележнику на чијем се службеном подручју налази заоставштина или њен претежни део, коју попуњену јавни бележник мора да врати суду у року од 30 дана од дана када је примио решење суда.

Према ЗОВП,<sup>19</sup> попис и процену имовине умрлог врши јавни бележник на основу одлуке суда, али и без одлуке суда ако то тражи наследник или легатар.

Јавни бележник као орган који саставља смртовницу, надлежан је по ЗОВП<sup>20</sup> и да провери да ли је иза умрлог остао писани тестамент, или исправа о усменом тестаменту и да тестамент који је завешталац оставио достави суду заједно са смртовницом, као и за проглашење тестаamenta.

Најзад, јавни бележник може саставити и јавнобележничко завештање у форми јавнобележничког записа на основу Закона о наслеђивању,<sup>21</sup> као и на основу ЗОВП.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> ЗОВП, чл. 30а. ст. 3.

<sup>17</sup> ЗОВП, чл. 30б до 30з.

<sup>18</sup> ЗОВП, чл. 92.

<sup>19</sup> ЗОВП, чл. 96.

<sup>20</sup> ЗОВП, чл. 183.

<sup>21</sup> Закон о наслеђивању, чл. 111а.

<sup>22</sup> ЗОВП, чл. 183.

Јавни бележник може, сходно ЗОЈБ,<sup>23</sup> бити извршилац завештања, старатељ заоставштине, старатељ пословно неспособног лица и може обављати други сличан посао који је заснован на одлуци надлежног органа.

Законом о ванпарничном поступку прописане су ситуације у којима је за састављање завештања потребно присуство сведока, али се овде јавља проблем због тога што Закон о наслеђивању и ЗОВП предвиђају различит круг лица која не могу бити сведоци завештања. Овакво стање може довести до различитог поступања јавних бележника. Наиме, према Закону о наслеђивању,<sup>24</sup> завештајни сведок не може бити лице које је завештаоцу крвни сродник у правој линији, побочни сродник закључно са четвртим степеном сродства, тазбински сродник закључно с другим степеном сродства, сродник по усвојењу, супружник, бивши супружник, ванбрачни партнер, бивши ванбрачни партнер, старалац, бивши старалац, штићеник и бивши штићеник; посебно је одређено да ово ограничење не важи за усмено завештање.<sup>25</sup> ЗОВП одређује<sup>26</sup> да, поред лица која набраја Закон о наслеђивању, сведок не може бити лице: које ради у јавнобележничкој канцеларији или које је у служби код јавног бележника; које је јавном бележнику, односно учеснику крвни сродник у правој линији; које је заступник, односно одговорно лице у правном лицу на чији правни положај непосредно или посредно може утицати правни посао о којем се саставља исправа и на чији правни положај непосредно или посредно може утицати правни посао о којем се саставља исправа.

*в) Надлежност код уговора у наследном праву*

Што се тиче уговора у наследном праву – уговор о наслеђивању, уговор о будућем наследству или испоруци (легату), уговор о одрицању од наслеђа које није отворено и уговор о садржини завештања, као и облигационих уговора који производе наследноправне последице-уговор о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о преносу наследног дела, у праву Републике Србије је следећа ситуација. Уговор о наслеђивању је ништав правни посао, али је тенденција законодавца да овај правни посао уведе у правни систем, те Нацрт Грађанског законика предвиђа могућност закључивања уговора

<sup>23</sup> ЗОЈБ, чл. 5. ст. 2. тач. 1.

<sup>24</sup> Закон о наслеђивању, чл. 113.

<sup>25</sup> Закон о наслеђивању, чл. 113. ст. 2.

<sup>26</sup> ЗОВП, чл. 182.

о наслеђу, за које је прописано да ће се закључивати у писаној форми и да треба да буде оверен од стране судије или да буде сачињен у форми јавнобележничког записа. Уговор о будућем наследству или испоруци (легату) је ништав према садашњем решењу у нашем праву, а ништавост се предвиђа и Нацртом Грађанског законика. Уговор о одрицању од наслеђа је забрањен – сматра се ништавим. Уговор о садржини завештања је по нашем праву такође ништав.

Уговор о доживотном издржавању и уговор о расподели имовине за живота су уговори за које је по нашем праву предвиђена форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, а такво решење је и у Нацрту Грађанског законика, с тим што по овом Нацрту уговор о доживотном издржавању неће моћи да закључе супружници, уколико у правни систем буде уведен уговор о наслеђивању.

## 2. Надлежност у промету непокретности

### *а) Основна законодавна решења*

Закон о промету непокретности прописао је да је промет непокретности слободан, ако законом није другачије одређено, шта су непокретности у смислу овог Закона, одређено је да је промет непокретности пренос права својине на непокретности правним послом, уз накнаду или без накнаде, као и пренос права коришћења на непокретностима у јавној својини са једног на другог носиоца права коришћења; прописано је<sup>27</sup> да се уговор о промету непокретности закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, да је за солемнизацију надлежан јавни бележник на чијем се подручју налази непокретност која је предмет уговора, те да уговор који није закључен на начин из овог члана, што значи у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, не производи правно дејство.

Према ЗОЈБ,<sup>28</sup> јавни бележник потврђује (солемнизује) приватну исправу када је то законом одређено, а да се у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе закључује нарочито уговор о промету непокретности. У облику јавнобележничког записа сачињава се уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица.<sup>29</sup>

Надлежност јавних бележника у промету некретнина, проширена је Законом о упису у катастар непокретности и водова, којим је уведено

<sup>27</sup> Закон о промету непокретности, чл. 4.

<sup>28</sup> ЗОЈБ, чл. 93.

<sup>29</sup> ЗОЈБ, чл. 82. ст. 1. тач. 1.

начело официјелности које подразумева да се поступак уписа у катастар покреће и води по службеној дужности, а по достави исправе од стране обвезника доставе који је донео, односно саставио, потврдио или оверио исправу која је правни основ за упис у катастар, као и ако је прописано да се упис у катастар врши по сили закона, с тим што ово начело не искључује могућност да се поступак по истом правном основу покрене и води и по захтеву странке, осим ако је то искључено законом. Овим Законом је уведено и начело законитости које подразумева да Служба за катастар непокретности, одлучујући о упису у катастар проверава да ли су испуњени услови за упис прописани овим Законом и другим прописима, осим ако се промена врши на основу пресуде суда, јавнобележничке и друге јавне исправе, у ком случају не врши проверу законитости те промене, с обзиром на то да се о законитости промене води рачуна у поступку доношења, састављања, односно потврђивања (солемнизације) те исправе.

Јавни бележници су по овом Закону о упису у катастар непокретности и водова,<sup>30</sup> а у случају да је један од брачних супружника наведен као купац, надлежни да непокретност упишу на оба супружника по службеној дужности, осим ако се катастру достави изјава оба супружника да се не ради о заједничкој, већ посебној имовини једног од супружника, или ако супружници исправом на основу које се врши упис стичу својину са одређеним уделитема. Изјава се доставља у форми јавнобележничког записа или јавнобележничких потврђених (солемнизованих) изјава, а може бити и саставни део исправе којом се стиче непокретност на коју се та изјава односи, односно солемнизационе клаузуле којом је потврђена та исправа. Ако је непокретна имовина већ уписана у катастар само на једног од супружника, заједничка својина ће се накнадно уписати у катастар на основу изјаве оба супружника да се у конкретном случају ради о заједничкој својини.

Према одредби Закона о упису у катастар непокретности и водова,<sup>31</sup> јавни бележници су дужни да по службеној дужности достављају Служби катастра преко *e-шалтера* јавнобележничке исправе које састављају, потврђују или оверавају, односно извршне одлуке које доносе у оквиру законом поверених јавних овлашћења, а које представљају правни основ за упис у катастар непокретности.

После ступања на снагу Закона о упису у катастар непокретности и водова, остала је на снази одредба Закона о државном премеру и

<sup>30</sup> Закон о упису у катастар непокретности и водова, чл. 7.

<sup>31</sup> Закон о упису у катастар непокретности и водова, чл. 22. ст.1. тач. 2.

катастру,<sup>32</sup> која прописује да је приватна исправа исправа о правном послу, која поред општих услова који важе за исправу за упис, да би била подобна за упис, мора: (1) бити сачињена у писаној форми уз оверу потписа лица између којих се исправа сачињава ако посебна форма исправе није прописана посебним законом, те (2) садржавати изјаву о дозволи уписа, која није условљена или орочена.

За разумевање надлежности јавних бележника у промету непокретности, важно је поћи од:

- ЗОЈБ који прописује<sup>33</sup> врсте јавнобележничких исправа и дефинише јавнобележничке исправе као исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници (јавнобележнички записи), записнике о правним и другим радњама које су обавили или којима су присуствовали јавни бележници (јавнобележнички записници) и потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници (јавнобележничке потврде), *нејавне исправе које су потврдили јавни бележници (јавнобележничка солемнизација)*, као и нејавне исправе код којих је јавни бележник оверио потпис, односно оверио аутентичност преписа, превода или извода (јавнобележничке овере),
- Закона о промету непокретности који прописује<sup>34</sup> да уговор који није закључен на начин из овог члана у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, не производи правно дејство, те
- Закона о државном премеру и катастру који прописује<sup>35</sup> шта је приватна исправа.

На основу напред наведених прописа, када су уговори о промету непокретности пословно способних лица у питању, јавни бележници солемнизују (потврђују) ове уговоре, а састављају јавнобележничке записе за уговоре о промету непокретности само када су у питању пословно неспособна лица.

#### *b) Став судске праксе*

Врховни касациони суд усвојио је на седници Грађанског одељења одржаној дана 25. октобра 2016. године правни став који гласи:

<sup>32</sup> Закон о државном премеру и катастру, Службени гласник РС, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – одлука УС, 96/2015, 47/2017 – аутентично тумачење, 113/2017 – др. закон, 27/2018 – др. закон и 41/2018 – др. закон), чл. 87.

<sup>33</sup> ЗОЈБ, чл. 6.

<sup>34</sup> Закон о промету непокретности, чл. 4. ст. 4.

<sup>35</sup> Закон о државном премеру и катастру, чл. 87.

*„Уговор о промешу нейокрејности закључен у форми јавнобележничкој записи представља погодну исправу за упис права својине”.*

Овакав став Врховног касационог суда је заузео по захтеву Основног суда у Куршумлији и споран је како из процедуралних разлога, тако и из разлога погрешне примене права односно погрешног тумачења закона.

### **3. Процедурални разлози за оспоравање става Врховног касационог суда**

Закон о парничном поступку прописује поступак за решавање спорног правног питања.<sup>36</sup> ЗПП прописује<sup>37</sup> да ће првостепени суд, ако у поступку пред првостепеним судом у већем броју предмета постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању које је од значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима, по службеној дужности или на предлог странке, захтевом да покрене поступак пред Врховним касационим судом ради решавања спорног правног питања.

ЗПП такође прописује<sup>38</sup> да захтев суда треба да садржи кратак приказ утврђеног стања ствари у конкретној правној ствари, наводе странака о спорном правном питању и разлоге због којих се суд обраћа са захтевом за решавање спорног правног питања, као и сопствено тумачење спорног правног питања, те прописује обавезу суда да уз захтев достави и предмет Врховном касационом суду. Врховни касациони суд ће одбацити непотпун<sup>39</sup> и недозвољен захтев<sup>40</sup> за решавање спорног правног питања. Врховни касациони суд ће одбити да реши спорно правно питање ако оно није од значаја за одлучивање у већем броју предмета у поступку пред првостепеним судом.<sup>41</sup>

У овом конкретном случају, нису били испуњени услови прописани ЗПП-ом да Врховни касациони суд заузме наведени став, из више разлога. Најпре, према ЗОЈБ, основни суд може имати надлежност само у случају одбијања јавног бележника да сачини исправу коју му странка тражи; јавни бележник је дужан да одбије обављање службене радње ако је, између осталих разлога, она неспојива са његовом службеном делатношћу,<sup>42</sup> у ком случају странка има право да изјави приговор над-

<sup>36</sup> Закон о парничном поступку – ЗПП, чл. 180 до 185.

<sup>37</sup> ЗПП, чл. 180. ст. 1.

<sup>38</sup> ЗПП, чл. 181. ст.1.

<sup>39</sup> ЗПП, чл. 182. ст.1

<sup>40</sup> ЗПП, чл. 181. ст.1

<sup>41</sup> ЗПП, чл. 183. ст.2

<sup>42</sup> ЗОЈБ, чл. 53. ст. 2.

лежном (основном) суду.<sup>43</sup> У конкретном случају, Основни суд у Куршумлији није решавао по приговору странке да је јавни бележник одбио да сачини уговор о промету непокретности у облику јавно-бележничког записа, те Врховни касациони суд није имао основ да по захтеву тог суда заузима правни став.

Поступак уписа права својине на непокретностима води се по правилима управног поступка, а Републички геодетски завод је другостепени орган. Уколико је коначним решењем у управном поступку одбијен захтев за упис права својине на основу уговора о промету непокретности сачињеног у облику јавнобележничког записа, може се водити управни спор. Дакле, једино је Управни суд могао поставити као спорно питање – да ли уговор о промету непокретности закључен у форми јавно-бележничког записа представља исправу подобну за упис права својине. Управни суд ово правно питање није поставио као спорно, нити има података да су пред овим судом у току такви поступци.

Како је наведено, ЗПП прописује да захтев за правни став мора да садржи наводе странака о конкретном правном питању.<sup>44</sup> Образложење правног став Врховног касационог суда не садржи наводе странака, већ помиње наводе „неких” катастарских управа и нотара, који немају положај странака у поступку у којем се поставља ово спорно питање.<sup>45</sup> Из овога произилази да су став Врховног касационог суда тражили нотари, што је недопуштено.

*а) Појрешна ѳримена ѳрава односно ѳојрешно ѳумачење закона као разлој осјоравања ѳравној сѳава Врховној касационој суда*

У образложењу Врховног касационог суда наводи се да је заузети правни став заснован на систематском и циљном тумачењу Закона о јавном бележништву, ставовима теорије и упоредне праксе.<sup>46</sup>

Врховни касациони суд погрешно *систематски и циљно* тумачи ЗОЈБ у делу одредби о обавезној форми, заборављајући друге принудне

<sup>43</sup> ЗОЈБ, чл. 53а.

<sup>44</sup> ЗПП, чл. 181. ст. 1.

<sup>45</sup> Председник Јавнобележничке коморе у изјави за дневни лист „Новости” од 27. јануара 2017. године изнео је следеће: „Ово питање делегирани смо и на састанку са ВКС и Министарством правде. Једно од спорних питања је било управо то да ли ми можемо да састављамо записе о продаји непокретности. Председник Грађанског одељења ВКС Предраг Трифуновић изнео је мишљење да можемо и да су катастри дужни да на основу њих упишу право својине”.

<sup>46</sup> При том се, као став теорије наводи део докторске дисертације проф. др. Слободана Перовића из 1964. године и Немачки грађански законик.

прописе – Закон о промету непокретности и одредбе Закона о облигационим односима. У овом случају није у питању само форма, већ е ради и о сачињавању приватних исправа, односно пружању правне помоћи, што по ЗОЈБ јавни бележници не могу да раде, као и о томе да странке не могу да уговарају другачију форму од оне која је законом изричито прописана.

Врховни касациони суд погрешно циљно тумачи ЗОЈБ, јер је правна норма средство за постизање неких и нечијих циљева, неких и нечијих вредности и интереса које норма поставља као сврху у присилном усмеравању међуљудских односа. Због тога је од свих могућих значења једне норме, право значење оно које најпотпуније и најлакше остварује њен циљ, разлог њеног постојања (*ratio legis*). Стога би циљно тумачење требало да трага за оним циљевима које поставља друштво у самом времену примене норме. Систематско тумачење је поступак којим се открива значење једне норме тако да се или смислено повезују елементи те норме које се налазе у различитим правним одредбама или тако да се та норма повезује с другим нормама из правног система. Свака правна норма је део једне велике сложене целине, и ово средство је помоћно средство циљног тумачења. У тумачењу се мора поштовати начело законитости, а значење једне норме попуњава се значењем других норми које регулишу исти друштвени однос, а не упоредно-правном анализом прописа других земаља и научним радом од пре 50 година, у време када јавно бележништво није ни постојало.

Одредбама ЗОЈБ<sup>47</sup> прописано је да се у облику јавнобележничког записа сачињавају: – уговор о располагању непокретностима пословно неспособних лица – споразуми о законском издржавању, у складу са законом – уговор о хипотеци и заложна изјава ако садрже изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остваривања дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем. ЗОЈБ даље прописује да набројани *јавни њослови* који су закључени у облику јавнобележничког записа имају исту доказну снагу као да су сачињени у суду или пред другим државним органима.

У делу ЗОЈБ, са наднасловом „Јавнобележничке овере“ (што значи да се одредбе односе на *исправе које јавни бележник не сачињава*), прописано је<sup>48</sup> да јавни бележник потврђује (солемнизује) приватну исправу када је то законом одређено, те да се у облику јавнобележнички

<sup>47</sup> ЗОЈБ, чл. 82. ст. 1.

<sup>48</sup> ЗОЈБ, чл. 93.



потврђене (солемнизоване) исправе закључују се нарочито: – уговори о промету непокретности – уговор о хипотеци и заложна изјава ако не садрже изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остваривања дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем, те – уговор којим се заснивају стварне и личне службености. Закон о промету непокретности прописује<sup>49</sup> да се уговор о промету непокретности закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, те да уговор који није закључен на такав начин *не производи правно дејство*. И Законом о облигационим односима прописано је<sup>50</sup> да уговор који није закључен у прописаној форми, нема правно дејство уколико из циља прописа којим је одређена форма не произилази шта друго. Очигледни је да из циља наведене одредбе 4. Закона о промету непокретности несумњиво произилази да је форма уговора у облику солемнизоване приватне исправе услов за пуноважност уговора.

У конкретном правном питању ради заузимања одређеног правног става, Врховни касациони суд је био дужан да систематски и циљно тумачи ЗОО, Закон о промету непокретности и ЗОЈБ; да је тако поступио, Врховни касациони суд не би, поред формалних препрека да уопште заузима став, могао стати на становиште да се уговори о промету непокретности могу закључивати у форми јавнобележничке исправе, те да такве исправе могу представљати основ за упис права својине у јавне књиге.

Увођење јавнобележничког записа као нове форме закључења приватних правних послова, представљало би омогућавање јавним бележницима да пружају правну помоћ сачињавањем свих приватних исправа за шта нису овлашћени по Уставу Републике Србије.<sup>51</sup>

Према томе, из свих напред наведених прописа произилази да јавни бележници нису овлашћени да *сачињавају* приватне исправе, осим оних које су изричито наведене у ЗОЈБ, да уговори о промету непокретности који су закључени на начин супротан одредбама Закона о промету непокретности (солемнизована исправа) не производе правно дејство, јер из циља прописа којим је одређена форма не произилази ништа друго, како то тражи ЗОО. Да јавни бележници нису надлежни да састављају приватне исправе, произилази и из ЗОВП којим је у надлеж-

<sup>49</sup> Закон о промету непокретности, чл. 4.

<sup>50</sup> Закон о облигационим односима – ЗОО, чл. 70.

<sup>51</sup> Устав Републике Србије, чл. 67. ст. 2.

ност јавних бележника стављено састављање јавних исправа, чије су врсте прописане ЗОЈБ.<sup>52</sup>

Такође, положај јавног бележника онемогућава да он сачињава приватне исправе и уговоре у форми јавнобележничког записа. Јавни бележник мора да заштити права обеју (свих) странака, и то мора да чини подједнако и непристрасно, те не сме да заступа ни једну уговорну странку. Према томе, у случају закључења уговора који одступа од рутинског и ако се странке не сагласе о неком од битних елемената, он, с обзиром да не може да заступа интерес ни једне странке нити може у тој ситуацији подједнако и непристрасно да поступа, не би могао ни да сачини приватну исправу (за то није овлашћен) нити уговор о промету непокретности у форми јавнобележничког записа.

#### IV. Упоредно правни приказ система јавног бележништва у земљама у региону

##### 1. Општи преглед

У време када је Република Србија уводила јавнобележничку делатност, све земље у региону – бивше југословенске републике, су у својим правним системима већ имале јавнобележничку службу.

Правни системи свих држава у региону предвиђају ништавост уговора о садржини завештања и уговора о будућем наследству или испоруци(легату). Уговор о наслеђивању ништав је у свим држава у региону, осим у Федерацији Босне и Херцеговине, где је дозвољено закључење овог уговора, али само између брачних и ванбрачних партнера, и закључује се у форми нотарски обрађене исправе.

Уговор о одрицању од наслеђа предвиђен је у свим државама у региону, осим у Македонији. Ове државе генерално предвиђају да одрицање од наслеђа које није отворено не производи правно дејство, али дају могућност потомку, који је способан да самостално располаже својим правима, да се уговором са претком може одрећи наслеђа које би му припало након смрти претка. У Хрватској и Федерацији Босне и Херцеговине могућност закључења овог уговора дата је и брачним партнерима, а форма у којој се закључују у свим држава региона је јавнобележнички акт или солемнизован уговор, осим у Словенији где се превиђа нотарски запис.

<sup>52</sup> ЗОЈБ, чл. 6.

## 2. Република Хрватска

У Републици Хрватској јавнобележничка служба је успостављена 1995. године Законом о јавном бележничтву.<sup>53</sup> Изворним текстом овог Закона јавнобележничкој служби дато је у надлежност да састављају и оверавају исправе, да по налогу суда или других органа обављају законом одређене послове, као и да примају на чување исправе, новац, хартије од вредности и др. Временом је надлежност јавних бележника проширивана, тако да је 2003. године донет Закон о наслеђивању<sup>54</sup> којим је јавним бележницима поверено спровођење неспорних оставинских поступака, као и састављање тестамената и наследноправних уговора, а Законом о обвезним односима<sup>55</sup> поверено им је састављање уговора о доживотном издржавању. По хрватском праву само се неспорни оставински поступци поверавају нотарима, а ако у току поступка дође до спора због којег би странке било нужно упутити на парницу, те уколико одређена лица истичу захтев у погледу издвајања њиховог доприноса повећању заоставштине или издвајања предмета домаћинства, нотар суду враћа спис.

Закон о наслеђивању Републике Хрватске не предвиђа постојање јавнобележничког завештања, али се предвиђа јавна опорука у облику јавне исправе коју може саставити и јавни бележник.

Уговор о доживотном издржавању уређен је Законом о обвезним односима којим је дата је могућност избора форме уговора – у виду јавнобележничког акта или солемнизованог уговора. Уговор о расподели имовине за живота прописан је наследноправним прописима, а може се закључити у три форме: у форми јавнобележничког акта, солемнизоване исправе или писане исправе оверене од надлежног судије.

Што се тиче надлежности јавних бележника у промету непокретности, према Закону о јавном бележничтву,<sup>56</sup> јавнобележничке исправе су исправе о правним пословима и изјавама које су саставили јавни бележници (јавнобележнички акти), записници о правним радњама које су обавили или којима су присуствовали јавни бележници (јавнобележнички записници) и потврде о чињеницама које су посведочили јавни бележници (јавнобележничке потврде). Према овом Закону,<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Закон о јавном бележничтву, Народне новине, бр. 78/1993, 29/1994, 16/2007, 75/2009, 120/2016.

<sup>54</sup> Закон о наслеђивању, Народне новине, бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013, 33/2015.

<sup>55</sup> Закон о обвезним односима, Народне новине, бр. 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015.

<sup>56</sup> Закон о јавном бележничтву, чл. 3. ст. 1.

<sup>57</sup> Закон о јавном бележничтву, чл. 4.

јавни бележник је овлашћен да заступа странке у неспорним стварима пред судовима и другим јавним телима ако су те ствари у непосредној вези с неком његовом исправом; у тим случајевима, јавни бележник има права и дужности адвоката.

Према Закону јавном биљежништву,<sup>58</sup> ако нису у питању правни послови за које је, по Закону, обавезан јавнобележнички акт,<sup>59</sup> исправе о правном послу се могу потврдити код јавног бележника (потврда-солемнизација приватних исправа), с тим што је хрватским законом прописано да се уговори о промету непокретности могу сачинити у форми јавнобележничког акта, тако да надлежност нотара није искључива, али је могућа и за сачињавање приватних правних послова у форми јавнобележничког акта.

### 3. Босна и Херцеговина

У Босни и Херцеговини јавнобележничка служба уведена је 2002. Године Законом о нотарима Федерације Босне и Херцеговине,<sup>60</sup> након кога су донети Закон о нотарима Дистрикта Брчко,<sup>61</sup> и Закон о нотарима Републике Српске.<sup>62</sup> Крајем 2014. године Федерација Босне и Херцеговине донела је нови Закон о наслеђивању, који представља кодификовани пропис који обједињује и материјални и процесни део наследног права, што је материја која је до тада била регулисани у два различита закона; овај нови Закон нотарима поверава решавање оставинских поступака, и уводи потпуно нови институт – уговор о наслеђивању.

Због специфичног уставног уређења Босне и Херцеговине, надлежност јавних бележника је различито регулисана у ентитетима (у Федерацији БиХ и Републици Српској) и Дистрикту Брчко. У моменту доношења три закона, постојала су јединствена решења, али су каснији развој и измене посебних прописа довели до великих разлика у погледу надлежности нотара у појединим деловима БиХ.

У праву БиХ није предвиђен поступак солемнизације приватних исправа, по чему се оно разликује од правних поредака у региону, јер је на закон утицало немачко право које не познаје солемнизовану исправу.

<sup>58</sup> Закон о јавном биљежништву, чл. 59.

<sup>59</sup> Закон о јавном биљежништву, чл. 53.

<sup>60</sup> Законом о нотарима Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине ФБиХ, бр. 45/2002.

<sup>61</sup> Закон о нотарима Дистрикта Брчко, Службени гласник, бр. 09/2003, 17/2006.

<sup>62</sup> Закон о нотарима Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 86/2004, 2/2005, 74/2005, 76/2005, 91/2006, 37/2007, 50/2010, 78/2011.

У БиХ нотари имају најширу надлежност када је у питању листа правних послова који се обавезно закључују у форми нотарски обрађене исправе, јер се у њиховој искључивој надлежности налази сачињавање записа о правним пословима који имају за предмет стицање и пренос стварних права на непокретностима и о правним пословима из области статуса привредних друштава. У форми записа морају бити закључени и други правни послови који имају за предмет пренос и стицање других стварних права (хипотека, стварне и личне службености, стварни терети, право грађења). Правни послови који немају за циљ оснивање или пренос стварних права на непокретностима, не морају бити закључени у форми записа (уговор о закупу непокретности, право прече куповине, итд.) чак ни онда када се жели њихов упис у јавне књиге, јер је упис могућ на основу овере потписа.

Изузетак од правила да се обавезом сачињавања записа обухвате сви правни послови који се односе на стицање и пренос права својине на непокретностима, постоји у Републици Српској где је 2005. године Закон о нотарима измењен и обавеза нотарске обраде је искључена за правне послове које међусобно закључује Република Српска и јединице локалне самоуправе, а који за предмет имају стицање или пренос стварних права на непокретностима.

Што се тиче надлежности нотара у БиХ у наследноправним стварима и оставинском поступку, Закони о нотарима у БиХ не регулишу уопште надлежност нотара у области наследног права. Република Српска је донела нови Закон о наслеђивању,<sup>63</sup> који прописује само два наследноправна уговора – уговор о доживотном издржавању и уговор о расподели заоставштине за живота оставиоца, који и нису прави наследноправни уговори, већ облигациони уговори са наследноправним последицама. За ове уговоре изричито је прописана нотарска обрада.

У погледу сачињавања тестаментa, Закон о наслеђивању Републике Српске је предвидео да нотар може да сачини тестамент по правилима за сачињавање судског тестаментa, ако Законом о нотарима није другачије предвиђено, у форми нотарски обрађене исправе.

Године 2014. Федерација Босне и Херцеговине донела је нови Закон о наслеђивању,<sup>64</sup> којим је предвиђен нотарски тестамент у форми нотарски обрађене исправе.

<sup>63</sup> Закон о наслеђивању Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 1/2009.

<sup>64</sup> Закон о наслеђивању у Федерацији Босне и Херцеговине, Службене новине ФБиХ, бр. 80/2014.

Што се тиче вођења оставинских поступака, у Федерацији БиХ Законом о ванпарничном поступку који датира из 1998. године, није могла бити предвиђена никаква надлежност нотара у оставинском поступку. Оваква ситуација је и у Дистрикту Брчко. Република Српска има Закон о ванпарничном поступку,<sup>65</sup> који предвиђа могућност вођења оставинског поступка алтернативно, пред судом или код нотара. По овом Закону, постоји могућност и давања наследничке изјаве пред нотаром, али право избора не припада странкама, већ по замолници суда наследничку изјаву може узети и нотар, примењујући правила која важе и за суд приликом узимања наследничке изјаве.<sup>66</sup>

Осим могућности поверавања целог оставинског поступка нотару, у Закону о ванпарничном поступку Републике Српске постоје и одредбе о појединим радњама нотара у оставинском поступку, као на пример о попису и процени заоставштине, предаји покретних ствари из заоставштине на чување нотару (и то су једине две посебне радње у оставинском поступку које могу бити поверене нотару). Нотар по овом Закону не може бити старалац заоставштине.

Када спроводе оставински поступак, према Закону о ванпарничном поступку Републике Српске нотарима суд доставља смртовницу са прилозима. Оставински суд не може поверити нотару спровођење оставинског поступка самоиницијативно, већ само на захтев учесника у поступку, а и тада није обавезан да то учини. Такође, са поверавањем вођења оставинског поступка морају бити сагласни сви учесници и нотар.

#### 4. Република Словенија

Република Словенија је усвојила Закон о нотаријату 1994. године,<sup>67</sup> којим је на нотаре пренет претежни део судских послова везан за састављање и оверавање исправа, као и за уступање и расподелу имовине за живота и уговор о доживотном издржавању. Материја наследног права свеобухватно је уређена Законом о наслеђивању<sup>68</sup> који садржи и материјалне и процесне норме везане за институт наслеђивања.

<sup>65</sup> Законом ванпарничном поступку Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 36/2009.

<sup>66</sup> Законом ванпарничном поступку Републике Српске, чл. 126. ст. 2.

<sup>67</sup> Закон о нотаријату, Урадни лист РС, бр. 13/1994, 48/1994, 82/1994, 41/1995, 83/2001, 74/2004, 98/2005, 17/2006, 115/2006, 33/2007, 45/2008, 91/2013.

<sup>68</sup> Закон о дедовању (наслеђивању), Урадни лист СРС, бр. 15/1976, 23/1978, Урадни лист РС, бр. 17/1991, 13/1994, 40/1994, 82/1994, 117/2000, 67/2001, 83/2001, 73/2004, 114/2006, 31/2013, 63/2016.

Словеначким Законом о нотаријату предвиђено је да јавнобележнички тестамент може имати два облика – тестамент у облику нотарског записа и у форми писане изјаве последње воље завештаоца коју он подноси нотару на потврђивање.

Уговор о доживотном издржавању и уговор о расподели имовине за живота, уређени су Законом о облигационим односима, а обавезна форма за оба уговора је нотарски запис.

Слично као и у Републици Хрватској, у Словенији нема искључиве надлежности нотара за уговоре о промету непокретности, и за приватне правне послове прописано је потврђивање уговора.

## 5. Република Македонија

Република Македонија у свој правни систем уводи јавнобележничку службу, латинског типа, Законом о вршењу нотарских послова из 1996. године.<sup>69</sup> Овај Закон био је у примени све до доношења Закона о нотаријату 2007. године,<sup>70</sup> а тренутно је на снази нови Закон о нотаријату из 2016. године.<sup>71</sup>

Што се тиче наследно-правног уређења, у Републици Македонији се примењује више закона. Закон о наслеђивању<sup>72</sup> садржи материјално правне норме којима се уређује законско, нужно и тестаментално наслеђивање. Процесна правила којима се регулише оставински поступак и поступак остваривања права наследника налазе се у Закону о ванпарничном поступку<sup>73</sup> у ком је, као најзначајнија новина, предвиђено овлашћење нотара да као судски повереници спроводе радње и доносе одлуке у оставинском поступку, док су уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о доживотном издржавању регулисани Законом о облигационим односима.<sup>74</sup> Македонски закон даје право избора форме за ова два уговора – могућа је овера од стране суда или нотара.

Према одредбама сада важећег Закона о нотаријату из 2016. године, странке су дужне да приватне исправе за приватне правне послове

<sup>69</sup> Законот за вршење на нотарските работи, Службен весник на Република Македонија, бр. 59/1996, 25/1998.

<sup>70</sup> Законот за нотаријатот, Службен весник на Република Македонија, бр. 55/2007, 86/2008, 139/2009, 135/2011.

<sup>71</sup> Законот за нотаријатот, Службен весник на Република Македонија, бр. 72/2016.

<sup>72</sup> Закон за наследувањето, Службен весник на Република Македонија, бр. 47/1996, 18/2001.

<sup>73</sup> Закон за вонпарничната постапка, Службен весник на Република Македонија, бр. 9/2008.

<sup>74</sup> Закон за облигационите односи, Службен весник на Република Македонија, бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009.

којима се стичу, престају, преносе или ограничавају својинска права на непокретностима или друга стварна права на непокретностима, или права за које се воде јавне књиге, потврде код нотара.<sup>75</sup> Ова приватна исправа мора бити сачињена од адвоката и мора садржавати адвокатски печат и потпис уколико се ради о правном послу чија је вредност изнад 10.000,00 евра, а када је једна од уговорних страна банка, штедионица, финансијско друштво, давалац финансијског лизинга или осигуравајуће друштво, приватна исправа не мора да буде сачињена од стране адвоката и да садржи адвокатски печат и потпис, али ако је вредност уговора изнад 10.000,00 евра, једна страна је дужна да обезбеди адвокатски печат и потпис на уговору о том правном послу.

## 6. Црна Гора

Јавнобележничка служба у Црној Гори успостављена је Законом о нотарима. Област наследног права регулисана је Законом о наслеђивању,<sup>76</sup> а поступак за расправљање заоставштине Законом о ванпарничном поступку,<sup>77</sup> док су уговор о доживотном издржавању и уговор о уступању и расподели имовине за живота регулисани Законом о облигационим односима.<sup>78</sup> За оба уговора прописана је писана форма и овера искључиво од стране нотара.

Поред БиХ, само је још у Црној Гори предвиђена форма нотарског записа за правне послове чији је предмет стицање или пренос права својине на непокретностима.

У Црној Гори приликом сачињавања завештања, јавни бележник је дужан да примени одредбе Закона о наслеђивању, Закона о ванпарничном поступку и Закона о нотарима. Законом о наслеђивању, као један од облика тестамент, предвиђен је судски тестамент, кога завештаоцу могу саставити судија основног суда или нотар. Законом о нотарима се прописује да нотар сачињава тестамент у облику нотарског записа, а Закон о ванпарничном поступку предвиђа да се последња изјава воље завештаоца уноси у записник. Дакле, постоји проблем код примене права када је тестамент у питању услед различитих решења у прописима, али се логичким тумачењем долази до закључка да треба применити Закон о ванпарничном поступку на чију примену упућује Закон о нотарима.

<sup>75</sup> Закон о нотаријату, чл. 55.

<sup>76</sup> Закон о наслеђивању, Службени лист ЦГ, бр. 74/2008.

<sup>77</sup> Закон о ванпарничном поступку, Службени лист ЦГ, бр. 27/2006.

<sup>78</sup> Закон о облигационим односима, Службени лист ЦГ, бр. 47/2008.



## V. Закључак

Законски основ јавног бележништва у Републици Србији настао је знатно касније него у другим државама региона. Како, када је о јавном бележништву реч, постоји дисконтинуитет који траје седамдесетак година, а у неким деловима Србије нотаријата никада није ни било па се дисконтинуитет мери вековима, успостављање нотарског система је довело до последица по адвокатуру и грађане. Основни задатак јавних бележника је обрада исправа, њихова солемнизација, легализација, сачињавање записа, издавање потврда, депозит и вршење надлежности које је на нотаре пренео суд. То су делатности које, када нема нотара, обавља суд у ванпарничном поступку или их обавља управни орган.

Основни задатак адвоката је пружање правне помоћи, не само у поступку пред судом или другим државним органом, већ и у материјално-правним односима странака. Стога је делатност адвоката много шира од делатности нотара. Увођење нотаријата није требало да доведе до међусобног супротстављања ових професија, али је до тога дошло услед измена Закона о јавном бележништву из 2013. године, када су сви уговори о промету непокретности стављени у искључиву надлежност нотара, што је био и непосредан повод за обуставу рада адвоката 2014. године. Након измена закона из 2015. године, и поређењем са надлежностима нотара у другим државама региона, може се закључити да је нотарска служба у Републици Србији регулисана на сличан начин као и у осталим државама региона, са изузетком БиХ и Црне Горе.

Адвокатура мора наставити са тражењем правне сигурности уопште и обезбеђењем правне извесности за своју професију, јер законска правила о аутономији адвокатуре, слободи професије, независности и самосталности и праву на пружање правне помоћи, морају се стално практиковати и јавно демонстрирати. У том смислу, адвокатура мора препознавати који све прописи, односно њихова погрешна тумачења, утичу на извесност за професију, те даље радити на заштити професије.

Jasmina Milutinović  
attorney at law in Čačak

### Summary

#### CHARACTERISTICS OF PUBLIC NOTARY SYSTEM IN REPUBLIC OF SERBIA

The author analyzes the regulations establishing the authority of the public notaries in the hereditary issues and the matter of transactions with immovable property in the Republic of Serbia. The legislative solutions in regard the scope of

powers of the public notaries are compared in the article with solutions in this field in other countries in the region.

In the article, the position of the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia in regard the authority of the public notaries in the area of transactions related to immovable property is criticized.

**Key words:** public notaries system, authority of public notaries, hereditary cases, transactions with immovable property, notary public deed, solemnized document

UDK: 342.924  
COBISS.SR-ID 269311756

*Снежана Радовановић*

докторанд на Универзитету Џон Незбит, Београд

## ПРАВНОСНАЖНОСТ (СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА УПРАВНА АКТА)

### Сажетак

Правноснажност је тема која је често била предмет преиспитивања теорије и праксе, али се њена актуелност није исцрпла. Напротив, у савременим условима све више промовисаног начела ефикасности у свим сферама друштвеног живота, па и са становишта института правног поретка, наилази се на питање граница овог начела. Ограничења су свакако у врхунском начелу законитости и заштите јавног интереса. Како је начело законитости повезано са начелом правноснажности, долази се до закључка да се и о овом начелу свакако мора водити рачуна када су у питању нарастајући свакодневни захтеви за ефикасношћу. Захтеви ефикасности налагали су да се, управо на примеру управних аката и управног поступка, истражују донети примене начела правноснажности. Судска пракса је успевала да понуди решења која би очувала принципе законитости и правне сигурности, кроз разматрање примене принципа правноснажности, али је правна теорија посезала за екстремнијим приступом да се, због деликатности одступања од овог принципа и утицаја на правни поредак и његову правну сигурност, иде за тим да се ситуације одступања од правноснажности управних аката и могућност поновног решавања од стране органа управе изричито и таксативно пропишу законом. То није виђење само домаће правне науке, већ оно има упориште и у упоредном праву. У том смислу посебну пажњу би требало посветити могућности доношења супротног акта.

**Кључне речи:** законитост, правноснажност, ефикасност, управни акт, супротни акт, судска пракса

## I. Увод

У теорији управног права правноснажност се сматра процесно-правним институтом који онемогућава да се поново одлучује о ствари о којој је у редовном поступку решено, као и да се измени (укида, мења или поништи) акт којим је о тој ствари одлучено. При решавању проблема уклањања (потпуног или делимичног) коначних, односно правноснажних управних аката истичу се и преплићу начело стечених права, начело материјалне правноснажности, начело законитости и начело заштите јавног интереса. Нити у једном систему није усвојено искључиво једно начело, у сваком систему постоје одступања, под одређеним условима, од усвојеног правила.

У француској теорији се својство правноснажности везује искључиво за судске пресуде. Актима администрације не признаје се подобност за стицање тог својства, чак и када је решавано по жалби и када другостепени акт највише личи, садржински, на судску пресуду. Ово је последица строгог диференцирања на управну и судску власт, где се за вршење судске функције унутар управе организује суд посебне надлежности, управно-судски орган на челу са Државним саветом. Овакво виђење управно-судске функције има упориште у разликовању, у француској теорији, на присталице „судског акта у материјалном смислу“ (*L. Digi*)<sup>1</sup> и оних који то нису. Наиме, ови први, најпре *L. Digi*, суштину судског акта у материјалном смислу виде у изрицању права, у решавању неког правног питања, док други аутори (*Жез – Jeze, Carre de Malberg*, па чак и Бонар – *Bonnard*), суштину судског акта виде у вођењу спора, односно у судском акту у формалном смислу: судски акт има снагу „легалне истине“ само када је то одређено вољом законодавца.<sup>2</sup> У нашој теорији Н. Стјепановић је, слично Бонару, подвлачио својство вођења спора о субјективном праву у којима акта којима се признаје ово право могу бити релативно непроменљива, за разлику од аката који овакво право не дају и „ови други увек се могу лако мењати“.<sup>3</sup>

Тиме се приближавају појам судског акта у материјалном смислу и појам управног акта у материјалном смислу. То је упориште немачког права и изразитих представника Јелинека и Лабанда<sup>4</sup>, који указују на разлику између судског и управног акта, која је формално-организационе природе, са чиме се слаже и И. Крбек, али и неки аутори који су

<sup>1</sup> Иво Крбек, Право јавне управе ФНРЈ, Загреб, 1960, 193.

<sup>2</sup> И. Крбек, 194.

<sup>3</sup> Никола Стјепановић, Управно право у СФРЈ, општи део, Београд, 1978, 683.

<sup>4</sup> И. Крбек, 191.

покушавали да истакну функционалне разлике.<sup>5</sup> Ради се о различитости сврха и задатака (Јелинек): судство „иде” за реализацијом права, а управа за реализацијом разних државних задатака, као што је одржавање државне моћи, унапређење културе и сл., или, као код Лабанда, где се различитост огледа у процедури: судство значи мисаону функцију, а управа делотворну акцију. А заправо је реч о градацијској разлици: „судство непосредно остварује правни поредак, а посредно државне задаће, а управа непосредно те задаће, а посредно правни поредак”.<sup>6</sup> Дакле, својство непроменљивости може имати и административни акт.

## II. Правноснажност са посебним освртом на законодавна решења и став судске праксе

По мишљењу С. Поповића, питање формалне и материјалне правноснажности нема само догматски значај, већ је постало део законодавне праксе; наиме, наш законодавац такође прави разлику између формалне и материјалне правноснажности управног акта, признајући управном акту својство непроменљивости, преузето из судских поступака (парничног и кривичног поступка).<sup>7</sup> Наиме, чл. 14 Закона о управном поступку – ЗУП дефинише начело правноснажности решења у управном поступку: Решење против кога не може да се изјави жалба, нити покрене управни спор (правноснажно решење), а којим је странка стекла одређена права, односно којим су јој одређене обавезе, може да се поништи, укине или измени само у случајевима који су законом одређени. Прва два услова, да се против решења не може изјавити жалба нити покренути управни спор, су кумулативни услови за формалну правноснажност<sup>8</sup>, а услов да је странка стекла нека права (што је право за једну странку то је обавеза за другу странку, или како И. Борковић на други начин каже, то је „забрана” другој странци) је услов за материјалну правноснажност. Дакле, својство материјалне правноснажности немају сва формално правноснажна решења, већ само она којима су нека лица стекла одређена права, дакле, њиме се штити неко стечено право. При том није од значаја са становишта материјалне правноснажности да ли је то право утврђено диспозитивом конститутивног или

<sup>5</sup> И. Крбек, 194.

<sup>6</sup> И. Крбек, 192.

<sup>7</sup> Славољуб Поповић, Управно право, Београд, 1962, 162.

<sup>8</sup> С. Поповић (1962), 164; види Иво Борковић, Управно право, Загреб, 1984, 316.

декларативног управног акта.<sup>9</sup> Измена закона нема никаква дејства на правноснажна решења, јер делује само за убудуће. Ретроактивно дејство појединих законских одредби мора бити изричито предвиђено законом као изузетак од општег правила. Обзиром да је својство правноснажности трајно својство, то произилази да привремена решења (дозволе, одобрења) не могу стећи својство правноснажности.<sup>10</sup> Из свега напред изнетог није на одмет подвући да је („једно од најзамршенијих питања теорије управног права... захваљујући напорима теорије, још више законодавцу и пракси”),<sup>11</sup> решено на један логички и консеквентан начин.

Дакле, јасно је да институт правноснажности има, са становишта управног акта, изузетну практичну вредност. Наиме, непроменљивост управног акта би у извесним ситуацијама, посебно код погрешних управних аката, могла ићи „на уштрб објективне законитости, јавног (опћедруштвеног) интереса па и интереса странака”.<sup>12</sup> У таквим ситуацијама „коректуру”<sup>13</sup> даје теорија, али и пракса. Такву коректуру пружа употреба ванредног правног средства мењање и поништавање решења у вези са управним спором (чл. 175 ЗУП-а), условљавајући употребу овог правног средства „ако се тиме не вређа право странке у управном поступку или трећег лица”. Значи, своје решење орган може променити, управо због очекиваног дејства правноснажности, све до окончања управног спора у смислу уважавања тужбеног захтева, и уважавања стечених права. Или, такође ванредно правно средство укидање решења (чл. 184 ЗУП-а), овлашћује надзорни орган да у целини или делимично укине правноснажно решење, а то тражи странка на чији је захтев донето, а укидање није противно јавном интересу, нити интересу трећих лица. Дакле, пружа се могућност заштите како појединачног тако и јавног интереса, јер је на употребу овог правног средства овлашћен како орган који врши надзор над органом који је донео правноснажно решење, тако и странка на чију је штету то решење донето, тако да је укидање решења могуће у корист и на штету странке, јер се у надзору поставља захтев органу, с једне стране, (нпр. заштита јавног интереса) и непроменљивост, с друге стране (када је решење донето у корист странке).<sup>14</sup> При том је орган, ако је странка овлашћена на захтев за укидање правноснажног решења, дужан да по службеној дужности упо-

<sup>9</sup> С. Поповић (1962), 165.

<sup>10</sup> С. Поповић (1962), 167.

<sup>11</sup> И. Борковић (1984), 317.

<sup>12</sup> И. Борковић (1984), 319.

<sup>13</sup> И. Борковић (1984), 319.

<sup>14</sup> И. Борковић (1984), 316.

зори неуку странку на њено право.<sup>15</sup> Заправо је ово правно средство (укидање решења), нарочито чл. 184 ст. 1 ЗУП-а, обзиром да је уперено чак против извршног, а не само правноснажног решења, еманација потребе преваге захтева за правном сигурношћу и института правноснажности управног акта, узевши у обзир изузетност и строге услове за примену. Али, овде се мора подвући да нити један правни принцип, па ни правноснажност, нема апсолутно дејство: наиме, посебним законом (*lex specialis*) даје се могућност да се у поступцима инвалидског осигурања, дерогирају преклузивни рокови ЗУП-а, објективни рок, најпре, код понављања поступка.<sup>16</sup> Слично је и са ситуацијом када се странка накнадно изјасни у погледу разлога за укидање правноснажног решења (орган га је укинуо без захтева странке), а странкиним накнадним пристанком последица би била конвалидација таквог акта.<sup>17</sup> Дакле, орган може, код ванредног укидања, изменити решење у корист странке (*reformatio in melius*) али и на штету странке (*reformatio in peius*), што није могуће у судском поступку. Или, како би у вези са коректуром нагласио С. Поповић, полазећи од законске дефиниције, дакле, прихватајући материјалну правноснажност, али и могућност променљивости управних аката, овом питању „не треба приступити са доктринарног становишта, већ са становишта друштвених интереса и наших потреба“<sup>18</sup>, те законом изричито предвидети случајеве када управа не може мењати управне акте. Ово посебно с обзиром на општу презумпцију да, уколико општим прописима није установљена надлежност других органа, управни поступак би у првом степену требало да воде органи локалне самоуправе општине, града, региона.<sup>19</sup>

Појам материјалне правноснажности није препрека одступању од деволутивног дејства жалбе и тако треба схватити чл. 176 ст. 1 ЗУП-а: Поступак који је окончан решењем против којег не може да се изјави жалба (коначно решење) понавља се..., из законом набројаних разлога, без разлике да ли је наступила немогућност за употребу жалбе, и без разлике да ли постоји могућност вођења управног спора и да ли је одлука постала правноснажна услед пропуштања рока за тужбу. Понављање

<sup>15</sup> Н. Стјепановић (1978), 702.

<sup>16</sup> Лев Светек, „Посебности обнове поступка ин спремембе одлучне покојинског ин инвалидског заваровања в примјерави з уредитвију по Закону о сплошнем управнем постопку“, Правник бр. 1–3, Љубљана, 1966, 24.

<sup>17</sup> И Борковић, „Ништави управни акти“, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, XIV, Сплит, 1977, 26.

<sup>18</sup> Славољуб Поповић, „Неки проблеми општег управног поступка, о којима је вођена дискусија на конгресу правника“, Нова администрација, Београд, 1955, бр. 1, 69.

<sup>19</sup> С. Поповић (1955), 67.

поступка је могуће тражити и „по правноснажно управно-судски решеном предмету”<sup>20</sup> у оним случајевима из поменутог чл. 176 ст. 1 (...) „који нису били предмет ни управног ни управно-судског поступка”.<sup>21</sup> Међутим, понављање поступка пред управним властима у смислу чл. 176 ст. 1 не би било могуће када је предмет административно-судски решен<sup>22</sup>, јер постоји *res iudicata*, и према цитираним законским одредбама, а и према ставу теорије, „може бити места само обнови административног спора код ванредног правног лека у управно-судском поступку”,<sup>23</sup> дакле, према одредбама чл. 56 Закона о управним споровима – ЗУС. Друга је, међутим, ствар што би, чак и случају да се води управни спор али ствар још није правноснажно пресуђена, постојала једна чисто фактичка сметња за понављање поступка код управне власти „пошто се тад акта налазе код управног суда који може, али не мора да врати акта управној власти”.<sup>24</sup>

У пракси, међутим, заштита правноснажности веома често је тесно везана за заштиту законитости: штитећи закон, истовремено остављамо на снази очигледно незаконито правноснажно решење.<sup>25</sup> Повреда тог члана не може довести до понављања поступка. Дакле, ако нема неког од законских разлога, до понављања поступка не може доћи: „повреда материјалног закона, макар била и очевидна, не представља разлог обнове”.<sup>26</sup> То је веома често разлог за поништај другостепеног решења, код понављања поступка, од стране суда: у ситуацији када првостепени орган одлучује о предлогу странке за понављање поступка, па такав предлог одбаци или одбије, налазећи да је исти недопуштен или нису испуњени законски услови за понављање поступка, другостепени орган би у жалбеном поступку, поштујући правила о надлежности за решавање по овом правном леку, имао само да цени правилност одбачаја односно одбијања предлога, па да евентуално поништи незаконит закључак, односно решење о одбацивању односно одбијању предлога странке, упућујући првостепени орган, као надлежан за понављање поступка, како да поступи. Уместо тога, другостепени органи „падају” у грешку

<sup>20</sup> Н. Стјепановић, „Има ли места обновљању поступка код управне власти и у случају кад је предмет административно-судски решен?”, Архив, Београд, 1933, књ. XLIII, 508.

<sup>21</sup> Н. Стјепановић (1933), 508.

<sup>22</sup> Н. Стјепановић (1933), 508.

<sup>23</sup> Н. Стјепановић (1933), 510.

<sup>24</sup> Н. Стјепановић (1933), 509.

<sup>25</sup> Љубомир Јевтић, „Обнова управног поступка и њена примена у управној пракси”, Општина бр.5, Београд, 1967, 82.

<sup>26</sup> Љ. Јевтић, 75.



преузимајући улогу првостепеног органа, чиме чине повреду материјалног закона (правила о стварној надлежности), па је такву грешку могуће исправити само у судском поступку.<sup>27</sup> Слична ситуација (као у претходном примеру очигледне незаконитости) постоји и када се оцењује питање активне легитимације неког органа у смислу покретања поступка по ванредном правном средству, уколико је у управном поступку или управном спору тужиоцу признато неко право погрешном применом закона (нпр. на штету ПИО фонда). Штитећи начело законитости и истовремено правноснажности, у оваквој ситуацији не искључује се употреба неког другог правног средства (нпр. у управном спору, захтев јавног тужиоца за преиспитивање судске одлуке, чл. 49 ЗУС-а).<sup>28</sup> Проблем је догматске природе из разлога што нема поступка ако нема спора између странака као када ванредно правно средство улаже орган управе а о њему решава надлежни орган управе или управни суд у управном спору. Управо су критичари управног судства користили ову чињеницу (да нема супротстављених странака између органа управе – држава и управног суда – држава), наводећи да у таквим ситуацијама суд у управном спору губи објективност. М. Касапић сматра да у таквим ситуацијама, ако се доносиоцу акта (када је странци признато неко право погрешном применом закона, на штету органа) признаје положај странке у управном поступку, односно овде у управном спору (чл. 49 ЗУС-а), онда он то својство има само у „процесно-правном смислу”,<sup>29</sup> јер се у управном поступку и у управном спору о његовим правима и обавезама не решава. Уствари, овим се ставом опет долази на „терен” судског акта у формалном смислу, као што је напред већ наведено, по коме је суштина судског акта (или акта органа управе) у самом вођењу спора односно поступка, како налаже закон.

Важи и обрнути принцип када је у питању начело заштите правне сигурности у односу на начело правноснажности: код понављања поступка (чл. 176 ЗУП-а), нарочито када је разлог за понављање било управно решавање засновано на лажном исказу сведока или вештака,<sup>30</sup> правна сигурност постиже се не очувањем правноснажних управних аката, већ напротив, „у њиховом рушењу тј. поништавању”.<sup>31</sup> Поништавањем таквог правног акта постиже се правна сигурност.

<sup>27</sup> Љ. Јевтић, 76.

<sup>28</sup> Милош Касапић, „Ванредно правно средство у управном спору”, Општина, бр. 10, Београд, 1965, 43.

<sup>29</sup> М. Касапић, 42.

<sup>30</sup> Бранислав Фатић, „Лажна исправа, лажан исказ сведока или вештака као разлог за обнову поступка”, Општина, бр. 5–6, Београд, 1984, 95.

<sup>31</sup> Б. Фатић, 95.

Ово нарочито треба истаћи с обзиром на чињеницу да у управном решавању не учествују само државни органи, већ и организације које решавају на основу пренетих овлашћења, које нарочито имају један „психички” отклон према ревизији већ донетих управних аката, коју прихватају са резервом.<sup>32</sup> Због оваквог отклона се дешава да се превиди потреба заштите права грађана односно стечених права, о којима се у некој конкретној управној ствари решава. Зато решавање ових субјеката мора бити базирано на стручности, али и праведности, моралу, дакле, свести о потреби заштите наведених вредности. Ово је нарочито видљиво у решавањима у поступку о национализацији, на који указује и сама судска пракса: пресуда ВСС, У бр. 365/73 од 12. 07. 1973. истиче потребу да се у обновљеном поступку штите права странке, када је у питању национализација објеката. То, међутим, није увек једноставно, јер би требало правилно оценити примену начела законитости, правне сигурности, економичности, ефикасности и осталих начела и норми правног система у погледу приоритета заштите истих.<sup>33</sup>

Разликовање на материјалну и формалну правноснажност нема велики значај у системима у којима је закон таксативно побројао све услове за примену правних средстава којима се може нападати правноснажни управни акт. Међутим, на решавању претходног питања у самом управном акту ипак се може уочити потреба за разликовањем: судски акти (као основ за претходно питање) су у односу на управне акте непроменљиви. Управни акт стиче најпре формалну правноснажност (испуњењем кумулативних услова из ЗУП-а), а потом и материјалну правноснажност: „то значи да ефекат правноснажности најпре обухвата странку тј. адресата акта, па тек онда његовог доносиоца”,<sup>34</sup> што даље значи да управни акт не може бити материјално правноснажан ако није и формално правноснажан. Материјална правноснажност ограничава могућност опозивања решења од стране његовог доносиоца и доприноси правној сигурности и заштити права странке. Код управног акта ово својство стиче, разуме се, само диспозитив, а не и остали делови акта.<sup>35</sup> Како је одлука о претходном питању у управном поступку смештена у образложење управног акта, то она не постаје правноснажна: надлежни орган, обзиром да није везан образложењем претходно донетог управног акта, може то питање касније решити на други начин. Ако је у управном

<sup>32</sup> Б. Фатић, 96.

<sup>33</sup> Б. Фатић, 102.

<sup>34</sup> И Борковић (1984), 318.

<sup>35</sup> Славољуб Поповић, „Оглашавање правноснажних управних аката ништавим по праву надзора”, Народна управа, бр. 11, год. V, Сарајево, 1954, 467.

поступку претходно питање решено судском одлуком, онда се не дира у његово правноснажно решавање, без обзира да ли је део диспозитива или образложења. Ова разлика је била упориште француској теорији по којој својство правноснажности имају само судски акти, укључујући и акте управног судства, али не и управни акти.<sup>36</sup> Зато је излишно поставити ово питање у односу на, како је већ наглашено, пресуде донете у управном спору (као судском поступку) и решења која су донета у поступку извршења управно-судских пресуда: оглашавање од стране органа управе ништавим решења о извршењу управно-судске пресуде значило би поништавање саме пресуде а таква овлашћења органи управе немају у односу на пресуде. То би значило поништај принципа поделе власти, али и повреду начела пресуђене ствари (*res iudicata*).

Начело материјалне правноснажности не искључује могућност да ништавост у управном поступку истиче странка, позивајући се на начело стечених права, а под утицајем решења судске праксе<sup>37</sup> а не, како су ранији закони предвиђали, обзиром да нису били таксативно побројани сви законски услови ништавости, а под утицајем аустријског ЗУП-а из 1950. год., да су те разлоге могли истицати само органи управе.<sup>38</sup> У теорији чак има и разликовања на апсолутну и релативну правноснажност, где се прва везује за разлоге процесне економичности, а друга, релативна, тиче се интереса странака.<sup>39</sup>

У том смислу је напуштена и наша судска пракса која је постојала до доношења ЗУП-а из 1956. год. (нпр. решење Државног савета бр 30253 од 30. 09. 1932).<sup>40</sup> Како, дакле, није било таксативних разлога за ништавост у закону, онда је својство ништавости приписивано не само правноснажним управним актима, већ и решењима по којима тече жалбени поступак, дакле, која нису још постала ни коначна.<sup>41</sup> Овде је право место да се истакне, слично С. Поповићу, и став Н. Стјепановића, у погледу везе између начела законитости и правноснажности, да одступања од начела правноснажности могу бити одређена само законом, као што то чине неки посебни закони (о пензионим, инвалидском осигурању, о књиговодству и сл.).<sup>42</sup> Штавише, појашњавајући законску дефиницију

<sup>36</sup> С. Поповић (1954), 468.

<sup>37</sup> Н. Стјепановић, „Смисао и практични значај начела правноснажности решења у нашем управном поступку”, *Анали Правног факултета у Београду*, год. IX бр.4, Београд, 1961, 689.

<sup>38</sup> С. Поповић (1954), 474.

<sup>39</sup> И Борковић (1984), 319.

<sup>40</sup> С. Поповић (1954), 470.

<sup>41</sup> С. Поповић (1954), 471.

<sup>42</sup> Н. Стјепановић (1961), 680.

начела правноснажности, Н. Стјепановић истиче посебна својства правноснажности решења донетих у управном поступку: друштвена потреба правне сигурности, чије одсуство угрожава стабилност друштвених односа уопште, а посебно односа или ситуација створених или утврђених управним актом; потреба за отклањањем неизвесности у процесу спровођења закона и других прописа; заштита права и практичних интереса грађана, самосталних установа и организација, с једне стране, и јавног интереса, с друге стране, и начела законитости.<sup>43</sup> У складу са набројаним својствима, подвлачи се сличност дејства стварно незаконитих аката која протеком рока конвалидирају, јер њихова незаконитост није такве природе да их чини ништавим (рушљиви акти)<sup>44</sup>, а у вези са дејством рокова код употребе ванредних правних средстава у управном поступку. Или, код промењеног правног схватања неког правног правила, код судске праксе, када се под истим фактичким и правним условима једним грађанима признаје неко право или су ослобођени неке обавезе, а другима је то исто право ускраћено или им је наметнута обавеза, па се, код нпр. укидања решења (чл. 184 ЗУП-а), услед промене „политике спровођења закона“<sup>45</sup> акти доносе по слободној оцени, а раније су то били правно везани акти, када се, дакле, одступа од начела правноснажности. Слично је судско становиште (пресуда ВСВ, У бр. 389/73 од 21. јуна 1973. год.), да решење које је донето по захтеву странке која није активно легитимисана, представља повреду материјалног права због које се решење може побијати жалбом, а није разлог ништавости. Овде се, дакле, ради о одступању од начела законитости односно правноснажности, полазећи од „мотива“ за употребу неког правног средства,<sup>46</sup> а то је заштита стечених права, али пре свега због чињенице да није реч о незаконитости такве природе да решење чини ништавим, већ само рушљивим.<sup>47</sup>

### III. Начело правноснажности и доношење супротног акта органа управе

Наравно да се и право надзора изводи из изричитих законских одредби а не само из хијерархијски више позиције саме по себи. Ово је нарочито важно истаћи у прилог заштите начела правноснажности код

<sup>43</sup> Н. Стјепановић (1961), 678.

<sup>44</sup> Н. Стјепановић (1961), 680.

<sup>45</sup> Н. Стјепановић (1961), 683.

<sup>46</sup> Н. Стјепановић (1961), 683.

<sup>47</sup> Н. Стјепановић (1961), 680.

доношења супротног акта, када се на основу промена у чињеничним или правним околностима на основу којих је управни акт донет, могу укидати или ништити ранији управни акти, чије, дакле, дејство престаје на основу супротног акта (у поступку по ванредним правним лековима, али и у случајевима предвиђеним посебним законима, нпр. о пензијском и инвалидском осигурању, о ратним војним инвалидима и сл.).<sup>48</sup>

Ово овлашћење доношења новог управног акта (супротног) уместо ранијег, по мишљењу С. Поповића, црпе се из права вршења надзора над правним односима који су по природи трајни.<sup>49</sup> Доношењем супротног акта, који делује за убудуће (што се разликује од поништавања правноснажног акта под условима прописаним ЗУП-ом), укида се раније постојећи правни однос, нпр. дозвола за обављање одређене делатности. То се може десити услед, рецимо, технолошких промена и усавршавања, чиме се мењају и услови за доношење управног акта. У таквим ситуацијама се не би могло препустити да сами органи управе, у односу на правноснажна управна акта, постављају нове услове и доводе у питање њихову правноснажност (нпр. нове услове о заштити од пожара и сл.).<sup>50</sup>

У таквим ситуацијама, по мишљењу С. Поповића, није довољна само измена подзаконског акта. Морала би уследити и измена законског текста на основу кога се подзаконски акт доноси. Али не само то: обзиром на забрану ретроактивног важења закона, таква измена закона морала би садржати изричиту одредбу о ретроактивном деловању. Тако се принцип правноснажности управног акта не би довео у питање, а тиме се потврђује и француска правна теорија да, када законодавац донесе закон са повратним тј. ретроактивним дејством (нпр. мења се граница у погледу одласка у старосну пензију неких службеника), у том случају сматра се да је акт о одласку у пензију таквих службеника стављен ван снаге самим доношењем закона којим се мења првобитни пропис.<sup>51</sup>

Дакле, нема ретроактивног мењања правноснажног решења од стране доносиоца акта, органа управе, већ се одступање од једног од најважнијих правних принципа (принципа правноснажности) чини по сили самог закона. И наша судска пракса поступала је у складу са француском правном теоријом: када се правноснажно дозволи обнова поступка, органи управе не могу више поново решавати о томе да ли су постојали основни разлози за обнову (пресуда УС НР Хрватске У бр. 6156/57 од 17. маја 1958).

<sup>48</sup> С. Поповић, „О супротног управног акту”, *Анали Правног факултета у Београду*, год. X бр. 1–2, Београд, 1962, 50.

<sup>49</sup> С. Поповић (1962), 51.

<sup>50</sup> С. Поповић (1962), 54.

<sup>51</sup> С. Поповић (1962), 57.

#### IV. Закључак

Начело правноснажности није случајно једна од најчешће разматраних тема како правне теорије тако и правне праксе. Питање правноснажности је поново актуелно са становишта интеграционих процеса и потребе доношења квалитетних прописа и изградње правне државе и владавине права. Полазиште разликовања материјалне и формалне правноснажности и данас има не само теоријски, већ и практични значај, због захтева заштите стечених права, како у управном тако и у другим законом предвиђеним поступцима. Дакле, посебна пажња мора бити посвећена решавању о правима и правним интересима како странака тако и заштити интереса трећих лица у наведеним поступцима, и са тог становишта треба вршити сталну евалуацију дејства односно ограничења дејства начела правноснажности, нарочито када се има у виду уставноправна заштита слобода и права и директна примена тих одредби. Ипак, тесна веза принципа правноснажности са начелом законитости и захтевима правне сигурности не дозвољава да се питању дејства начела правноснажности приступа шаблонски, већ се морају процењивати околности сваког појединачног случаја приликом решавања правних ствари и домети и последице дејства у конкретном случају. На то указује и проблематика могућности доношења супротног акта, односно решавање неке правне ситуације на битно другачији (супротан) начин од стране органа управе, када се управо због захтева заштите дејства правноснажности, захтева не само промена подзаконског акта који регулише промењене услове за доношење таквог акта, већ и промена самог закона на основу кога је подзаконски пропис донесен. Разлог за овакву законодавну активност лежи управо у захтеву правне сигурности чији је најчвршћи стуб управо начело правноснажности.

Snežana Radovanović, LL.M.  
John Nezbit University, Belgrade

#### Summary

##### FINAL DECISION RULE (ADMINISTRATIVE ACTS)

Final decision rule (principle) is not, by accident, one of the most elaborated topics in legal theory as well in the judicial cases and materials. This subject is actual again in the context of integration processes and its needs of the regulations of high quality, all that for the purpose of establishing the state of government of laws (rule of law). Starting point for material final decision rule to be differed from

formal final decision rule, is something that has even today not only theoretical but practical significance, due to protection of legal rights (*ius legitimum*) in administrative or other procedures, imposed by law. Thus, the settlement on individual rights and legal interests of the parties and third persons, as well, has to come to special attention, and from that point of view the permanent evaluation of the effects as well as the limitations of the final decision rule, would be performed, especially due to constitutional protection and direct implementation of the provisions of fundamental freedoms and rights. Although, close ties between final decision rule and the principle of legality and requests for legal certainty does not allow clichés in approach to final decision rule, but the circumstances of each and every case have to be evaluated, and the scope and consequences of that rule in every specific case. The problems arise when the administration has the possibility to issue the decision contradicting the decision in the case already settled. Solving of such problems asks not only the change of the statutory act adjusting it to the changed conditions for settlement (on which the contradicting decision is based on), but, just due to rule of final decision, also, the change of complete law, being the origin for such statutory act. The reason for such a legislative activity is again in the requests for legal certainty, for which final decision rule is the firmest pillar.

**Key words:** legality, finality, efficiency, administrative act, opposite act, court practice

UDK 347.454:69(497.11)  
COBISS.SR-ID 269324044

*Др Јован Никчевић*

адвокат из Београда

## ПРИМЕНА МЕЂУНАРОДНИХ ОПШТИХ УСЛОВА О ГРАЂЕЊУ НА ПРОЈЕКТИМА У СРБИЈИ

### *Резиме*

У међународној пословној пракси данас се широко користе тзв. FIDIC општи услови уговора о грађењу. Ови услови су настали под утицајем британског права почетком педесетих година прошлог века, с основним циљем да се међународним грађевинским компанијама понуде општи услови, односно универзалан модел-уговор који ће, пре свега на непознатим и неистраженим тржиштима (као што су тржишта земаља „трећег света“) обезбедити избалансирана, стандардизована правила у односима између инвеститора и извођача. Кроз дугогодишњу примену, FIDIC општи услови су постали општеприхваћени стандард и данас се примењују у готово свим деловима света. Разлози за то се могу тражити у многобројним аспектима посла грађења који су њима регулисани, пре свега техничке, а затим и комерцијалне и правне природе. Због тога се с правом истиче да FIDIC општи услови нису ни само инжењерски нити само правни документ, већ да управљање пројектима који су засновани на FIDIC општим условима захтева константно присуство на пројекту и правника и инжењера. Но, како се грађевински подухвати увек изводе на територији конкретне земље, међународни карактер FIDIC општих услова се релативизује присуством императивних прописа и пословне праксе који, зависно од земље, њихову примену доводе у питање. Аутор са тог становишта испитује проблеме који настају у примени међународних општих услова на грађевинским пројектима у Србији

**Кључне речи:** FIDIC, општи услови уговора, инжењер, надзор, одштетни захтеви, ДАБ



## I. Увод

Постојање међународног права грађења (лат. *lex constructionis*)<sup>1</sup> темељи се на чињеници постојања бројних општих услова, модел-уговора и водича међународних организација (*FIDIC, ECE, UNCITRAL*) који учесталом применом уклањају границе националних права.<sup>2</sup> О њиховим карактеристикама мишљења су подељена, те се истовремено наводи и да примат над аутономним правом грађења и даље имају императивне норме националних права.<sup>3</sup> Такав став начелно се може прихватити јер се извођење инвестиционих пројеката увек одвија на територији конкретне земље која има своја императивна правила у домену грађења. Међутим, чињеница је да постоји и широка распрострањеност аутономних, међународних извора права у овом домену и њихова применљивост је великим делом условљена тиме да се инвестициони пројекти у многим земљама, међу којима је и Република Србија, финансирају на основу страних улагања, односно кредита других држава и међународних финансијских организација, чиме се претендује да бројна правила и принципи аутономних извора прерасту у обичајно право. Оно, као такво, у значајној мери супституише диспозитивне норме домаћег законодавства.<sup>4</sup> Тако, извори права код уговора о грађењу престају да буду само домаћи, те све више постају међународни, с обзиром на то да национална права не уређују све правне послове, односно модалитете правних послова који настају у међународним односима, нити су домаћи судови увек вични правилном разумевању сврхе и циља на који су сложени грађевински подухвати управљени. Но, и када је уговорена примена међународних општих услова, односно једнообразних модела или општих услова уговора, сви они, по правилу, упућују на примену неког меродавног националног права које ће, у недостатку уговорних норми, регулисати уговорне односе општим правилима и принципима које меродавно право садржи, а тада се може појавити проблем у тумачењу и примени међународних уговора.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Вид. више код: Klaus P. Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Hague 2010, 290.

<sup>2</sup> Вид. више у: *Trans-lex.org*, Charles Molineaux, „Moving Toward a Construction Lex Mercatoria”, *Journal of International Arbitration*, 1997 – [http://www.trans-lex.org/126700/highlight\\_lex\\_constructionis/](http://www.trans-lex.org/126700/highlight_lex_constructionis/) – К. Р. Berger, 290.

<sup>3</sup> Б. Вукмир, *Уговори о грађењу и услугама саветодавних инжењера*, Загреб, 2007, 48; вид. Одлука МТК 8873, 1997.

<sup>4</sup> Б. Вукмир, 48.

<sup>5</sup> Код уговора са међународним елементом најчешће се уговара примена швајцарског права, вид. Robert Knutson, *FIDIC: Analysis of International Construction*

Од самог оснивања *FIDIC* носи француски назив *Fédération internationale des ingénieurs conceils*, те отуда и настаје скраћеница *FIDIC*, што у преводу на српски језик значи: *Међународна организација консалтинг инжењера*. *FIDIC* је основан 1913. године у Женеви, а превасходни циљ оснивања био је да у сектору грађевинарства и индустрије (на међународном нивоу) заживи облик професионалног повезивања, сарадње и интелектуалне размене ради заштите професионалних интереса и стварања јединствених стандарда и праксе у области консалтинга и грађевинарства.<sup>6</sup> Данас *FIDIC* представља једну од најзначајнијих професионалних организација у овој области, тако што своје активности усмерава на организовање семинара и конференција, у циљу одржавања високих етичких стандарда, као и развој инжењерске професије у многим земљама широм света, уз опсежну издавачку делатност.

*FIDIC* броји преко 75 чланица – удружења из различитих држава које представљају преко 1.000.000 професионалаца.<sup>7</sup> Општи услови уговора које ово удружење издаје конципирани су са идејом да се на глобалном нивоу дефинишу и утврде униформна правила грађења и послова који су непосредно повезани са грађењем. Након четири деценије од оснивања објављени су први општи услови уговора који су током времена мењани и прилагођавани савременим трендовима.<sup>8</sup> После вишедеценијске примене, тачније 1999. године, већина општих услова замењена је новим.<sup>9</sup>

---

Contract, Hague 2005, 313; поставља се питање, на пример, како би домаћи судови тумачили појам, правну природу и дејства одлука ДАБ-а, као специфичног тела за преарбитражно решавање спорова, који по правилу спроводе инжењери, а за чије одлуке се уговара и обавезујуће дејство, вид. Јован Никчевић, „Претходни (преарбитражни) поступак за решавање спорова према *FIDIC*-овим општим условима уговора”, *Право и привреда*, бр. 7–9/2011, Београд 2011, 377.

<sup>6</sup> Ј. Никчевић, 377.

<sup>7</sup> У Србији је регистровано Удружење консултаната инжењера Србије – ACES (Association of Consulting Engineers of Serbia) које је пуноправни члан *FIDIC*-а.

<sup>8</sup> Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction, односно Општи услови уговора за грађевинске радове. Ови услови су познати и под именом Црвена књига, имајући у виду боју њихових корица. У наредне четири деценије Црвена књига је мењана четири пута. У међувремену, тачније 1963. године, објављују се Conditions of Contract (International) for Electrical and Mechanical Works, односно Општи услови уговора за извођење електро – машинских радова, познатији као Жута књига, као и 1995. године Conditions of Contract for Design Build and Turnkey, односно Општи услови уговора о пројектовању и грађењу, по систему кључ у руке, познатији као Наранџаста књига. Касније ће ови услови бити замењени потпуно новим издањима, али ће се (колоквијално) препознавање по боји корица задржати.

<sup>9</sup> Conditions of contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer – First edition 1999, односно Општи услови уговора за грађевинске радове, који су пројектовани од стране Наручиоца (даље: *FIDIC* Conditions of Contract

У последњих неколико година издавачки корпус *FIDIC*-а је додатно проширен водичима и моделима уговора,<sup>10</sup> да би крајем 2017. године била издата нова издања општих услова који су најчешће у примени („Црвена”, „Жута” и „Сребрна” књига). Критички осврт на нова издања, објављена 2017. године, свакако треба сачекати, док пракса и теорија не изграде став о њиховој природи и решењима. Због тога ће, у овом раду, највише пажње бити посвећено управо *FIDIC* општим условима из 1999. године, јер се они још увек врло широко користе у пракси.

*FIDIC* општи услови покривају широку лепезу активности које су директно или индиректно повезане са грађевинарством. Ради лакшег разликовања, ови услови су означени одређеним бојама, па се зато говори о „лепези” *FIDIC* општих услова уговора:

*Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer*, ed. 1999. Ови општи услови (познатији као Црвена књига) представљају потпуно нови сет правила намењених извођењу грађевинских радова код којих пројекат обезбеђује наручилац. Њихова примена се препоручује код оних подухвата где наручилац преузима обавезу израде пројекта, док се обавеза извођача ограничава на извођење грађевинских радова чији су опис и јединичне цене, по правилу, утврђени предмером и предрачуном (*Bill of Quantities*), али нема сметњи да се цена одреди и по принципу „укупне цене” (*lump sum*).<sup>11</sup>

---

for Construction, издање 1999). *Conditions of Contract for Plant and Design-Build, For Electrical and Mechanical. Plant and For Building and Engineering Works Designed by the Contractor – First edition 1999*, односно Општи услови уговора за пројектовање и извођење електро-машинских радова и грађевинских радова пројектованих од стране Извођача (даље: *FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build*); *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects – First edition 1999*, односно Општи услови уговора за извођење радова по систему кључ у руке (даље: *FIDIC Сребрна књига*; *The Short Form of Contract*, односно Кратка форма уговора (даље: *FIDIC Зелена књига*). О називима и карактеристикама ових општих услова вид. више: Б. Вукмир, 41–47.

<sup>10</sup> Тако су током 2003. године објављени и тзв. *FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants*. Током 2005. године објављени су први хармонизовани општи услови уговора међународних финансијских организација, односно *Multilateral Development Banks Harmonized Edition*, који се примењују код пројеката који су финансирани од стране међународних финансијских организација, односно развојних банака. У 2010. години, они су замењени новом верзијом под називом *Conditions of Contract for Construction (Multilateral Development Bank Harmonised Ed. Version 3)*; У 2006. години, објављени су и тзв. *Client/Consultant Model Services Agreement* (даље: *FIDIC Бела књига*); *Златна књига*, односно *DBO Contract – Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (1st Ed)*, објављена је 2008. године. Вид. више: *International Federation of Consulting Engineers* [http://www1.fidic.org/bookshop/default\\_contracts.asp#collection](http://www1.fidic.org/bookshop/default_contracts.asp#collection), 17. 11. 2010.

<sup>11</sup> Mayer Brown International LLP, *Introduction to FIDIC Contracts*, доступно на адреси: <http://www.mayerbrown.com/files/News/8a06fb73-7c6d-4225-841b-18021345>

*Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works, Designed by the Contractor, ed. 1999.* Ови општи услови (познатији као Жута књига), најтешње су повезани са испоруком опреме и изградњом великих индустријских постројења где извођач истовремено и пројектује и изводи радове сагласно спецификацијама и захтевима наручиоца. У вези са применом ових услова треба нагласити да обавеза извођача, упрошћено говорећи, у великој мери представља облигацију циља, тако што постројење у целини мора да задовољи инвестициону намену коју наручилац постројења има у виду, све до постизања производних карактеристика које су уговорене (*fitness for purpose obligation*).<sup>12</sup> Поред свих оних обавеза које су већ садржане у Црвеној књизи, ови општи услови садрже и додатне обавезе испоручиоца везане за пројектовање, пуштање у рад и одржавање изграђеног постројења у току гарантног периода. Због њихове повезаности у недељиву обавезу, уговорена цена је најчешће дефинисана као *lump-sum price* (паушална цена, односно цена у укупном износу), која ће се плаћати према динамици извођења радова, односно по наступању међурокова (*milestones*) који су уговором дефинисани.<sup>13</sup>

*Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, ed. 1999* (Сребрна књига) базирани су на „кључ у руке” принципу, тако да се извођач обавезује да изведе готово све радове потребне за изградњу одређеног постројења или објекта, укључујући пројектовање, инжињеринг, набавку опреме, материјала и извођење грађевинских радова (*Engineering/Procurement/Construction*). Реч је, заправо, о пројектима код којих извођач обезбеђује целокупно постројење подобно за крајњу употребу. Тако се овим условима одговорност извођача додатно поштрава, па он преузима одговорност и за све евентуалне промене количина и извођење додатних радова који су потребни за завршетак жељеног објекта. Интересантно је поменути и то да се *FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects* нарочито примењује код концесионих уговорних аранжмана као што су *BOT (Build, Own and Transfer)* и *BOOT (Build, Own, Operate and Transfer)*, где се пројектовање, изградња и управљање постројењем међусобно преплићу.<sup>14</sup>

369f/Presentation/NewsAttachment/ce2f590f-8eb9-478a-b86f-1a76b69f0779/LexisNexis\_2012\_intro-to-FIDIC-contracts.pdf.

<sup>12</sup> Nael Bunny, *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford UK 2005, 566; Mayer Brown International LLP, *Introduction to FIDIC Contracts – Online*.

<sup>13</sup> Mayer Brown International LLP, *Introduction to FIDIC Contracts – Online*.

<sup>14</sup> Nael Bunni, 582.

## II. Начин уговарања и правна природа општих услова

Општи услови представљају скуп правила, садржаних у уговору или акту изван њега, претходно припремљених у писаном облику, од једне стране, које су, притом, извор овлашћења и обавеза за обе стране.<sup>15</sup> Међутим, *FIDIC* правила су дефинисана на уопштен начин и њихова садржина најчешће није у потпуности адекватна специфичним околностима једног пројекта. Зато су општи услови уговора праћени посебним условима (*particular conditions*) којим се општи услови мењају, прилагођавају или искључују у појединим деловима. Техника измена које садрже *particular conditions*, односно посебни услови, је таква да се у тим посебним условима наведе, на пример, члан из општих услова који се мења, а затим и врста промене, тако да буде извесно да ли је природа промене таква да се члан брише, или да се мења само један његов део.

Начин уговарања *FIDIC* општих услова уговора је једноставан. Потребно је да њихову примену уговорне стране предвиде уговором и у том смислу они су, најчешће, предвиђени већ као саставни део лицитационе (тендерске) документације.

## III. Специфичност примене *FIDIC* општих услова у Србији

*FIDIC* општи услови се у Србији већ дуго примењују, како на пројектима приватних инвеститора, тако и на пројектима који се спроводе и финансирају од стране јавних предузећа, државних тела и институција. У последњем случају, ти пројекти се најчешће спроводе у складу са процедурама и принципима који су дефинисани Законом о јавним набавкама, који садржи низ специјалних правила, односно императивних одредби које у значајној мери сужавају аутономију воље уговорних страна и могућност преговарања. Штавише, управо се код тих пројеката у највећој мери и доводи у питање применљивост, односно правилно разумевање појединих института који су садржани у *FIDIC* општим условима.

У даљем тексту биће издвојени неки сегменти *FIDIC* општих услова који изазивају највише пажње и који су, дефинитивно, предмет бројних расправа, па и озбиљних спорова. Притом, треба узети у обзир да се наредна анализа највећим делом односи на Црвену, Жуту и Сребрну књигу које имају скоро идентичну структуру, коју чини 20 чланова са

<sup>15</sup> Илија Бабић, *Увод у грађанско и стварно право*, Београд 2009, 29.

готово идентичним називима и наизглед сличном садржином. Из тих разлога, не треба да чуди што се за све три врсте *FIDIC* општих услова цитирају чланови са идентичном нумерацијом у све три наведене *FIDIC* књиге; то због тога што је принцип регулисања института који су предмет ове анализе исти у свим наведеним *FIDIC* општим условима.

### 1. Улога Инжињера (*Engineer*)

Улога „Инжењера” је различито конципирана у првим *FIDIC* општим условима у односу на оне који су објављивани касније, нарочито када се пореде услови из 1999. и 2017. године. Исто тако, са техничког аспекта, улога Инжењера у односу на надзор који се обавезно спроводи према одредбама Закона о планирању и изградњи Републике Србије, битно је другачија. Та два аспекта ће овде нарочито бити разматрана.

Уопштено гледано, Инжењер је треће лице у уговорном односу између инвеститора и извођача.<sup>16</sup> *FIDIC* општи услови уговора предвиђају широк спектар права и обавеза Инжењера, односно права и обавеза инвеститора и извођача у односу са Инжењером. Чак се и један од укупно 20 чланова *FIDIC* општих услова (члан 3) тиче искључиво Инжењера. Међутим, он није уговорна страна у уговору који је закључен између инвеститора и извођача,<sup>17</sup> али и поред тога располаже бројним функцијама у којима делује као агент наручиоца, док с друге стране, истовремено, мора деловати као стручно, правично и непристрасно лице при решавању бројних спорних ситуација.<sup>18</sup>

#### *а) Инжењер као представник инвеститора и прва инстанца за решавање спорова*

Независност Инжењера је најчешће спорно питање у вези са *FIDIC* општим условима уговора, из два разлога. Први разлог лежи у чињеници да Инжењера бира, непосредно ангажује (ступа у уговорни однос са њим) и плаћа наручилац. Отуд и основна примедба да Инжењер не може деловати непристрасно у оним ситуацијама када решава односе између наручиоца и извођача.

Други разлог за преиспитивање непристрасности Инжењера лежи у чињеници да је улога Инжењера, као што је речено, у бројним ситуацијама

<sup>16</sup> Axel Volkmar Jaeger, Gotz Sebastian Hock, *FIDIC – A Guide for Practitioners*, Heidelberg 2010, 221.

<sup>17</sup> Jeremy Glover, Simon Hughes, *Understanding the New FIDIC Red book, a clause by clause commentary*, Лондон, 2005, 56.

<sup>18</sup> Axel Volkmar Jaeger, 221.

таква да сасвим извесно наступа као агент (представник) наручиоца, тако што заступа интересе наручиоца, стара се о спровођењу и администрацији уговора у име наручиоца, стара се о уштедама наручиоца, одобрава и оверава ситуације за плаћање и др. У одређеним ситуацијама, Инжењер претходно израђује пројекат за наручиоца, да би наручилац и извођач касније закључили уговор о извођењу радова према таквом пројекту. Даље, Инжењер може учествовати у избору извођача, решавању спорова, односно одштетних захтева који касније прерастају у арбитражне спорове.

Из изложеног концепта се може уочити да је улога Инжењера, онако како то предвиђају *FIDIC* општи услови, значајна и са правног и са техничког аспекта, јер је он и даље прва инстанца у решавању већине спорова, било правне, било техничке природе. Разлог за такав приступ се у највећој мери везује за идеју брзог и ефикасног решавања спорних ситуација. Тачније, ова улога Инжењера је замишљена тако да он „у ходу” решава све оне спорне ситуације које могу довести до успоравања пројекта.

Свакако, пре него што се обради материја решавања спорова, примена ових општих услова на домаћем тржишту изискује посебну пажњу када се улога Инжењера стави у контекст надзора над извођењем радова које предвиђа домаће законодавство.

#### *б) FIDIC Инжењер и стручни надзор по Закону о планирању и изградњи*

Стручни надзор по Закону о планирању и изградњи<sup>19</sup> је обавезна, законска категорија. Као такав, стручни надзор служи пре свега заштити оних захтева који се установљавају у јавном интересу, а то су интереси за које је друштво, односно државни апарат заинтересован. Детаљан опис овлашћења и надлежности стручног надзора произилазе из Правилника о садржини и начину вођења стручног надзора.<sup>20</sup> То обухвата следеће обавезе: 1) контролу да ли се грађење врши према грађевинској дозволи, односно према пројекту за грађевинску дозволу или идејном пројекту за реконструкцију и пројекту за извођење, као и благовремено предузимање мера у случају одступања извођења радова од тих пројеката; 2) контролу и проверу квалитета извођења свих врста радова и примену прописа, стандарда и техничких норматива; 3) контролу и оверу коли-

<sup>19</sup> Закон о планирању и изградњи, Сл. гласник РС, бр. 72/2009, одлука УС 24/2011, 121/2012, одлука УС 42/2013, одлука УС 50/2013, одлука УС 98/2013, 132/2014, 145/2014.

<sup>20</sup> Правилника о садржини и начину вођења стручног надзора, Сл.гласник РС, бр. 22/2015, 24/2017.

чина изведених радова; 4) проверу да ли постоје докази о квалитету материјала, опреме и инсталација који се уграђују; 5) контролу и проверу квалитета изведених радова који се, према природи и динамици изградње објекта, не могу проверити у каснијим фазама изградње објекта; 6) давање потребних упутстава извођачу радова; 7) редовно праћење динамике градње објекта и усклађености са уговореним роковима; 8) сарадњу са пројектантом ради обезбеђења правилне реализације пројектантског концепта објекта, као и сарадњу са извођачем радова при избору детаља технолошких и организационих решења за извођење радова; 9) сарадњу са извођачем радова и пројектантом у припреми пројекта изведеног објекта; 10) решавање других питања која се појаве у току грађења, односно извођења радова.

С друге стране, као што је речено, *FIDIC* Инжењер је уговорна категорија. Он се установљава уговором и није обавезан по закону. Он превасходно штити интересе наручиоца. Одлучује о правним, комерцијалним, техничким, пословним и финансијским питањима у одређеним ситуацијама, администрира уговор и врло често иницира његове измене, за разлику од стручног надзора који је превасходно овлашћен да контролише, односно надзире спровођење техничких и стручних стандарда који се тичу самог извођења радова.

*Prima facie*, јасно се може уочити да се улога Инжењера и стручног надзора разликују, али и преклапају у многим аспектима. Међутим, Инжењера није могуће подвести под институцију стручног надзора, а да се при томе не превазиђу овлашћења надзорног органа која он има према Закону о планирању и изградњи, или да се пак не умање она овлашћења које Инжењер има према *FIDIC* општим условима. Овај моменат најчешће и доводи до некритичке и недоследне примене *FIDIC* општих услова у Србији, који се манифестују у различитим „креацијама” уговорних страна које само наизглед решавају проблем потенцијалне конфузије.

Један од таквих приступа је, на пример, онај у којем наручилац предвиди сва права и дужности Инжењера у уговору са извођачем, али ту улогу повери сам себи, док се за стручни надзор именује треће независно лице. Такви случајеви су, сасвим извесно, познати у домаћој пракси. Другу крајност представља случај у којем би се једно исто лице именovalo и за Инжењера по *FIDIC* општим условима и за стручни надзор по Закону о планирању и изградњи. У оба случаја, долази се до драстичних уговорних манифестација које сједињавањем улоге Инжењера, било са наручиоцем било са стручним надзором, доводе до потпуне релативизације независности и стручности ових лица. Јер, нити



наручилац који истовремено поступа као Инжењер може бити независан када одлучује о одштетним захтевима извођача (с обзиром на то да о таквим захтевима у првој инстанци одлучује Инжењер), нити стручни надзор може поступати потпуно стручно, односно у јавном интересу (што је интенција законодавца у контексту Закона о планирању и изградњи), када стручни надзор, поступајући као Инжењер, преузима обавезу да поступа и као агент наручиоца.

Из ових разлога, сасвим је јасно да се ове две улоге – Инжењер по FIDIC општим условима и стручни надзор по Закону о планирању и изградњи – морају правилно разумети и доследно спроводити при конципирању уговора. Пропусти да се то учини довели су до озбиљних спорова на значајним инфраструктурним пројектима у Србији..

## 2. Примена ДАБ у Србији

Једна од надлежности Инжењера по FIDIC општим условима је и одлучивање о одштетним захтевима извођача и наручиоца, било да су у питању захтеви за продужетак рока, било захтеви за додатна плаћања.<sup>21</sup> У случају да било која страна буде незадовољна одлуком Инжењера по захтеву који му је предат, пре покретања арбитражног поступка, FIDIC општи услови предвиђају надлежност ДАБ-а (*Dispute Adjudication Board*).

ДАБ представља својеврсни начин алтернативног решавања спорова. То је Одбор за решавање спорова који је карактеристичан првенствено за грађевинске пројекте. Код FIDIC општих услова замишљен је као једна од три инстанце, која се најчешће налази између иницијалног поступка који се одвија пред Инжењером, и арбитражног поступка пред којим се спор коначно има решити.<sup>22</sup> С разлогом се зато и каже да је ДАБ поступак заправо „предарбитражни” поступак.

Смисао и суштина ДАБ се огледа у томе да се на комплексним пројектима, какви углавном и јесу пројекти засновани на FIDIC општим условима, обезбеди ефикасан механизам за решавање спорних питања, као и стручно сагледавање и решавање проблематике које треба да „исфилтрира” пројекат од сувишних и скувих арбитражних поступака. О чему је заправо реч довољно говори и чињеница да се ДАБ тела могу појавити у *ad hoc* или *standing* режиму. У првом случају, стране се у самом уговору споразумевају о члановима ДАБ-а који ће током пројекта бити на располагању за брзо и ефикасно сагледавање спорних питања.

<sup>21</sup> Чланови 2.5, 20.1 FIDIC општих услова.

<sup>22</sup> E. Sutherland, „FIDIC Dispute Adjudication Boards – 5 things you need to know”, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=20149edb-9d40-4c16-ab3e-1a94135644e8>.

У другом случају, ДАБ механизам се активира тек онда када је спор настао и када је потребан неко трећи ко ће странкама помоћи да се спор прелиминарно реши. Уколико странке буду задовољне одлукама ДАБ-а, оне постају коначне и обавезујуће за странке, те се арбитражни поступак ни не покреће. Уколико, пак, странке нису задовољне ДАБ одлуком, могуће је покренути арбитражни поступак. Из наведених разлога с правом се, како је наведено, каже да је реч о пред-арбитражном поступку.

Наиме, *FIDIC* општим условима уговора је утврђена процедура за решавање спорова, која између осталог предвиђа и да је поступак пред ДАБ-ом обавезан, односно да „*сјорове решава ДАБ у складу са чланом 20.4*”, док члан 20.4 предвиђа да „*уколико дође до сјора било које врсте између уговорних страна, који произилази из или у вези са Уговором или извођењем радова, укључујући и сваки сјор који се односи на потврде, одлуке, налоге, мишљења или процене Инжењера, свака уговорна страна има право да у писаној форми сјор упути на решавање од стране ДАБ-а, уз достављање копије другој страни и Надзорном органу*”. Исто тако, претпоследњи став овог члана предвиђа и да „*ниједна страна није овлашћена да покрене сјор пред арбитражом, док другој страни не достави изјаву о незадовољству*”. Из свега овог произилази да је споразумом уговорних страна уговорена обавезна надлежност ДАБ-а. Због тога, свако обраћање тужбом арбитражи, уколико спор претходно није био изнет на решавање пред ДАБ, може бити окончано одбацивањем исте због преурањености тужбеног захтева. Наведени став потврђен је и одлуком Врховног суда Швајцарске.<sup>23</sup>

Наведено схватање о обавезности ДАБ-а је у духу целокупног концепта о вишестепеном решавању спорних односа између извођача и наручиоца које је уведено *FIDIC* општим условима. Међутим, обавезност ДАБ-а није безусловна, а то се потврђује чак и горе цитираном пресудом. Наиме, у последњем ставу *FIDIC* општих услова (члан 20.8) предвиђено је управо супротно правило од оног о обавезности овог поступка, а то је да се, уколико ДАБ није формиран или му је истекао мандат, свака страна може покренути арбитражни поступак за решавање спорног питања. Овакав став наизглед збуњује, управо због одреднице из члана 20 да је поступак пред ДАБ-ом обавезан. Но, правилним тумачењем предметне одредбе долази се до закључка да је њен смисао управо усмерен на то да се обавезност ДАБ-а мора ограничити и да у оним ситуацијама када би формирање ДАБ-а, усред пројекта који се

<sup>23</sup> Одлука Врховног суда Швајцарске 4А\_124/2014, July 7 2014; вид. F. Spoorenberg, D. Franchini, „Supreme court rules on FIDIC pre-arbitration steps”, 2014.

сусреће са спорним ситуацијама између извођача и наручиоца, додатно угрозило његову реализацију. Последично, долази се до закључка да обавезност ДАБ-а заправо постоји само у оним случајевима када је реч о *ad hoc* ДАБ-у.<sup>24</sup>

Невезано од претходног, оправдано се може поставити питање применљивости ДАБ на домаћем тржишту, с обзиром на то да се ради о „гошћи” међународног аутономног права на терену конзервативног начина решавања спорова који је карактеристичан за наше поднебље где се, ни сама арбитража (као општеприхваћен модел за решавање спорова), не користи у мери која одговара објективним потребама.

Проблем настаје када се уговорена дејства ДАБ-а, односно његових одлука, не поклапају са суштинским статусом и квалитетом тих одлука према домаћем законодавству, јер у Републици Србији не постоји адекватна регулатива за овај поступак. ДАБ је уговорног карактера па су правила поступка пред ДАБ-ом уређена споразумом, односно општим условима уговора. Самим тим, и ефекти поступка пред ДАБ-ом нису далекосежни, јер се и о правној природи одлука ДАБ-а не може са сигурношћу заузети коначан став који је усклађен са домаћом праксом. Под тиме се највише има у виду питање да ли су одлуке ДАБ-а извршни наслов, што уговорним странама, уколико у одговарајућем моменту не покрену арбитражни поступак на начин како је то дефинисано општим условима, ускраћује могућност остваривања права која су заснована на уговору.

Примера ради, уколико се пође од претходне претпоставке да је обраћање ДАБ-у обавезно, поставља се питање да ли такав акт обраћања ДАБ-у доводи до прекида застарелости. По том питању, важно је истаћи да члан 388. Закона о облигационим односима<sup>25</sup> предвиђа да се „*застарелости пошраживања прекида подизањем тужбе или било којом другом повериоцевом радњом предузетом против дужника пред судом, или дружим надлежним органом, у циљу ушврћивања, обезбеђења или остварења пошраживања*”. У овом контексту, а кад се узме у обзир да се ДАБ не покреће тужбом и да не представља судски поступак, даље се може поставити питање да ли се ДАБ може подвести под други надлежни орган, те да ли се покретањем поступка пред овим телом прекида застарелост. Сматрам да не постоје сметње за такав став и тумачење и да се у том домену, можда, треба руководити применом аналогије са Закон о

<sup>24</sup> Одлука Врховног суда Швајцарске 4А\_124/2014, July 7 2014.

<sup>25</sup> Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлукаУСЈи 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. Лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

посредовању у решавању спорова из 2014. године, који у чл. 25 предвиђа да покретањем поступка посредовања настаје застој рокова застарелости.<sup>26</sup> Интересантно је, при том, поменути да је претходни Закон о медијацији из 2005. године предвиђао управо супротно у члану 11, према којем се покретањем поступка медијације рок застарелости није сматрао прекинутом. Такав заокрет очигледно је настао као последица уверења да намера страна да спор реше неким од алтернативних метода, каква је медијација примера ради, не сме имати за последицу истек рока застарелости и губитак права за заинтересовану страну да своја права оствари уз судску заштиту.

Но, без обзира на све претходно, не може са сигурношћу рећи какав ће бити став судске праксе у Србији по наведеном питању.

### 3. Преклузивност рокова за испостављање одштетних захтева

Једно од спорних питања које се такође често појављује у поступцима реализације домаћих инвестиционих пројеката заснованих на *FIDIC* општим условима, јесте и питање преклузивности рокова за испостављање одштетних захтева. Наиме, уколико се вратимо на почетни поступак за решавање спорова који се одвија пред Инжењером, треба узети у обзир да члан 20.1. који регулише поступак испостављања и одлучивања о одштетним захтевима извођача предвиђа врло детаљну и разрађену процедуру по наведеном питању, уз врло стриктне и кратке рокове за поступање извођача. Наиме, поменути члан 20.1. предвиђа да, уколико извођач сматра да има право на продужетак рока или додатна плаћања, дужан је да захтев, односно обавештење о намери испостављања таквог захтева („*Notice of claim*”) по наведеном основу испостави Инжењеру у року од 28 дана од дана настанка догађаја за који извођач сматра да дају право на одштетни захтев, док ће се сам, детаљни одштетни захтев испоставити до 42. дана од дана када је релевантни догађај настао. Оно што даље предвиђају *FIDIC* услови по наведеном питању јесте преклузивност, односно апсолутни губитак права извођача уколико се иницијално обавештење о намери подношења одштетног захтева не испостави у поменутом року.

Овако стриктна процедура испостављања одштетних захтева такође је постала упитна порастом броја пројеката који су засновани на *FIDIC* општим условима, где су домаћи извођачи, окружени присуством међународних консалтинг организација које врше улогу Инжињера, суочени са одбијањем одштетних захтева, макар они били и очигледно основани,

<sup>26</sup> Закон о посредовању у решавању спорова, Сл. гласник РС, бр. 55/2014.

уколико је пропуштен рок од 28 дана за најаву таквог одштетног захтева у складу са чланом 20.1. Иако сматрамо да начелно не постоје сметње за уговарање преклузивних рокова, може се поставити питање да ли је губитак права по наведеном основу у складу са начелима правичности уколико би се у конкретном случају могло доказати да извођач, из објективних разлога, поступајући у доброј вери и у интересу пројекта, није знао или могао знати да ће одређени догађај нужно довести до продужетка рока или додатних трошкова на рачун наручиоца.

#### IV. Закључак

*FIDIC* општи услови уговора представљају препознатљив стандард на међународном пословном плану. Институти које ови општи услови предвиђају настали су највећим делом као последица широке примене у свету, па је и јасно зашто се у њиховом корпусу налазе и они институти и правна правила који нису познати у нашем праву. То намеће потребу њиховог благовременог усклађивања са домаћим императивним прописима онда када се уговара њихова примена.

Сходно томе, примена ових општих услова ни у једном правном систему не може бити безусловна, већ захтева добро познавање домаћег законодавства и критички осврт на последице њихове примене, како би се смисао и циљ ових услова уподобио правном режиму у којем ће они регулисати права и обавезе уговорних страна. У супротном, свако безусловно преузимање и примена принципа који су преузети из међународног права и праксе, могу довести до конфузије и неспоразума који ће реализацију пројекта заменити дугим и скупоценим споровима.

Jovan Nikčević, PhD  
attorney at law in Belgrade

USE OF INTERNATIONAL GENERAL CONDITIONS OF CONSTRUCTION  
CONTRACTS ON THE PROJECTS IN SERBIA

#### Summary

FIDIC General Conditions of Contract were created under the influence of British law in the early fifties of the last century, with the main goal to offer to international construction companies general terms, which are a universal model-contract that, primarily in unknown and unexplored markets (such as the markets of „third world” countries) provide balanced, standardized rules in relations between the employer and the contractor. Through many years of use around the world, FIDIC

General Conditions have become a widely accepted standard and now are applied in almost all parts of the world. The reasons for such approach can be sought in the many aspects that are regulated by them, primarily OF technical, and then commercial and legal nature. Therefore, it is rightfully pointed out that FIDIC general conditions are not only an engineering and not just a legal document, but that FIDIC-based project management requires the presence of both lawyers and engineers.

However, as construction projects are always carried out on the territory of a particular country, the international character of the FIDIC General Conditions is relativized by the presence of imperative regulations business practice that, depending on the country, put their appliance into question. The author considers, from that aspect the problems created in construction projects in Serbia by use of international general conditions of contract.

**Key words:** *FIDIC*, general conditions of contract, engineer, supervision, claims

UDK: 349.22:331.106]:796  
COBISS.SR-ID 269336332

*Др Мирослав Север*

адвокат из Београда<sup>1</sup>

## УГОВОР О РАДУ У ПРОФЕСИОНАЛНОМ СПОРТУ

### Сажетак

Развој спортског права је суштински изменио угао гледања на однос између спорта и права који је дуго времена преовлађивао и испољавао се кроз концепт негирања постојања потребе за стварањем посебних спортских норми. Критичким приступом и теоријским разматрањем, спортско право се постепено издвојило у посебну грану права која настоји објаснити суштину спортске специфичности која правни приступ спорту суштински мења, доказујући да идентитет спортских норми настаје управо из потребе за ширим сагледавањем односа који настају у спорту. Из тог разлога се и уговорни односи који настају између професионалних спортиста и спортских организација не могу једноставно уподобљавати већ постојећим уговорима обзиром да се не могу у својој бити у потпуности идентификовати са уговорима који карактеришу односе који постоје у спорту.

**Кључне речи:** уговори у спорту, уговор о раду, професионални спортиста, спортска организација, спортска специфичност

### І. Увод

Професионални спортиста свој ангажман са спортском организацијом регулише кроз закључење уговора којим се дефинишу права и обавезе једне и друге стране. Овај однос све више представља камен спотицања између аутора који такав уговор посматрају као уговор о раду и аутора који га виде као уговор *sui generis*. Закон о спорту Републике Србије изричито предвиђа да „Професионални спортиста заснива радни

---

<sup>1</sup> Председник Арбитражног суда Фудбалског савеза Србије

однос са спортском организацијом закључењем уговора о раду...”<sup>2</sup> Испитујући правну природу овог уговора, као круцијално се поставља питање да ли се заиста може повући паралела између уговорног односа професионалног спортисте и спортске организације, са уговором о раду.

Свакако да приступ поистовећивања који сугеришу поједини аутори није извршен без претходног разматрања и уважавања основних карактеристика односа који настају између професионалног спортисте и спортске организације. У том контексту се као основна идеја намеће веза која поменути однос професионалног спортисте и спортске организације види кроз уговор о раду, а који је дефинисан делом кроз одредбе Закона о спорту Републике Србије, али и кроз аналогну примену одредаба Закона о раду Републике Србије.

## II. Специфичности уговора професионалних спортиста

### 1. Период трајања

Прва карактеристика која се уочава код уговора у колективним спортовима, које закључују професионални спортисти и спортске организације, јесте да се ови уговори закључују на одређено време, најчешће са лимитом од 5 година, колико дозвољава и Закон о спорту Републике Србије<sup>3</sup>. Дакле, већ у основи самог уговора о ангажовању професионалног спортисте настаје велико разилажење са уговором о раду, обзиром да не постоји опција закључења уговора на неодређено време. Основни интерес законодавца код закључења уговора о раду је заснивање радног односа на неодређено време, обзиром да радник, условно речено, у том тренутку стиче и најшири опсег правне заштите. Интерес радника изван спорта је, дакле, потреба да закључи уговор о раду са својим послодавцем на неодређено време. У спорту, са друге стране, код професионалних играча, овакви уговори једноставно не постоје, нити је то спортском регулативом дозвољено, нити Закон о спорту Републике Србије то дозвољава, нити је то интерес самог професионалног спортисте. Међутим, није то суштинска дистинкција између уговора о раду и уговора о ангажовању професионалног спортисте. Тачка раздвајања поменутих уговора је спортска специфичност којом је радно правна норма и интенција радно правног законодавца, модификована и прилагођена потребама спорта и као таква је изне-

<sup>2</sup> Закон о спорту, Службени гласник РС, бр.10/2016, чл. 13. ст. 1

<sup>3</sup> Закон о спорту, чл. 13 ст. 1.



дрена из сфере радног права и преточена у сферу спортског права, које у свом развоју и интенцији, водећи рачуна о радно правној заштити професионалног спортисте, посебно обраћа пажњу на шири спектар односа који се испољавају у спорту. Управо ту настаје раздвајање могућности поистовећивања поменуте две врсте уговора. У професионалном спорту, интерес је заштита такмичења, кроз заштиту појединца, као слабије стране. У фудбалском спорту, и колективном спорту уопште, уговорни однос између професионалног спортисте и клуба, изражава се кроз стварање тима који ће бити конкурентан на такмичењу. Уз нужно потребно поштовање уговорних обавеза, основни интерес је очувати уговор до његовог истека. Тиме се уједначава игра једног тима и ствара се сегмент који је такмичарски примаран, а то је напредовање у такмичењу. Сваки клуб два пута током такмичарске сезоне, у фудбалском спорту, преиспитује своју компактност и покушава да обезбеди још већу конкурентност. Два пута током такмичарске сезоне, клубови могу ангажовати нове играче и прекидати сарадњу са старим. Ипак, важно је нагласити да је престанак сарадње са једним играчем везан, пре свега, за споразум и сагласност обе стране. Све осим истека времена трајања уговора и споразумног раскида уговора, у професионалном спорту представља стање које није у тој мери прихватљиво и које углавном доводи до успостављања спортских санкција за страну која неосновано једнострано жели да раскине уговор. Овакав приступ је свакако специфичност која у спорту има своје оправдање, иако се намеће питање да ли је уопште дозвољено ограничавати слободу кретања професионалних спортиста на такав начин – лимитирањем могућности преласка у други клуб, практично кроз забрану једностраног отказа уговора. Одговор лежи у сада већ неспорном развоју спортског права, које кроз спортску специфичност обликује норме у спорту и које услед тога имају своје оправдање да опстану као такве. Као што је наведено, интерес професионалног спорта је заштита интегритета такмичења. Наравно, кроз поштовање основног корпуса људских права, као и норми комунитарног права<sup>4</sup>. Међутим, оправданост овако успостављених норми у спорту, које су прошле строго контролу надлежних органа Европске уније,

<sup>4</sup> Како је седиште ФИФА, међународне кровне фудбалске организације, у Европи, али и других кровних спортских организација, то је и питање стварања и имплементирања спортских норми у спортску регулативу у целом свету суштински значајно, обзиром да се практично целокупан теоријско практични приступ стварању, преиспитивању и имплементирању спортских норми, ствара у Европи уз сарадњу спортских организација и легислативних органа Европске уније укључујући и органе Уније задужене за спорт. Након усвајања, њихова примена је обавезујућа за све националне спортске савезе конкретног спорта, у целом свету.

омогућило је да се интерес спорта сагледава шире од саме заштите појединца, која је, понављамо, изузетно важна. На тај начин су се створили механизми оправданости делимичног одступања од норми радног права. Важно је истакнути да се то одступање не одражава, нити сагледава као негативност, већ искључиво као модификација и прилагођавање норми потребама спорта, а које произилази из спортског права као младе гране права која проучава и оправдава разлоге креирања конкретних норми и начела. Дакле, проучавајући спортску специфичност, теорија и пракса, руку под руку, а у комуникацији са највишим легислативним органима Европске уније, омогућавају убрзани развој спортског права као нове гране права.

## **2. Различитост односа према правним претпоставкама које успоставља Закон о раду**

Сагледавајући поменуто одступање од радно правних претпоставки које у редовном односу између послодавца и радника успоставља Закон о раду, значајно је указати и на практичне немогућности искључиве примене тих норми у односу између професионалног спортисте и спортске организације, а без уважавања специфичности односа које у том спортском односу настају и постоје и које могу довести до потпуно другачијих последица. Уколико, на пример, послодавац не закључи са запосленим уговор о раду у писаном облику, Закон о раду уводи правну претпоставку да је запослени даном ступања на рад у таквим околностима, закључио са послодавцем уговор о раду на неодређено време.<sup>5</sup> Оваквим приступом законодавац штити радника од различитих злоупотреба које послодавац, као јача правна страна, може реализовати. У спорту пак, ситуација је потпуно другачија. Прво, не може се тиме створити правна претпоставка да је даном доласка играча у клуб без уговора, фактички закључен уговор на неодређено време, обзиром да то није дозвољено. Међутим, не може се створити ни правна претпоставка да је закључен уговор у максималном периоду који Закон о спорту и спортска регулатива то дозвољавају<sup>6</sup>. Разлог за то је што се у спорту професионални спортиста мора заштитити на потпуно супротан начин од оног који то чини Закон о раду. Спортисти је важно да развија свој таленат,

<sup>5</sup> Закон о раду, Службени гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017, чл. 32.

<sup>6</sup> Нарочито се не може узети у обзир нека друга, међу-опција трајања уговора, обзиром да је у том случају немогуће утврдити стварну вољу уговорних страна, односно вољу дужине трајања тако насталог уговорног односа. Ту долази до испољавања различитости интереса клуба и играча који могу бити непомирљиви.

да се усавршава и напредује, а која могућност се манифестује кроз играње у бољим, захтевнијим клубовима, јачим лигама, кроз напредовање у каријери. Професионалном спортисти, у таквој ситуацији, није потребна претпоставка да је ушао у уговорни однос са спортском организацијом на 5 година, не само зато што му то можда не гарантује сигурност спортског напредовања, већ, пре свега, зато што не може самоиницијативно, без оправданог разлога, да напусти клуб једностраним раскидом, а да то не изазове спортске санкције по њега. Професионалном спортисти је у интересу да у таквој ситуацији остане слободан играч и да може самостално донети одлуку са којим клубом ће ући у уговорни однос. Писмени уговор<sup>7</sup> је основ за регистрацију играча којом се ствара веза између играча и конкретног клуба. Без постојања писменог уговора се не долази до претпоставке о уговорном односу на одређено време максималног трајања, већ се играчу, као слабијој страни, отвара могућност да преговара са тим или другим клубом, без икаквих последица. На овај начин се клуб који је поступао противно прописима и није закључио уговор са играчем, доводи у неповољан положај, обзиром да може остати без играча кога је желео да доведе у своје редове, а није желео да закључи уговор са њим. Правном претпоставком о закључењу уговора максимално дозвољеног трајања клуб би се довео у повољнију ситуацију у односу на играча, што је комфор којим се не успоставља равнотежа у односу клуб–спортиста.

Интересантан је и пример када уговор са професионалним спортистом истекне, а спортиста још неко време настави да игра за клуб. Закон о раду у таквој ситуацији, када је закључен уговор на одређено време, а запослени остане да ради код послодавца најмање пет радних дана по истеку времена на које је уговор закључен, уводи претпоставку да је радни однос заснован на неодређено време<sup>8</sup>. У спорту, таква правна претпоставка није могућа, односно није могуће створити фикцију радног односа на неодређено време из већ описаних разлога, нити се може претпоставити да је дошло до закључења новог уговора под истим условима. Разлог за овакав приступ је поново заштита слабије стране, одно-

---

<sup>7</sup> Писмени уговор је основ за регистрацију играча, објаву у гласилу конкретне спортске организације, на који начин се ствара читав један механизам заштите такмичења и онемогућавања наступања нерегистрованих играча, које за последицу може имати поништај такмичења због нерегуларног наступања играча на званичним утакмицама. На овакав начин се штити такмичење и други тимови који морају бити упознати са снагом и могућностима својих противника, односно компетативни баланс такмичења се не сме на овакав начин нарушавати.

<sup>8</sup> Закон о раду, чл. 37. ст. 6.

сно играча. Професионалном играчу је у интересу да своју вољу у датом тренутку изрази слободно, а не да буде у сфери правних претпоставки које могу значајно утицати на играчеву даљу каријеру. Са друге стране, играч као члан клуба и након истека уговора остаје у могућности да без правних или спортских последица наступа за тај клуб, а све до добијања исписнице, у ком тренутку се раскида правна веза између клуба и играча која је настала закључењем уговора и која не прати нужно и тренутак престанка дејства уговора и играч може прећи у наредни клуб. Истек уговора не мора, дакле, да прати и издавање исписнице, чиме играч остаје у могућности да зарад својих интереса и даље наступа за конкретан клуб, али у том тренутку само као регистровани члан. Тиме играч долази у потребу да преговара са клубом и дефинише своје односе који се тичу даљег останка у клубу, односно регулисања свог ангажовања у датом периоду. Тада играч ствара равнотежу и могућност да равноправно преговара и штити своје интересе. Аутоматском обновом уговора са друге стране, играч може бити ускраћен за могућност преговарања око бољих услова, али и напредовања у каријери.

### 3. Радно време професионалних спортиста

Уговори који се закључују са професионалним спортистима се разликују од уговора о раду и по још једној значајној карактеристици – радном времену. У спорту не постоји осмочасовно радно време, односно крилатица, осам сати рада, осам сати одмора и осам сати спавања током једног радног дана. Спорт због својих карактеристика и специфичности изискује потпуно другачији концепт и приступ времену које играч проводи у клубу. Та специфичност се огледа и у томе што играч мора поштовати захтеве и инструкције тренера, које је лице задужено за организацију и вођење игре. Уколико тренер захтева да играч остане после тренинга да побољша одређени аспект игре, играч се томе не може противити, обзиром да ће у супротном повредити своје уговорне обавезе и евентуално довести себе у ситуацију покретања и вођења дисциплинског поступка. Одредбе Закона о раду које се односе на могућност увећања зараде, прековремени рад, рад за време празника, рад ноћу, минути рад,<sup>9</sup> нису примењиве у спорту. Спортиста са клубом уговора основну зараду, али и премије, бонусе и друге бенефиције на основу којих може доћи до увећања уговорених основних прихода. Ипак, законски елементи увећања зараде се не могу реализовати у спорту на начин на који је то законодавац предвидео Законом о раду. Наведено

<sup>9</sup> Закон о раду, чл. 108. ст. 1. тач. 1–4.

не значи да су спортисти ускраћена основна права која гарантује Закон о раду или конвенције Међународне организације рада, већ нас упућује на потребу за разумевањем специфичности уговора о спорту и немогућности пуког поистовећивања са класичним уговорима о раду. У спорту се норме развијају и прилагођавају сврси коју треба успоставити. Погрешан је концепт чисте примене права у спорту. У спорту је упливом комерцијализације померен угао посматрања и постепено је дошло до развоја спортског права које испитује норме и критички се опходи према истим. У том тренутку долази до теоријско практичног помака у праву, а то значи кретање у новом правцу, правцу развоја нове гране права.

У спортској организацији је концепт рада и функционисања специфичан и прилагођен такмичењу. Спортски клуб, као послодавац, свој однос са запосленима развија на начин који се не може у потпуности поистоветити са односом послодавца и запосленог који постоји изван спорта. Тренер, као креатор игре и фигура која осмишљава такмичарски концепт игре, јесте лице које је у непосредном односу са играчима који су њему подређени. Обавеза поштовања организације рада и пословања послодавца<sup>10</sup> је промењива и не зависи толико од послодавца, колико од тренера, који је опет један од ангажованих лица код послодавца. Клуб своје устројство дефинише кроз опште акте у којима прецизира права и обавезе; међутим, организација рада у спорту представља организацију игре, обзиром да је основни циљ спортског клуба компетитивност на такмичењу и остваривање што бољих резултата. Таква организација не зависи од послодавца, већ од тренера. Са друге стране, однос играча и власника клуба није у толикој мери изражен колико је то случај изван спорта. Исто тако се ни однос тренера и власника клуба не манифестује на начин да власник клуба учествује у организацији рада и да стратешки води тим. У идеалним околностима, власник клуба може да сугерише, предлаже, указује, али не може да инсистира, нити да утиче на визију и идеју коју је тренер осмислио и због чега је доведен у клуб. Наравно, приказани однос није у толикој мери посебан за спорт у односу на однос послодавца и запослених изван спорта, али околности које карактеришу професионални спорт, свакако да постепено уобличавају специфичности описаних односа, раздвајајући их од могућности за једноставним поистовећивањем са односима који постоје изван спорта.

---

<sup>10</sup> Закон о раду, чл. 15. ст. 1. тач. 2

### III. Посебност уговора у спорту

Сагледавајући наведене специфичности код уговора које професионални спортисти закључују са спортским организацијама, можемо уочити постојање извесних одступања у односу на класичне уговоре о раду које закључују послодавац и запослени изван спорта. Услед тога се уједно намеће и питање да ли су наведене карактеристике истовремено показатељ посебног идентитета уговора у спорту који свој развој наставља кроз концепт који поставља спортско право као посебну грана права. Свакако да правне претпоставке и аналогна примена норми Закона о раду није увек могућа код уговора у спорту, те је потребно развијати идентитет ових уговора.

Концептуално, уговори о спорту које закључују професионални спортисти и спортске организације, јесу уговори који за своју базу имају однос између послодаваца и радника. Отуда и потреба да се основни приступ овим уговорима чини кроз радно право. Спортска организација је као послодавац у обавези да спортисти исплати зараду, да му уплаћује доприносе за обавезно социјално осигурање, да му обезбеди у адекватне услове рада, заштиту здравља и слично. Са друге стране, спортиста истовремено има право на одговарајућу зараду, здравствену заштиту, безбедност и здравље на раду итд. То су све елементи и карактеристике радно-правних норми односно права и обавеза којима се ствара правна сигурност у односу послодавац-запослени. Међутим, изван наведене основе долази до потребе за сагледавањем спортске специфичности која се постепено кристалише кроз разумевање законитости и односа који постоје у спорту. Пробни рад је, на пример, у спорту измештен изван уговорног односа. Период који можемо евентуално поистоветити са пробним радом је период када се на терену, пре закључења уговора, испитују могућности уклапања конкретног играча у тим који жели саставити спортска организација. То је период који се састоји из више фаза које обухватају праћење резултата играча током такмичарске сезоне, ступања у преговоре и одржавања заједничких тренинга са новом екипом. Након закључења уговора, пробни рад не може бити изговор клубу да након шест месеци<sup>11</sup> откаже уговор играчу. Незадовољство клуба изабраним играчем може довести до прекида сарадње пре истека уговореног рока трајања уговора само кроз споразум са играчем.<sup>12</sup> Након закључења уговора, основни циљ је одржање истог до истека, а из разлога што је основни интерес у колективном спорту конкуритивност

<sup>11</sup> Закон о раду, чл. 36. ст. 2.

<sup>12</sup> Наравно, уз услов да обе стране уредно извршавају своје уговорне обавезе.

такмичења. Тај интерес се прилагођава потреби заштите слабије уговорне стране, али кроз дозволу извесних одступања зарад конкурентности и неизвесности такмичења. На тај начин се један чисто пословни однос, који се тиче послодавца и радника, ставља под капу тима који се такмичи и који треба да буде компактан и јединствен. У фудбалу се могу успоставити и спортске санкције за страну која раскине уговор без оправданог разлога у периоду у коме уговор закључен између клуба и играча ужива заштиту.<sup>13</sup>

#### IV. Разумевање спортских законитости као тачка раздвајања

Уговорни однос између професионалних спортиста и спортских организација временом је постао суштински важан зарад остварења основних права спортиста. Та права се пре свега тичу слободе кретања, које је једно од основних начела комунитарног права. У почетку су спортисти били изван интересовања судова и били су препуштени милости клубова који су имали моћ да одлучују да ли ће конкретан играч, након регистрације, уопште играти, као и да ли ће допустити да напусти клуб и пређе у други, без обзира што се радило о професионалним спортистима којима је то било једино занимање. Разлог је био тај што судови нису желели да поступају по тужбама које произилазе из спорта, обзиром да нису препознавали комерцијални сегмент који се све више испољавао у спорту. Дуго времена је спорт био третиран од стране судова искључиво као забава и поред тога што је комерцијализација дубоко закорачила у ову сферу људског ангажовања и претварала спорт у озбиљан бизнис. Много касније, када је Европски суд правде препознао спорт као комерцијалну делатност и када је професионалне спортисте поистоветио са радницима, започете су корените промене које су омогућиле и убрзани развој спортског права као посебне гране права. Тада је и однос спортисте и спортске организације све више прихватан као радно правни однос. Професионални спортисти јесу радници који свој таленат, знање и искуство уновчавају са спортском организацијом као послодавцем и који у потрази за бољим приходима свог послодавца могу променити. Као што је већ напоменуто, због спорта и спортске специфичности, садржину права коју уживају радници изван спорта, норме спортског права се модулирају и прилагођавају потребама спорта,

---

<sup>13</sup> Видети дефиницију заштићеног периода у Правилнику о регистрацији, статусу и трансферу играча ФС Србије, Службени гласник Фудбал, ванредни број 3/2017, стр. 10.

односно такмичења. На тај начин се ствара нова норма која није *lex specialis* у односу на норме радног права, већ су то норме које произилазе из једне друге гране права, спортског права, које се бави проучавањем законитости и односа који настају у спорту и који формирају сасвим нову област издвајајући се постепено од својих основа, међу којима је између осталог, и радно право.

На овај начин се сугерише да се спортско право формира кроз препознавање законитости и сличности са другим гранама права, али и кроз уочавање разлика у односу на њих, што доводи до концептуалне издвојености и осамостаљивања, услед чега се и односи који настају унутар спорта не могу тек тако поистовећивати са односима који владају изван спорта. То уједно значи и да уговори које закључују професионални спортисти и спортске организације, без обзира што постоји извешан степен препознатљивости и сличности са уговорима о раду, суштински не могу бити поистовећени, обзиром да услед значајних разлика и одступања, указују да се ради о посебној врсти уговора. Та одступања се не одражавају кроз разлике на које је указано у овом раду, већ на потребу за разумевањем да се уопште не ради о разликама, већ о потпуно другачијем приступу уговорном односу спортисте и спортске организације. Образлагање различитости је само показатељ правца у коме треба проучавати концептуално другачију слику.

## V. Закључак

Писмени уговори које закључују професионални спортисти и спортске организације су основ регуларности такмичења у конкретном спорту. Закључењем уговора долази до активирања бројних механизма који доприносе стварању чврсте везе између спортисте и клуба, попут регистрације, објаве у посебном спортском гласилу и слично. У позадини свега се поставља питање да ли је тај уговор заправо уговор о раду. Разумевање спортских односа, објеката заштите, као и специфичности које омогућавају стварање норми у једном другом правцу, указују да се уговори између спортисте и спортске организације могу посматрати као уговори о раду у ширем смислу; међутим, због значајних одступања и немогућности аналогног приступа у ситуацијама које нису регулисане, може се закључити да се ипак ради о уговорима *sui generis*, који ће временом, развојем, као и теоријским проучавањем, потврдити своју посебност и наставити правац потпуније заштите свих интересних страна.



Miroslav Sever, PhD  
attorney at law in Belgrade  
President of the Arbitration Court  
of the Football Association of Serbia

## EMPLOYMENT CONTRACT IN PROFESSIONAL SPORT

### Summary

Development of the Sports Law has essentially changed the view on the relation between sports and the law. Such relation lasted for a long time due to a concept of rejection the necessity for the creation of the unique sports norms. By critical approach and theoretical development, sports law has evolved in the special branch of law that tries to explain the essence of the sports specificity and which alters the legal approach to the sport, simultaneously proving that identity of the sports norms arises through the need of the closer look at the relations that comes out from the sport. Due to that, the contractual relationships that arise between professional athletes and sports organizations cannot be generalized with the contracts that already exist outside the area of sport, because such contracts cannot completely define the relations that exist in sport.

**Key words:** sports agreements, labor agreement, professional athlete, sports organization, sports specificity



UDK 343.13(497.11)  
COBISS.SR-ID 269337356

*Јујослав Тинђор*  
адвокат из Београда

## О ПОТРЕБИ ИЗМЕНА ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

### Сажетак

У раду се анализира нормативни оквир који ствара основни пропис о кривичној процедури са становишта остварења права на правично суђење и у том контексту посебно разматра процесни положај одбране. Аутор износи недостатке постојећих нормативних решења у светлу проблема са којима се сусрећу браниоци у пракси.

Аутор предлаже конкретна решења за унапређење Закона о кривичном поступку у циљу стварања претпоставки за остваривање права на правично суђење. Аутор се, и у анализи постојећег стања, као и у предлагању мера за измене прописа, ослања на домаћу праксу, као и на решења из упоредног права и на праксу Европског суда за људска права.

**Кључне речи:** право на правично суђење, процесни положај одбране, права окривљеног, права одбране

## I. Увод

Принцип владавине права не може се свести само на поштовање закона. Он подразумева преиспитивање садржине закона, могућих интерпретација норми и стварног начина њихове примене. Принцип владавине права подразумева да је нормативни оквир Законика о кривичном поступку формулисан тако да пружа формалне претпоставке за остварење права на правично суђење у сваком конкретном случају. Због тога је неопходно преиспитати садржину норми Законика о кривичном поступку Републике Србије које детерминишу процесни положај одбране.<sup>1</sup> Циљ овог рада је да сагледа недостатке нормативних решења у светлу проблема са којим се браниоци сусрећу у пракси, као и да дефинише конкретне мере унапређења ЗКП-а којима би се створиле процесне претпоставке за остварење права на правично суђење. Идеја идеја аутора је да предлоге за унапређење утемељи и на конкретним ставовима судске праксе Европског суда за заштиту људских права (Европски суд).

## II. Предлози за измену Законика о кривичном поступку

### 1. Право окривљеног да буде поучен о правима одмах – у моменту лишења слободe

Окривљени има право да буде поучен да није дужан ништа да изјави, да све што изјави може бити коришћено као доказ и да има право да буде саслушан у присуству браниоца кога сам изабере. Ова процесна гаранција први пут је дефинисана од стране Врховног суда САД у предмету Миранда против Аризоне,<sup>2</sup> због чега се у судској пракси назива „право Миранда”. Суштина овог права је експлицитно упозорење о правима којом се обезбеђује заштите од самоинкриминације. Врховни суд САД је заузео став да је ово упозорење обавезно у свим случајевима „када разумна особа може осећати да он/она нема слободу да се удаљи”<sup>3</sup> и „када полицијски службеници знају или су били дужни да знају да ће њихове речи или поступци вероватно имати за последице инкриминишући одговор”.<sup>4</sup> Дакле, када су испуњена ова два услова, осумњичени је овлашћен на поуку Миранда и свака изјава која је дата у условима

<sup>1</sup> Законик о кривичном поступку – ЗКП, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/3013, 55/2014; ранији Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, бр. 70/2001, у раду се цитира као „ранији ЗКП” или „претходни ЗКП”.

<sup>2</sup> *Miranda v. Arizona* (1966) 384 U.S.436.

<sup>3</sup> *Thomson v. Keohane* (1995) 516 US 99,112.

<sup>4</sup> *Rhode Island v Innis* (1980) 446 US 291.

кршења овог правила је неприхватљива као доказ, као и сви докази који су из такве изјаве проистекли.

Право окривљеног да ништа не изјави и привилегија да буде заштићен од самоинкриминације представљају интегралне делове права на правично суђење. Европски суд препушта државама да саме изаберу начин на који ће у својим правосудним системима осигурати ова права. У предмету Салдуз против Турске Европски суд је јасно определио да је „[з]адатак [је] суда само оценити да ли је начин који су одабрале у складу са захтевима правичног суђења” али и апострофирао: „С тим у вези, ваља имати на уму да конвенција није осмишљена тако да јамчи теоријска или илузорна права, него практична и делотворна”.<sup>5</sup>

За разлику од ранијег ЗКП-а који је прописивао да се окривљени мора поучити о овим правима у моменту хапшења, садашњи ЗКП прописује да се поучава тек непосредно пре првог саслушања,<sup>6</sup> што оставља временски вакуум у којем окривљени може давати полицији разне информације и помагати јој на сопствену штету, а да претходно није поучен о својим правима. У моменту хапшења постоји само обавеза упознавања ухапшеног са разлозима хапшења и ништа више.

Овакво законско решење је противуставно. Чл. 29. Устава РС прописује да се лицу лишеном слободе без одлуке суда одмах саопштава да има право да ништа не изјављује и право да не буде саслушано без присуства браниоца кога само изабере. Ако Устав прописује да се лицу лишеном слободе поука о правима мора саопштити „одмах” – у моменту лишења слободе, онда није дозвољено законом прописати да се поука саопштава ухапшеном у неком каснијем моменту.

**Окривљени мора имати право да му одмах у моменту лишења слободе буде саопштено да није дужан ништа да изјављује, да све што изјави може бити коришћено као доказ и да има право да буде саслушан у присуству браниоца кога сам изабере.**

## **2. Право окривљеног да буде обавештен о доказима који су против њега прикупљени**

Окривљени има право да пре првог саслушања буде обавештен само о делу које му се ставља на терет и о „природи и разлозима оптужбе”. За разлику од ранијег ЗКП-а који је прописивао да окривљени има право да пре првог саслушања буде обавештен и „о доказима који су против њега прикупљени”, нови ЗКП овај део потпуно изоставља.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Salduz против Турске (par.50).

<sup>6</sup> Види чл. 5. ст. 1. тач. 1. ранијег ЗКП, и чл. 68. ст. 2. и 69. ст. 1. тач. 1. ЗКП.

<sup>7</sup> Види чл.4. ст. 1. тач. 1. ранијег ЗКП и чл. 68. ст. 1. тач. 1. ЗКП.

Овакво законско решење је противуставно. Чл. 33. ст. 1. Устава РС прописује да свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме буде обавештен о природи и разлозима оптужбе за коју се терети, као и о доказима прикупљеним против њега. Овде није реч о праву окривљеног да изврши увид у садржину прикупљених доказа, већ о његовом праву да буде обавештен о њиховом постојању у начелу – што је предуслов за конципирање било какве одбране.<sup>8</sup> Ако Устав прописује да окривљени има право да буде обавештен и о „природи и разлозима оптужбе” и о „доказима који су против њега прикупљени”, онда није дозвољено законом прописати да има право само да буде обавештен о „природи и разлозима оптужбе”.

**Окривљени мора имати право да пре првог саслушања буде обавештен о доказима који су против њега прикупљени, а не само о кривичном делу које му се ставља на терет и о „природи и разлозима оптужбе” јер, да би се изјаснио о доказима на којима се заснивају основи сумње, он мора знати о којим доказима је реч.**

### **3. Право окривљеног на сазнање о вођењу истраге и на доставу тужилачке наредбе**

Јавни тужилац је обавезан да донесе наредбу о спровођењу истраге у року од 30 дана од дана када је обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела, али није обавезан да ту наредбу одмах достави окривљеном и браниоцу. Поред тога, ЗКП допушта вођење истраге против непознатог учиниоца, што оставља могућност тужиоцу да истрагу води без учешћа окривљеног и браниоца уколико представи да је до податка којим је идентификовао учиниоца дошао на крају истраге.<sup>9</sup> Одбрана сазнаје за истрагу тек када тужилац одлучи да окривљеном и браниоцу достави наредбу о спровођењу истраге, што мора учинити тек када испланира да предузме прву радњу којој они имају право да присуствују.<sup>10</sup>

Одлагање доставе наредбе за спровођење истраге није уставно-правно прихватљиво и није сагласно са захтевима који за законе произилазе из владавине права, посебно са захтевом правне сигурности у вези

<sup>8</sup> Да би могао користити своје право из чл. 68. ст. 1. тач. 10. да се изјасни о доказима који га терете, окривљени мора знати о којим доказима је реч. Овако се од њега очекује да изнесе одбрану без претходних сазнања на којим доказима се заснивају основи сумње.

<sup>9</sup> Види чл. 6. ст. 1. и чл. 297. ст. 2. ЗКП.

<sup>10</sup> Види чл. 296. ст. 2. и 297. ст. 1. ЗКП.

са правом на правично суђење. У предмету *Куралић против Хрватске* Европски суд понавља да се оцена повреде права на правично суђење односи и на фазу предсудских поступака у које се убрајају предистражни поступак и истрага, при чему наглашава: „Чл. 6 – посебно ст. 3. може бити меродаван и пре него што предмет буде послат на суђење, ако и у мери у којој је вероватно да ће правичност суђења бити озбиљно нарушена почетним пропуштањем да се поштују његове одредбе.”<sup>11</sup> Наредба о спровођењу истраге се доноси и истрага спроводи а да особа против које се спроводи о томе нема никаквих сазнања, нити је упозната са својим правима. Окривљени који не зна да се против њега спроводи истрага не може остварити право на сазнање о основама сумње, право на разгледање списка, право на предлагање спровођења доказних радњи. Овим се крши право окривљеног на приступ суду и право на разуман рок.

**Окривљени мора имати право да сазна да ли се против њега води кривични поступак, као и право да му се наредба о спровођењу истраге достави без одлагања.**

#### **4. Право окривљеног на жалбу против тужилачке наредбе о спровођењу истраге**

Кривични поступак се покреће тако што јавни тужилац донесе наредбу о спровођењу истраге против које не постоји никакво правно средство.<sup>12</sup> Дакле, о основаности покретања кривичног поступка одлучује искључиво јавни тужилац који покреће истрагу без икакве судске контроле, а истрага затим може трајати неограничено дуго. Овакво законско решење је противуставно. Чл. 32. Устава РС прописује да свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Дакле, суд је тај који мора одлучити и о основаности сумње која је разлог за покретање поступка и о оптужби.

Ако Устав прописује да о основаности сумње која је била разлог за покретање кривичног поступка мора да одлучи суд, онда није дозвољено законом прописати да о основаности сумње за покретање кривичног поступка одлучује искључиво тужилац наредбом против које не постоји никакво правно средство о којем би одлучивао суд.

<sup>11</sup> Куралић против Хрватске (пар. 44).

<sup>12</sup> Види чл. 7 и чл. 296.ЗКП.

Како ЗКП нигде не прописује рок у којем је тужилац дужан да истрагу оконча, јасно је да кривични поступак може трајати неодређено дуго, а да суд ни у једном моменту није одлучивао о основаности сумње на којој се заснива наредба о спровођењу истраге којом је отпочео кривични поступак.<sup>13</sup> Законодавац има уставну обавезу да пропише правно средство против незаконитог кривичног гоњења. Целокупни каталог људских права и слобода зајемчених уставом усмерен је ка судској заштити.

**Окривљени мора имати право на изјављивање жалбе суду против тужилачке наредбе о спровођењу истраге, како би се обезбедила судска заштита од незаконитог и арбитражног кривичног гоњења.**

##### **5. Право окривљеног на упознавање са доказима на којима се заснива основана сумња пре саслушања поводом предлога тужиоца за одређивање притвора**

Саслушање поводом притвора у пракси се уобичајено своди само на изношење предлога за притвор и противљење као и на сумарно навођење листе расположивих доказа – без упуштања у њихову садржину. Судија за претходни поступак више не води истрагу тако да није детаљно упознат са списима предмета. Он се упушта у чињенично стање само онолико колико му је неопходно да би оценио постојање притворских разлога, али се не упушта у анализу доказа у циљу оцене постојања разумне сумње, која је предуслов за одређивање притвора. Закључак суда о постојању основане сумње у пракси се најчешће своди само на стереотипно образложење да је суд нашао да из кривичне пријаве и њених прилога произилази основана сумња. Оваква пракса је резултат изостанка контрадикторног поступка. Тужилац би требало да у овом процесном моменту упозна одбрану са свим доказима на којима темељи основану сумњу, како би се браниоцу омогућило да се изјасни о доказима и одговори на аргументе тужилаштва. Ово правило би помогло и суду код формулисања образложења своје одлуке у којој би могао да јасно определи на којим чињеницама заснива свој закључак о постојању односно непостојању основане сумња.

---

<sup>13</sup> У Хрватској се решење о спровођењу истраге доставља окривљеном у року од осам дана од доношења, против решења окривљени има право жалбе, о жалби одлучује судија истраге у року од осам дана (чл. 218. ЗКПХ). Кривични поступак започиње тек након правоснажности решења о спровођењу истраге (чл. 17. ст. 1. ЗКПХ). Једино ако би се доставом решења о спровођењу истраге угрозио живот или тело особе или имовина великих размера, јавни тужилац може одложити доставу решења највише за тридесет дана и то само у случају истраге за таксативно набројана кривична дела – против државе, против оружаних снага, тероризам и злочиначно удружење (чл. 218а. ст. 1. ЗКПХ).



Директива ЕУ 2012/13/ЕУ од 22. маја 2012. године<sup>14</sup> дефинише право окривљеног да буде информисан током кривичног поступка на следећи начин: „Када је особа ухапшена и притворена у било којој фази кривичног поступка, држава чланица ће обезбедити да докази и документација који се налазе у поседу власти, а односе се на конкретни случај и од значаја су за делотворно оспоравање законитости хапшења или притвора морају бити учињени доступним ухапшеном или његовом браниоцу”.

Европски суд у својим одлукама наглашава да постоји повреда чл.5. Европске конвенције о људским правима у ситуацији када браниоцу није омогућено право да изврши увид у списе и доказе на којима се заснива одлука о притвору, јер је онемогућено да се обезбеди једнакост оружја и процедура није била адверсијална.<sup>15</sup> Суштину начела једнакости оружја Европски суд опредељује у предмету *Королов против Русије* на следећи начин: „Суд понавља да је начело једнакости оружја један од елемената концепта поштеног суђења у смислу чл. 6. ст. 1. Конвенције. Оно захтева праведну равнотежу међу странкама. Свака странка мора добити разумну могућност да изложи свој случај под условима који је не стављају у битно неповољнији положај *vis-a-vis* свог противника”.<sup>16</sup> Када је реч о притвору, Европски суд апострофира значај начела контрадикторности у контексту чл. 5. Конвенције налазећи да поступак из чл. 5. ст. 4. мора бити у складу са захтевима из чл. 6. Конвенције.

У предмету *Гарсиа Алва против Немачке* Европски суд је нагласио да право на приступ доказима у судским списима произилази из права на контрадикторни поступак и једнакост оружја, као и да представља суштину права на правично суђење: „Суд подсећа да су ухапшене или притворене особе овлашћене на надзор процесних и материјалних услова који су есенцијални за законитост њиховог лишења слободе – у смислу одредби Конвенције. То значи да надлежни суд мора испитати не само сагласност са процесним захтевима прописаним у домаћем праву, већ и разумност сумње на којој се темељи хапшење и легитимност сврхе која је настоји постићи хапшењем и каснијим притварањем. У конкретном случају, подносилац захтева уопштено је информисан после хапшења о основама сумње и доказима против њега, као и о основама за притварање. На захтев браниоца, копије подносиоцевих изјава дате полицијским властима и судији који га је притворио, записник о

<sup>14</sup> Official Gazette of EU L 142 од 1. јуна 2012.

<sup>15</sup> *Lamy против Белгије* A151, 1989, пар.29. Исти став Суд је заузео и у *Jasper против УК* (27052/95 пар. 51) и у *Vermeulen против Белгије* (пар. 33).

<sup>16</sup> *Korolov против Русије* (пар. 29).

претресу подносиоцевих просторија – биле су доступни одбрани, али је у тој фази Уред јавног тужиоца одбио захтев адвоката за разматрање целог истражног списка. Према мишљењу суда, оптужени је тешко могао ваљано оспорити поузданост таквог приказа ако пре тога није упућен у доказе на којима се тај приказ заснива. То захтева да оптужени добије одговарајућу могућност да се упозна са изјавама и другим врстама доказа, као што су резултати полицијске истраге и других истрага. Поступак мора бити контардикторан и увек мора осигурати једнакост оружја између две странке – тужиоца и притворене особе. Једнакост оружја није међутим осигурана ако је браниоцу спречен приступ списима докумената у истражном спису”<sup>17</sup>

**Бранилац мора имати право да пред судом поводом одређивања притвора делотворно оспорава законитост и релевантност доказа оптужбе како би довео у питање разумну сумњу. С тим у вези, јавни тужилац мора бити обавезан да пре саслушања поводом предлога за одређивање притвора презентује одбрани све доказе на којима темељи основану сумњу која је предуслов за одређивање притвора, како би се бранилац изјаснио о доказима у складу са начелима контардикторности и једнакости оружја.**

#### **6. Право окривљеног на упознавање са списима предмета и садржином доказа**

Бранилац има право да пре првог саслушања прочита само кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака. Недореченост ове норме оставља простор за рестриктивно тумачење које је присутно у пракси – да бранилац има право да прочита само кривичну пријаву, али не и њене прилоге. Ова норма настала је у време када су записник о увиђају и налаз и мишљење вештака представљали једине правно ваљане доказе из прилога кривичне пријаве и када се окривљени саслушавао на самом почетку истраге. Међутим, то више није случај. Тужилац који води истрагу може до саслушања окривљеног предузети многе доказне радње на којима се може засновати судска одлука, али окривљени нема право да се упозна са овим доказним радњама које су предузете пре првог саслушања.

**Бранилац мора имати право да пре првог саслушања прочита кривичну пријаву са свим прилозима и да се упозна са садржином свих доказних радњи које су евентуално предузете пре првог саслушања окривљеног**

<sup>17</sup> Garcia Alva против Немачке (23541/94 пар. 39, 40).

Након првог саслушања бранилац има право да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ. Код реализације овог права у пракси се поставља питање – да ли се могу разматрати сви списи или само они који се могу користити као доказ? Пошто ова норма после речи „предмете” нигде не садржи интерпункцијски знак „запета”, јасно је да су предмет разматрања целокупни „списи”, а не само „списи који служе као доказ”. Тужиоцу је остављена могућност да суспендује право одбране на разматрање списка до саслушања последњег осумњиченог,<sup>18</sup> што оставља простор за манипулацију, јер тужилац самостално одређује редослед доказних радњи и може довести браниоца у позицију да присуствује саслушању сведока, иако није имао могућност да се претходно упозна са списима из разлога што још увек није саслушан неки од саосумњичених.<sup>19</sup> Делотворним остварењем права на увид у списе окривљени добија активну улогу и прелази из „објекта истраге” у субјект кривичног поступка.

У Директиви ЕУ 2012/13/ЕУ од 22. маја 2012. год. јасно је прописано: „Државе чланице ће обезбедити осумњиченом или његовом браниоцу приступ свим материјалним доказима у поседу надлежних власти у циљу обезбеђења правичности поступка и припреме одбране. Овај приступ биће обезбеђен у потребном времену које обезбеђује делотворно остварење права одбране”.<sup>20</sup>

У предмету *Доленец против Хрватске* Европски суд је у складу са принципом једнакости оружја јасно определио да се приступ судском спису не сме ограничавати: „Суд је утврдио да су неограничен приступ спису предмета и неограничена употреба свих врста белешки, укључујући, ако је то потребно, и могућност фотокопирања релевантних докумената, важна гаранција правичног суђења у кривичном поступку. Како подносиоцу захтева није био омогућен такав приступ, он није ни могао на одговарајући начин припремити одбрану јер му није осигурана једнакост оружја.”<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Види чл. 303. ст. 1. ЗКП.

<sup>19</sup> У Хрватској – окривљени и бранилац имају права увида у спис од доставе решења о спровођењу истраге, а ако је испитивање обављено пре доношења решења о спровођењу истраге, одмах након што је испитан (чл. 184. ст. 4. ЗКП). Ако постоји опасност да ће увидом у део или цели спис угрозити сврху истраге онемогућавањем или отежавањем прикупљања важног доказа или би се тиме угрозио живот, тело или имовина великих размера, окривљеном се може ускратити увид у део или цео спис најдуже 30 дана од доставе решења о спровођењу истраге (чл. 184а. ст. 1. ЗКПХ).

<sup>20</sup> Official Gazette of EU L 142 од 1. јуна 2012.

<sup>21</sup> Dolenec против Хрватске (пар. 218). Поред тога, видети и Moiseyev против Русије (пар. 213–218), Матујек против Пољске (пар. 59) и Seleznev против Русије (пар. 64–69).

У предмету *Грејарчевић против Хрватске* Европски суд се јасно одредио и поводом питања времена припреме одбране „Када је реч о чл. 6. ст. 3(б). Конвенције која окривљеном јамчи ‘одговарајуће време и могућност за припрему своје одбране’, важно је утврдити и је ли реч о сложеном предмету. Одбрана мора имати на располагању довољно времена за припрему свог одговора и мора имати могућност делотворно изложити суду све меродавне аргументе и тиме утицати на исход поступка. Само кратка усмена обавештења која су дата одбрани на завршном рочишту о садржини докумената које је доставила полиција у сложеном предмету који се односио на кривично дело преваре у привредном пословању нису довољна. Како одбрани није дато време за проучавање докумената и припрему одговора, домаћи судови нису задовољили услове прописане чл. 6. ст. 1 и ст. 3 (б). Конвенције.”

**Бранилац мора имати право да након првог саслушања изврши увид у целокупне списе предмета, као и да разгледа све предмете који служе као доказ. Предлог: укинути могућност суспендовања права одбране на разгледање списка до саслушања последњег осумњиченог, јер ово решење у пракси оставља простор за манипулацију**

#### **7. Право одбране да током истраге присуствује спровођењу доказних радњи**

Како нигде у ЗКП није изричито прописано позивање бранилаца да присуствују саслушању саокривљених – заузет је став у тужилачкој пракси да браниоци то право немају, иако су на основу ранијег ЗКП-а имали право да присуствују саслушању саокривљених уколико је њихов клијент претходно саслушан. Овде је реч о очигледном сужавању права одбране које је посебно проблематично због одредбе чл. 406. ЗКП-а и веома широких могућности читања исказа саокривљених према којима је поступак раздвојен или правоснажно окончан. На овај начин се браниоци саокривљених онемогућавају да поставе питања окривљенима који терете њиховог клијента и у фази истраге, јер немају право да присуствују, и фази главног претреса, јер се њихови искази читају на основу чл. 406, тако да се на овај начин девалвирају принципи непосредности и контрадикторности кривичног поступка.

**Предлог: прописати обавезу тужиоца да уредно позове окривљеног који је саслушан и његовог браниоца да током истраге присуствују испитивањима свих сведока и вештака, као и саслушању свих саокривљених.**

Тужилац може саслушати сведока или вештака – независно од уредности позивања браниоца – ако прибави претходно одобрење судије за

претходни поступак.<sup>22</sup> Самим тим, тужилац би уз одобрење судије за претходни поступак могао саслушати све сведоке, па тек онда наредбу о спровођењу истраге доставити осумњиченом уз позив за његово саслушање.<sup>23</sup> Принцип тајности истраге поготово долази до изражаја код тужилаца посебне надлежности којима је дато овлашћење да могу испитивати сведоке и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују „ако оцене да њихово присуство може утицати на сведока”.<sup>24</sup> Кључно је питање – коме смета присуство браниоца код саслушања сведока? Могуће је да сведоку смета присуство окривљеног, али не и присуство браница. Ако се сведок плаши да сведочи, постоји институт заштићеног сведока. Овако се тужиоцу омогућава да на основу дискреционе процене потпуно искључи браниоца из истраге.

**Предлог: укинути могућност испитивања сведока без уредног позивања браниоца на основу прибављања претходног одобрење судије за претходни поступак, као и испитивање сведока без позивања браниоца.**

## **8. Право одбране да у истрази предузима радње на обезбеђењу доказа**

Окривљени и бранилац у истрази имају право да самостално прикупљају доказе и материјал у корист одбране и да у том циљу разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану, као и да од тог лица прибављају потребне изјаве и обавештења, под условом да није реч о оштећеном и лицима која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.<sup>25</sup> Међутим, ЗКП не прописује забрану полицији и

<sup>22</sup> Види чл. 300. ст. 6. ЗКП.

<sup>23</sup> У Хрватској, ако јавни тужилац окривљеном није доставио обавест а спровео је доказну радњу испитивања сведока, окривљени има право захтевати поновно спровођење тих доказних радњи, о чему одлучује судија истраге који може наложити јавном тужиоцу поновно спровођење испитивања сведока у ком случају се записник о ранијем испитвању издваја из списка и не може се користити као доказ. (чл. 213а. ст. 1 и 2. ЗКПХ).

<sup>24</sup> Види чл. 300. ст. 2 ЗКП. У овом случају судска одлука се не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока, али је одлучујућа мера неодређен појам и није опредељено какав је процесни статус доказа до којих се посредно дошло на основу сазнања из тог исказа. Ако се на основу исказа одређеног сведока дође до одређених сазнања па се на основу тих сазнања дође до других доказа – да ли се онда судска одлука заснива на исказу овог сведока у одлучујућој мери? За очекивати је да ће судови ову норму тумачити рестриктивно.

<sup>25</sup> Види чл. 301. ст. 3. ЗКП. У Хрватској је ово ограничење сведено само на забрану контактирања жртве и оштећеног (чл. 67. ст. 2. ЗКПХ), тако да остаје нејасан *ratio legis* овако широко постављеног изузетка који значајно сужава права одбране. Оваквим законским решењем дата је могућност тужиоцу да на основу података полиције и уз њену

тужиоцу да прибављају изјаве од лица које је већ дало изјаву браниоцу, што значи да они то могу чинити. Начело једнакости оружја подразумева да су странке у поступку овлашћене да буду информисане о чињеницама и аргументима супротне стране и да свака странка мора имати једнаке могућности да одговори другој.

**Предлог: укинути правило да одбрана не сме контактирати ниједно лице које је претходно испитано од стране полиције или јавног тужиоца. Ово ограничење могуће је евентуално задржати само за жртву и оштећеног.**

Право на разговор са лицем које му може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибавља писане изјаве и обавештење, право на улазак стан и у приватне просторије и право на преузимање предмета и исправа уз обавезу издавања потврде – бранилац може остварити само уз сагласност тог лица.<sup>26</sup> Међутим, није предвиђена могућност да бранилац уз прибављен налог судије за претходни поступак ова права може остварити и принудним путем – уз асистенцију полиције или уз претњу судском новчаном казном или затвором.<sup>27</sup>

**Предлог: прописати могућност издавања судске наредбе којом се трећем лицу налаже да преда предмет на захтев одбране и могућност изрицања новчане казне и затвора у случају одбијања предаје предмета.**

Коначно, бранилац је дужан да одмах по прикупљању доказа обавести тужиоца да је доказ прикупио, као и да му пре завршетка истраге омогући увид у прикупљене доказе.<sup>28</sup> Обавеза браниоца да пре завр-

---

помоћ непосредно након догађаја идентификује, лоцира и узме изјаве од свих потенцијалних сведока и тако посредно ограничи право одбране на прикупљање доказа – што ће представљати правило у пракси.

<sup>26</sup> Види чл. 301. ст. 2. ЗКП.

<sup>27</sup> У пракси ће се дешавати случајеви да браниоци неће бити у могућности да реализују одређене захтеве за прибављање предмета и узимање изјава због тога што лица неће желети да се мешају у поступак који их се директно не тиче. Ако одбрана не располаже могућношћу да овим лицима стави у изглед да избегавањем давања доприноса утврђивању истине у кривичном поступку практично ометају поступак и опструирају доказивање у смислу „ометања правде”, ове норме остаће само прокламоване, без реалне могућности да се издејствује њихова делотворна примена у пракси. У Р.Српској и Федерацији БиХ свако ко држи неки предмет дужан га је предати на основу судске наредбе за одузимање предмета, а онај ко то одбије може се казнити до 50.000 КМ, а у случају даљег одбијања – може се затворити, с тим што затвор може трајати до предаје предмета или до завршетка кривичног поступка, а најдуже 90 дана. Ово правило се односи и на службено или одговорно лице у државном органу или правном лицу, а једини изузетак су осумњичени и лица која су ослобођена дужности сведочења. (чл. 129. ст. 5. и 9. ЗКПРС).

<sup>28</sup> Види чл. 303. ст. 3. ЗКП.

шетка истраге омогући тужиоцу разматрање списка одбране је у супротности са претпоставком невиности и правилом о терету доказивања које подразумева да је тужилац тај који је дужан да доказује кривицу, а не одбрана невиност.

**Предлог: укинути обавезу одбране да током истраге обавештава тужиоца о сваком доказу који је прикупила као и обавезу одбране да га упозна са садржином прикупљених доказа, јер су ове обавезе у колизији са претпоставком невиности и правилом о терету доказивања.**

### **9. Прописати обавезу тужиоца да обелодани све доказе које је прикупио**

Како ЗКП обавезује тужилаштво и полицију да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу и да с једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист, они су дужни да с једнаком пажњом прикупљају податке и о кривици и о невиности окривљених. Реч је о изузетно осетљивом правном подручју у којем законодавац мора пронаћи праведну равнотежу између тужиоца, који прикупља све доказе, али пред судом по природи ствари изводи само оне на којима темељи оптужницу, и одбране која мора имати на располагању све доказе које је тужилац прибавио и процесни положај који јој омогућује да делотворно користи доказе који су прибављени у корист окривљеног. Чини се ипак да се праведна равнотежа између тужиоца и одбране не може постићи уколико не постоји законска обавеза тужиоца да уз оптужницу приложи све доказе које је прибавио у својству истражитеља тако да се са њима може упознати и одбрана ради процене њихове важности.<sup>29</sup>

Европски суд је у предмету *МекГинли и Еган против Велике Британије* заузео став да окривљени „мора имати приступ свим релевантним документима у поседу надлежних власти: „Када је држава чланица без доброг разлога онемогућила окривљеном да оствари приступ документацији у њеном поседу која би му могла послужити у сврху одбране, или када неистинито пориче постојање овакве документације, доводи се у питање правично суђење јер овакво поступање представља повреду чл. 6. ст. 1. Конвенције.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> У Р.Српској и Федерацији БиХ постоји законска обавеза и суда и тужиоца да, када дођу у посед било које информације или чињенице која може послужити као доказ на суђењу – ставе их на увид браниоцу и оптуженом (чл. 55, ст. 4,ЗКПРС).

<sup>30</sup> McGinley and Egan против УК, par.86 и 90.

**Предлог: прописати обавезу тужиоца да сачини попис свих предузетих доказних радњи током истраге, као и да сачини попис свих исправа које је прикупио – како оних које предлаже да се изведу као доказ, тако и оних које је прибавио, а не намерава да их изводи као доказ.**

#### **10. Коришћење незаконитог доказа – мора бити апсолутно битна повреда поступка**

Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су непосредно или посредно, сами по себи или по начину прибављања „у супротности са законом,” а не само на доказима који су „законом изричито забрањени”.<sup>31</sup> Нова законска формулација пружа основ за тврдњу да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су „посредно прибављени” – проистекли из незаконитих доказа и који морају бити доведени у исту раван и делити исту процесну судбину. Међутим, коришћење незаконитог доказа није више прописано као апсолутно битна повреда кривичног поступка.<sup>32</sup> Ово је сада релативно битна повреда кривичног поступка, јер подразумева да неће резултирати укидањем пресуде ако је према процени другостепеног суда очигледно да би и без тог незаконитог доказа била донета иста пресуда. Овакво законско решење у потпуности девалвира начело „плода отровног дрвета” прокламовано у чл. 16. ЗКП. Смисао ове доктрине јесте да ограничи полицију у коришћењу незаконитих метода у прибављању доказа.<sup>33</sup> У пракси Врховног суда САД овај принцип се примењује конзистентно, уз одређени број јасно дефинисаних изузетака који се односе на случајеве када је неки доказ откривен као резултат потпуно независног извора или када би неки доказ свакако био откривен независно од незаконитог доказа или када не постоји јасан узрочни ланац између незаконите радње и откривеног доказа.<sup>34</sup>

Европски суд је у предмету *Јалох њроџив Немачке* разматрао следећи случај. Полицијски службеници нису нашли никакву дрогу код подносиоца захтева. Међутим, како је свако даље одуговлачење могло нашкочити начину вођења истраге, јавни тужилац је наложио лекару да убризга у подносиоца захтева средство за повраћање како би провоцирао избацивање из његовог тела пластичне врећице коју је подносилац про-

<sup>31</sup> Види чл. 18. ст. 2. ранијег ЗКП и чл. 16. ст. 1. ЗКП.

<sup>32</sup> Види чл. 438. ст. 1. тач. 11 и чл. 438. ст. 2. ЗКП.

<sup>33</sup> *Wong Sung против САД* (1963) 371 US 471.

<sup>34</sup> *Murray против САД* (1988) 487 US 533, *Nik v Williams* (1984) 467 US 431, САД против *Seccolini* (1978) 435 US 268.



гутао приликом хапшења, а полиција је сумњала да је у тој врећици била садржана дрога. Европски суд је у овом предмету заузео следећи став: „Није улога суда да утврђује, у начелу, да ли је подносилац захтева крив или није. Питање на које се мора одговорити јесте да ли је поступак као целина, укључујући и начин на који су прибављени докази, био поштен.”<sup>35</sup> Тим поводом Европски суд је најпре утврдио повреду чл. 3. Конвенције (понижавајуће поступање), а након тога је закључио да је једини и одлучујући доказ против подносиоца захтева (врећица дроге коју је избацио из свог тела) био прибављен „мером која је повредила једно од основних права зајемчених Конвенцијом”. На основу тога је утврдио повреду процесног права да особа не оптужи сама себе – чл. 6. Конвенције.

**Предлог: конзистентно разрадити начело „плода отровног дрвета” из чл. 16. ЗКП кроз цео закон тако што ће се изричито забранити коришћење незаконитих доказа приликом извођења других доказа и јасно прописати процесна судбина доказа при чијем извођењу су коришћени незаконити докази и доказа до којих се никад не би дошло да им није претходило коришћење незаконитог доказа. Као најважније – коришћење незаконитог доказа мора бити апсолутно битна повреда поступка.**

### **11. Прописати жалбу на решење о одбијању издвајања незаконитог доказа**

Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су „посредно прибављени” – проистекли из незаконитих и који самим тим морају делити исту процесну судбину.<sup>36</sup>

Европски суд је у предмету *Вањак против Хрватске* објаснио своју улогу када је реч о оцени начина прибављања доказа: „При одлучивању о томе да ли је поступак у целини био правичан потребно је водити рачуна и о томе да ли су поштована права одбране. Посебно се мора испитати да ли је подносиоцу захтева пружена прилика да оспори

<sup>35</sup> Jalloh против Немачке (пар 95 и 107).

<sup>36</sup> У Хрватској постоји правило према којем су незаконити и докази за које се сазнало из незаконитих доказа (чл. 10. ст. 2. тач.4. ЗКПХ). У Р.Српској и Федерацији БиХ прописано је да суд не може заснивати своју одлуку на доказима прибављеним повредама људских права и слобода прописаних Уставом и међународним уговорима, нити на доказима који су прибављени битним повредама овог закона, с тим да суд не може заснивати своју одлуку ни на доказима који су добијени на основу незаконитих доказа (чл. 10. ст. 2 и 3. ЗКПРС).

веродостојност доказа и да се успротиви њиховом извођењу. Осим тога, мора се узети у обзир и квалитет доказа, између осталог и да ли су околности у којима су докази прибављени бациле сумњу на њихову поузданост и тачност”<sup>37</sup>

У Хрватској је прописано да судија истраге до завршетка истраге, а председник оптужног већа након пријема оптужнице на потврђивање а пре њеног испитивања, на предлог странака или по службеној дужности, решењем мора одлучити о издвајању незаконитих доказа из списка, одмах а најкасније у року од три дана од сазнања. Против решења којим је одлучено о предлогу странака или о издвајању допуштена је посебна жалба, о којој одлучује виши суд. Дакле, постоји двостепеност у случају када се предлог за издвајање незаконитог доказа одбија и у односу на одлуку судије истраге и у односу на одлуку председника оптужног већа или оптужног већа (чл. 86. ст. 1. ЗКПХ).<sup>38</sup>

Како ЗКП допушта само жалбу против решења којим се предлог за издвајање незаконитог доказа усваја, али не и против решења којим се тај предлог одбија, ваљало би прописати делотворан процесни механизам за благовремено раздвајање законитих и незаконитих доказа како би се онемогућила контаминација доказа током поступка.

**Предлог: прописати жалбу против решења којим се одбија предлог за издвајање доказа и на тај начин обезбедити двостепеност одлучивања поводом законитости доказа пре отпочињања главног претреса.**

<sup>37</sup> Вањак против Хрватске (пар 57).

<sup>38</sup> У Хрватској се поводом испитивања оптужнице одржава седница оптужног већа на коју се позивају јавни тужилац, оштећени, окривљени и бранилац ако се поступак води за кривично дело за које је прописана казна затвора преко 5 година. На овој седници странке излажу и образлажу своје закључке служећи се подацима који су садржани у спису. Јавни тужилац укратко износи резултате истраге и доказе на којима заснива оптужницу, док окривљени и бранилац могу упозорити на доказе који иду у корист окривљеног, на могуће пропусте у истрази и на незаконите доказе. Ако веће посумња у законитост појединог доказа, а без извођења додатних доказа о томе, не може донети одлуку, одложиће рочиште и одмах заказати ново на којем ће извести доказе важне за утврђивање чињеница о законитости доказа (претходно суђење о законитости доказа), те најпре одлучити о законитости доказа, а затим донети одлуку о оптужници. Против решења суда о законитости доказа допуштена је посебна жалба, о којој одлучује виши суд. Издвојени докази не могу се разгледати ни употребљавати при одлучивању у кривичном поступку (чл. 349–351. ЗКПХ) Ако веће установи да нема довољно доказа да је окривљени основано сумњив за дело које је предмет оптужбе односно да је противречје између прикупљених доказа очито такво да би на расправи изрицање осуђујуће пресуде било немогуће – решењем ће обуставити поступак. (чл. 355. ст. 1. тач. 4. ЗКПХ).

## 12. Након потврђивања оптужнице суду треба доставити само оптужницу

У Македонији је прописано правило да јавни тужилац заједно са оптужницом подноси суду и материјалне доказе, записнике и снимке испитивања као и листу доказа које предлаже да буду изведени на главном претресу. Након преиспитивања и потврде оптужнице, према чл. 344 ЗКП оптужница, одлука о потврђивању оптужнице, материјални докази и листа предложених доказа достављају се надлежном судском већу, док се записници и снимци о саслушањима окривљених и сведока враћају тужиоцу. Слична процедура постоји и у Босни и Херцеговини. Овакво решење је добро јер подразумева да суд који треба да пресуђује у кривичној ствари не би требало да буде упознат са садржином свих доказа пре главног претреса, јер би у том случају унапред формирао свој став и донео своју одлуку пре главног претреса, што у значајној мери девалвира главни претрес као централну фазу адверсијалног поступка, као и неопходност да сви докази оптужбе буду преиспитани у непосредној и контрадикторној расправи.

**Предлог: прописати да се након потврђивања оптужнице судском већу доставља само оптужница, решење о потврђивању оптужнице, материјални докази и листа предложених доказа.**

## 13. Припремно рочиште – нужно поштовање правила о терету доказивања

Основни проблем је обавеза браниоца да предложи све доказе за које је до припремног рочишта сазнао и преклузија у односу на све доказе који су му били познати, а на претходном рочишту их није предложио. Овакво законско решење практично обавезује браниоца да доказује невиност, јер се од њега очекује да антиципира ефекте предложених доказа тужилаштва и према претпостављеним резултатима доказивања определи доказе одбране. Европски суд је у оквиру права на правично суђење заузео став да, када је реч о оцени правичности кривичног поступка, није толико важна усклађеност поступака домаћих надлежних тела са формалним правилима домаћег поступка у прикупљању доказа и поступању са њима, колико је важан изостанак назнака да су коришћењем тих доказа за осуду прекршена начела „правилности” у смислу чл. 6. Конвенције и то – акузаторски поступак, једнакост оружја као и одсутности непримереног притиска да се одустане од права на ћутање.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> У предмету Олујић против Хрватске, Европски суд је заузео став да код оцене повреде права на правично суђење треба имати у виду у начин извођења доказа: „Није функција Суда изражавати мишљење о важности доказа или уопште о томе јесу ли на-

У Хрватској на припремном рочишту бранилац чак може изјавити да ће свој говор одржати након извођења доказа које је предложио тужилац, а оптужени се испитује на крају доказног поступка, осим ако он сам друкчије не захтева – што значи да и формулисању концепта одбране претходи сагледавање резултата тужилачког доказивања (чл. 417. ст. 1. и 5. ЗКПХ). У Р.Српској и Федерацији БиХ суд ће поучити оптуженог да може дати исказ у току доказног поступка у својству сведока и ако одлучи дати такав исказ, да ће бити подвргнут директном и унакрсном испитивању. Ово је само могућност, али не и обавеза. (чл. 274. ст. 2. ЗКПРС). Тужилац ће на почетку главног претреса укратко изнети доказе на којима заснива оптужницу, а оптужени или његов бранилац могу након тога изложити концепт одбране, али не морају. Уместо тога, они могу сачекати резултате тужилачког доказивања да би одлучили шта ће доказивати и да ли уопште има потребе доказивати било шта (чл. 275. ЗКПРС).

**Браниоцу се мора оставити могућност да слободно одлучи које ће доказе супротставити доказима тужилаштва, када на главном претресу сагледа резултате извођења доказа од стране тужилаштва. Предлог: прописати правило да, када на главном претресу буду изведени сви докази тужилаштва, одбрана има обавезу да предложи све доказе за које је до тог момента сазнала.**

#### **14. Изузетна судска иницијатива у доказном поступку – у корист одбране**

ЗКП прописује два кумулативна услова за судску иницијативу у доказном поступку – противречност или нејасност изведених доказа и неопходност свестраног расправљања предмета доказивања.<sup>40</sup> Дакле, суд био требало да интервенише у доказном поступку само у изузетним случајевима. Међутим, поставља се питање процесних консеквенци у случају када суд својим интервенцијама у доказном поступку помаже јавном тужиоцу у доказивању оптужнице санирајући последице његових пропуста.<sup>41</sup> У тим ситуацијама бранилац је тај који мора инсистирати

---

води против подносиоца захтева били основани. Међутим, на суду је да утврди да ли је поступак у целини, укључујући и начин на који су изведени докази, био поштен ... У околностима овог предмета суд налази да је одбијање националних власти да саслушају било којег сведока одбране довело на начин неспојив с јемствима поштењем суђења уграђеним у чл. 6. Конвенције, до ограничења могућности подносиоца захтева да изнесе своје аргументе ... због чега је дошло до повреде чл. 6. Конвенције у погледу начела једнакости оружја.” (пар. 85, непотребно изостављено).

<sup>40</sup> Види чл.15. ст. 4. ЗКП.

<sup>41</sup> У досадашњој судској пракси погрешно разумевање претпоставке невиности и правила *in dubio pro geo* имало је за последицу да се у поступку доказивала невиност,

на разлици између корективне и креативне улоге суда, као и на примени чл. 15, ст. 4 ЗКП у духу поштовања права на правично суђење.<sup>42</sup>

У правичном кривичном поступку адверсијални концепт главног претреса представља контратежу и неопходан коректив тужилачке истраге. Свако инсистирање на повећању доказне иницијативе суда код прикупљања доказа на главном претресу у потрази за материјалном истином доводи у питање остварење права на правично суђење. Постојеће решење из чл. 15, ст. 4, ЗКП према којем суд може интервенисати у доказни поступак има својих предности – јер опредељује да то може чинити само „изузетно”, али и својих мана, јер одређује да то може чинити увек „ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио” – што значи и у користи оптужбе. Могуће решење које не доводи у питање остварење права на правично суђење прихваћено је у Хрватској – да суд може интервенисати у доказном поступку само у корист окривљеног. За ово решење могуће је наћи упориште у пресудама Европског суда који заузима јединствен став поводом питања делотворности одбране и одговорности за неделотворну одбрану указујући да суд има „обавезу чињења у правцу обезбеђења стварног и делотворног поштовања права окривљеног на правичан поступак”.

У предмету *Санино против Италије* заузет је став да суд има обавезу да реагује у корист окривљеног када уочи да не постоји делотворна одбрана: „Међутим, Суд сматра да понашање подносиоца само по себи не може ослободити власти од њихове обавезе предузимања корака који јемче делотворност одбране окривљеног. Претходно поменути недостаци у вези с браниоцима које је суд поставио по службеној дужности су били очигледни, што је претпоставило дужност домаћих власти да реагују. Међутим, ништа није указивало да су власти предузеле мере да гарантују окривљеном делотворну одбрану и заступање. Сходно томе, постојала је повреда чл. 6. Конвенције.”<sup>43</sup>

---

а не кривица, као и да је за доказивање невиности било потребно отклонити сваку могућу сумњу, а не учинити реалном само једну премису о непостојању доказа о кривици

<sup>42</sup> Право на правично суђење је установљено да би штитило грађанина, јер му је противна странка јавни тужилац са читавим државним апаратом иза себе, због чега су странке у условима адверсијалног кривичног поступка фактички неравноправне. Како један од циљева ЗКП-а мора бити и ублажавање ове неравноправности, а циљ права на правично суђење јесте да заштити грађанина од пристрасности суда на његову штету, ваљало би инсистирати на праву суда да сам изводи доказе „само у корист окривљеног” што би допринело равноправности странака и резултирало правичнијим суђењима.

<sup>43</sup> *Sannino против Италије* (51).

Европски суд у предмету *Дауд против Португала* заузима став да одређене процесне околности намећу суду обавезу да не остане пасиван у циљу обезбеђења окривљеном да оствари право на правично суђење: „Након одлуке о постављењу другог браниоца, Кривични суд у Лисабону који је морао знати да до тада подносилац није имао адекватну правну помоћ, могао је на своју иницијативу одложити суђење. Чињеница да други бранилац постављен по службеној дужности није упутио захтев у том смислу није од значаја. Околности предмета су захтевале да суд не остане пасиван.”<sup>44</sup>

Европски суд за заштиту људских права у предмету *Чекала против Португала* иде и корак даље када наводи да и у случају формалних пропуста браниоца, саме околности случаја намећу суду обавезу чињења – да предузме позитивне мере у корист окривљеног како би се обезбедило стварно и делотворно поштовање права на правичан поступак: „Одлучујући моменат је пропуст браниоца постављеног по службеној дужности да поступи у складу са једноставним и чисто формалним правилом када је подносио жалбу по правним питањима Врховном суду. По мишљењу Суда, то је био ‘очигледан пропуст’ који је захтевао позитивне мере од релевантних органа. Врховни суд је на пример могао да позове браниоца постављеног по службеној дужности да допуни или исправи поднесак уместо што је жалбу прогласио неприхватљивом. Суд не види како би се могло утицати на независност правне професије позивањем да се исправи формална грешка. Као друго, Суд сматра да се не може *a priori* рећи да би таква ситуација несумњиво кршила нечело равноправности странака, будући да би она по природи више представљала изражавање судијског овлашћења да управља поступком чији је циљ ваљано вршење судијске функције ... Сходно томе, околности случаја су наметале одговарајућем суду обавезу чињења да би се обезбедило стварно и делотворно поштовање права подносиоца представке на правичан поступак”.<sup>45</sup>

Коначно, Европски суд је заузео став и поводом питања одговорности државе за пропуст суда да испуни своју обавезу активног поступања у циљу обезбеђења права на правично суђење – само у случају ако је неуспех браниоца постављеног на терет буџетских средстава да осигура делотворну одбрану очигледан или су на њега упозорене на неки други начин: „У погледу заступања подносиоца захтева у жалбеном поступку, суд понавља да држава не може бити одговорна за сваки недостатак

<sup>44</sup> Daud против Португала (42).

<sup>45</sup> Czekalla против Португала (68, 70 и 71 – непотребно изостављено).

браниоца постављеног на терет буџетских средстава или изабраног од стране окривљеног. Из начела независности правне струке од државе произилази да је вођење одбране питање које у првом реду треба да међусобно реше окривљени и његов бранилац независно од тога да ли је бранилац постављен на терет буџетских средстава бесплатне правне помоћи или је финансиран приватним средствима. Од надлежних домаћих власти захтева се на основу чл. 6. ст. 3.(ц) да се умешају само ако је неуспех браниоца постављеног на терет буџетских средстава да осигура делотворну одбрану очигледан или су на њега упозорене на неки други начин”<sup>46</sup>

Дакле, активно поступање суда на главном претресу је оправдано само у случајевима када одбрана није довољно делотворна или када окривљени нема браниоца који може ваљано заштити његова процесна права. У таквим случајевима се очекује интервенција суда у циљу остварења права на правично суђење. Овакво решење према којем суд може интервенисати у доказном поступку само у корист окривљеног или ако се одбрана томе не противи, било би фактички у функцији остварења права на правично суђење. Дакле, суд би могао интервенисати у корист окривљеног, али не и у корист јавног тужилаштва – јер право на правично суђење у кривичном поступку представља индивидуално право окривљеног-грађанина, а не јавног тужиоца као државног органа.

**Предлог: прописати право суда да интервенише у доказном поступку само у корист окривљеног уколико оцени да је то неопходно за обезбеђење стварног поштовања права на правично суђење.**

### **15. Прописати конкретна правила директног и унакрсног испитивања**

ЗКП нигде не прописује правила унакрсног испитивања. Није добро да се странци омогући да кроз додатна питања допуњује своје основно испитивање оним што је заборавила да пита, јер у односу на та питања супротна странка више не би имала право да испитује унакрсно, већ само додатним питањима. Без овог правила, тактички ће се остављати најважнија питања за допунска, јер се странка не излаже опасности унакрсног испитивања.

У Р. Српској и Федерацији БиХ прописано је да се питања сведоку супротне странке ограничавају на питања која су претходно постављена током испитивања сведока од странке која је позвала сведока и питања у корист властитих тврђења. Питања на поновном испитивању сведока

<sup>46</sup> Прежец против Хрватске (30).

од странке која га је позвала ограничавају се на питања постављена током испитивања сведока од супротне странке. Након што сведок буде испитан, судија односно председник већа и чланови већа могу му постављати питања (чл. 277. ст. 1. ЗКПРС). Питања која наводе на одговор који се жели чути не могу се постављати при директном испитивању осим у случају потребе разјашњења изјава свједока. Када странка позове супротне странке или када сведок показује одбојан став или не жели да сарађује, судија односно председник већа може дозволити употребу питања која наводе на одговор који се жели чути (чл. 277. ст. 2. ЗКПРС). Нови ЗКП не садржи ни једно од ових правила начина испитивања.

**Предлог: прописати конкретна правила директног и унакрсног испитивања и јасно определити шта може бити предмет унакрсног испитивања и шта може бити предмет додатних питања.**

Нови ЗКП нигде не предвиђа приговор којим би се браниоцу дала могућност да благовремено одреагује у судници и спречи повреду права окривљеног која се чини начином постављања одређеног питања. Суштина активности браниоца јесте да предупреди повреду правила поступка на штету окривљеног. Ако за тако нешто није наоружан одговарајућим процесним средствима, већ све повреде може истицати тек у жалби на пресуду, и то само као релативно битну повреду поступка, онда ово законско решење не пружа одговарајућу заштиту прокламованим правима одбране. Поставља се питање каква је процесна санкција постављања недозвољеног питања, да ли то чини незаконитим читаву доказну радњу или се само одговор на то питања не може користити као доказ, на који начин би се из оцене доказа могао апстраховати сегмент доказа и колико је повреда потребно учинити да би се извео закључак да поступак није био правичан.<sup>47</sup>

**Предлог: прописати право на приговор због недозвољеног питања који је поставила супротна страна или суд, са јасним нормирањем начина на који се приговор изјављује и опредељењем врсте и садржине приговора. Овај приговор би представљао процесни инструмент у функцији поштовања правила испитивања, тако да би у склопу оцене изведених доказа могао бити цењен и начин испитивања.**

Председник већа може увек поставити питање које доприноси потпунијем и јаснијем одговору на питање које је већ постављено од

---

<sup>47</sup> У предмету *Feldbrugge* Европски суд је заузео став да подносилац представке није добио прилику да да свој коментар исказа судског вештака, што је имало одлучујући утицај на исход поступка (пресуда од 29. маја 1996, А.99 стр. 17 и 18)



стране других процесних учесника.<sup>48</sup> Ово правило обесмишљава стратегију унакрсног испитивања чија је суштина у редоследу питања која једна из других произилазе. Овај редослед судија не треба да ремети својим појашњењима питања, већ је довољно да има право да одбије свако питање за које процени да је постављено на начин који није дозвољен. Председнику већа треба оставити могућност да након странака постави питања у циљу разјашњења ствари, јер је противно духу адверсијаног поступка да се у сваком моменту појашњава питање.

**Предлог: прописати правило да суд може постављати питања тек након што странке окончају испитивање.**

Европски суд предмету *Ханцевачки против Хрватске* апострофира важност завршне речи браниоца: „Суд је свестан захтева за ефикасношћу вођења кривичног поступка. Међутим, тај захтев не може бити супротан заштити права на одбрану у мери неспојивој с јемствима правичног суђења. У односу на важност завршног расправног рочишта Суд се није сложио са ставом домаћих судова који су сматрали да одсуство браниоца на том рочишту није било штетно за интересе одбране. На завршном рочишту странкама се даје могућност да изнесу завршне речи што је једина прилика да обе странке усмено изложе своје погледе на цели предмет и све доказе изведене током поступка као и да дају своју оцену резултата кривичног поступка. С обзиром на значење рочишта за закључење главне расправе у кривичном поступку одсуство браниоца била је оправдан разлог за одлагање рочишта.”<sup>49</sup>

**Предлог: укинути могућност временског ограничења завршне речи, јер се ово овлашћење у пракси користи дискреционо и независно од обима и сложености предмета – чиме се девалвира значај завршне речи у поступку, а брзина њеног изношења ставља у функцију ефикасности поступка.**

Требало би проширити круг кривичних дела за које је прописано обавезно тонско снимање у зависности од запрећене казне или сложености предмета. Ово је нужно барем у односу на кривична дела набројана у чл. 162. ст. 1. за које је могуће одредити посебне доказне радње.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Види чл. 398. ст. 6. ЗКП.

<sup>49</sup> Ханцевачки против Хрватске (23, 25 и 26).

<sup>50</sup> Види чл. 236. ст. 1. ЗКП. Ако је због тежине кривичног дела дозвољено суспендовати одређена уставна права у циљу њиховог откривања и доказивања, онда се у циљу обезбеђења услова за фер и правично суђење мора обезбедити и тонско снимање. У супротном, долазиће до ситуација да се у поступку за тешко убиство за које се може изрећи 40 година затвора приликом унакрсног испитивања сведока расправља шта је сведок тачно рекао и шта ће се тачно унети у записник.

**Предлог:** прописати обавезно тонско снимање свих главних претреса само у циљу фиксирања тока главног претреса – као контролно средство, с тим да се снимак транскрибује искључиво у одређеним процесним ситуацијама – на захтев странака – о њиховом трошку, када је потребно оценити веродостојност записника са главног претреса, када суд одлучи да значај одређеног доказа за исход поступка оправдава транскрибовање снимка ради утврђивања веродостојности одређеног доказа или када се поднесе захтев за изузеће суда или дисциплинска пријава против других процесних учесника – ради провере основаности пријаве

### **16. Одступање од контрадикторности и непосредности мора бити минимално**

Европски суд је јасно дефинисао начело контрадикторности и непосредности као саставни део права на правично суђење и определио у којим ситуацијама су могућа минимална одступања од овог начела. Кривични поступак мора бити адверсијалан и мора бити једнакости оружја између тужиоца и одбране.<sup>51</sup> Право на контрадикторни поступак у кривичним стварима подразумева да се тужиоцу и одбрани мора омогућити да сазнају и износе своје ставове о доказима које је поднела супротна страна.<sup>52</sup> Принцип једнакости оружја подразумева да свакој страни треба пружити разумну могућност да представи свој случај у условима који је не доводе у значајну неравноправност у односу на супротну страну.<sup>53</sup> Једном речју, одбрани мора бити обезбеђена делотворна могућност да утиче на исход судског поступка.<sup>54</sup> Окривљеном се мора омогућити да конципира своју одбрану тако што ће презентовати све релевантне аргументе пред судом.<sup>55</sup> Мора му такође бити дозвољено да преиспита веродостојност доказа и да се противи њиховом извођењу пред судом.<sup>56</sup>

У случају раздвајања кривичног поступка према саоптуженом или правоснажне осуде саучесника у другом поступку – он се не саслушава као сведок већ се суд упознаје са садржином записника о његовом ис-

<sup>51</sup> Nekrasov против Русије, 8049/07 – 112.

<sup>52</sup> Brandsetter против Аустрије, 11170/84, 12876/87 & 13468/87 (66–67); Ruiz Mateos против Шпаније, 12952/87 (67), Milatova and others против Чешке Републике, 61811/00 (65).

<sup>53</sup> Foucher против Француске, 22209/93 (34).

<sup>54</sup> Nekrasov против Русије, 8049/07 – 112.

<sup>55</sup> Vyarentsov против Украјине, 20372/11 (75).

<sup>56</sup> Mulosmani против Албаније, 29864/03 (125).

казу из другог поступка.<sup>57</sup> Дакле, према судској пракси која тренутно постоји, није могуће испитати ово лице непосредно у својству сведока, што значи да се на изјавама окривљених из других поступака заснивају судске пресуде без непосредног саслушања и без могућности браниоца да разјасни спорне околности. Поставља се питање – да ли је уставно-правно прихватљиво да се на основу чл. 406. ЗКП на главном претресу читају искази саокривљених који терете окривљеног у случајевима када није било ни покушаја да се одбрани омогући учешће у испитивању током истраге, јер је према дискреционој процени тужиоца присуство окривљеног или браниоца могло да утиче на сведока (чл. 300. ст. 2) или је сведок саслушан на основу претходног одобрења судије за претходни поступак (чл. 300. ст. 6) или је сведок саслушан у истрази која се водила против „НН” учиниоца који је у каснијој фази поступка идентификован.

Поред тога, поставља се питање да ли је уставноправно прихватљиво да се на основу чл. 406. ЗКП чита исказ саучесника који је осуђен у другом поступку у којем му окривљени никад није ни могао поставити питање или у раздвојеном поступку у којем окривљени никад није био у позицији да га испитује.

Чл. 32. Устава РС прописује да свако коме се суди за кривично дело има право да испитује сведоке оптужбе. Елементарно је начело да окривљени у кривичном поступку мора имати делотворну могућност да оспори доказе против себе. Ово начело захтева да окривљени мора бити у могућности да испита истинитост и поузданост изречених тврдњи тако што се сведоци усмено испитују у његовом присуству.

У предмету *Лука Ђошић и Италије* Европски суд ставља у исту раван исказ сведока и саокривљеног, када је реч о могућности испитивања веродостојности исказа у контрадикторном поступку: „У вези с тим, чињеница да су изјаве, као у овом предмету, дали саокривљени а не сведоци није релевантна ... Тамо где изјава може да буде кључна за доношење осуде, без обзира на то да ли ју је дао сведок у најстрожем смислу речи или саокривљени, она представља доказе оптужбе подложне примени јемстава става 1. и 3(д) члана 6. Конвенције ... У светлу претходног, разлози које је Касациони суд дао у својој пресуди за одбијање жалбе поднете по ставу 3(д) Конвенције ... не изгледају умесни. Посебно, чињеница да је по важећем праву у то време ... суд могао да прихвати изјаве дате пре суђења као допуштене ако би саоптужени одбио да сведочи, не може лишити окривљеног права предвиђеног ставом 3(д) члана 6. да у акузаторском поступку испита или да у његово име неко други испита све материјалне доказе против њега ... У овом

<sup>57</sup> Види чл. 406. ст. 1. тач. 5. ЗКП.

предмету Суд примећује да су домаћи судови осудили подносиоца представке искључиво на основу изјава лица Н. датих пре главног претреса и да ни подносиоцу представке ни његовом браниоцу није током целог поступка била дата било каква прилика да испитају то лице. Сходно томе, подносиоцу представке је било ускраћено правично суђење”.<sup>58</sup>

У предмету *Ал Каваја и Тахери против Велике Британије* Европски суд је заузео начелно правно схватање када је осуђујућа пресуда искључиво или већим делом утемељена на изјавама особе коју оптужени није имао прилику испитати: „Основно је начело да брањеник у кривичном поступку мора имати делотворну могућност оспорити доказе против себе. То начело захтева да брањеник мора не само познавати идентитет особа које су га оптужиле како би био у положају оспорити њихову исправност и веродостојност, већ и бити у могућности испитати истинитост и поузданост њихових доказа тако да их усмено испитују у његовом присуству, било у време када сведок даје свој исказ или у некој каснијој фази поступка”.<sup>59</sup>

Велико веће Европског суда поновило је темељно правило конвенцијског права које се односи на контрадикторност поступка и испитивање сведока које гласи: пре изрицања осуђујуће пресуде сви докази морају се изнети на јавној расправи у присуству оптуженог како би их он могао оспорити. Из овог правила произилазе два захтева: Прво, мора постојати добар разлог да сведок не дође на рочиште. Друго, осуђујућа пресуда која се у целости или у одлучујућем делу темељи на исказу одсутног сведока по правилу се сматра несагласном са захтевима правичности из чл. 6. Конвенције (тзв. правило јединог или одлучујућег доказа).

Шести амандман на Устав САД гарантује оптуженом право да преиспита сведоке који га оптужују. Прихватање сведочења представља кршење Шестог амандмана ако оптужени није присутан како би сведока унакрсно испитао на суду, осим ако је оптужени недоступан или му је претходно омогућено да унакрсно испита сведока у време када је изјава дата. Сведоцима могу бити предочене њихове претходне изјаве како би им се освежило памћење. Међутим, ове изјаве се не прихватају као доказ, независно од тога да ли су прихватљиве као доказ према правилима „рекла-казала”. Једино ако предочавање изјаве не оствари сврху предочавања и не подсети сведока – релевантан део претходне изјаве може бити прочитан као доказ.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> *Lusca против Италије* (41, 42, 43 – непотребно изостављено).

<sup>59</sup> *Al Kawaja & Tahery против УК* (127).

<sup>60</sup> *Federal Rules of Evidence US* (612 и 803/5).

У случајевима са више окривљених, признање једног од њих који не прихвати да сведочи – не може бити прихваћено као доказ против других окривљених, чак и у случајевима када су потпуно законито дата, јер други окривљени нису имали могућност да га унакрсно испитају. Ово право окривљени губи само ако он лично учини сведока недоступним, као, на пример, ако га убије.

Принцип непосредности, принцип контрадикторности и принцип једнакости оружја су на један врло квалитетан начин уређени у Р. Српској и Федерацији БиХ где је као начело прописана обавеза суда да странке и браниоца третира на исти начин и да свакој од страна пружи исте могућности у погледу приступа доказима и њиховом извођењу на главном претресу (чл. 14. ст. 1. ЗКПРС). Исказ сведока који је дат у истрази не може се користити ако је сведок присутан на главном претресу, а странка која тражи да се исказ дат у истрази узме у обзир као доказ на главном претресу мора доказати да је и поред свих уложених напора да се осигура присуство сведока на главном претресу, сведок остао недоступан. (чл. 231. ст. 2. ЗКПРС). Искази дати у истрази могу се користити на главном претресу само приликом директног и унакрсног испитивања уколико сведок одступи од већ датог исказа и само у функцији провере веродостојности сведока или исказа и у том смислу се прилажу као доказни материјал. Изузетно, записници о исказима датим у истрази могу се по одлуци судије односно већа прочитати и користити као доказ на главном претресу само у случају ако су испитана лица умрла или трајно душевно оболела или се не могу пронаћи или је њихов долазак пред суд немогућ или је знатно отежан из важних разлога (чл. 288. ст. 1 и 2. ЗКПРС).

**Предлог: прописати да се искази дати у истрази могу користити на главном претресу само приликом директног и унакрсног испитивања уколико сведок одступи од датог исказа и само у функцији провере веродостојности исказа сведока и у том смислу се прилажу као доказни материјал само на околност веродостојности исказа сведока. Предлог: прописати да се записници о исказима датим у истрази могу прочитати и користити као доказ на главном претресу само у случају ако су испитана лица умрла или трајно душевно оболела или се не могу пронаћи или је њихов долазак пред суд немогућ или је знатно отежан из важних разлога.**

### III. Закључак

Процесни положај одбране мора бити уређен тако да пружа формалне претпоставке за остварење свих експлицитних и имплицитних права која је Европски суд препознао као предуслове правичног суђења. Свако нормативно експериментисање у правцу редукације ових права имаће за последицу кршење чл. 6. Европске конвенције и представљаће основ будућих представки Европском суду. Због тога је неопходно препознати стандарде судске праксе Европског суда када је реч о правима одбране и имплементирати их у сам нормативни оквир изменом појединих законских решења, чиме би се остварио пресудан утицај и на судску праксу домаћих судова која би из тако измењеног нормативног оквира настала. На овај начин би се постигао виши ниво остварење права окривљених у кривичним поступцима пред домаћим судовима, што би резултирало не само мањим бројем представки пред Европским судском већ и вишим степеном правне сигурности грађана и већим поверењем грађана у суд. Ефикасност поступка не може се посматрати изоловано од квалитета поступка. Због тога се код дефинисања измена правила судског поступка увек мора поћи од елементарног принципа владавине права и начина уређења овог принципа у уставноправном оквиру и конкретним предметима из судске праксе Европског суда.

Jugoslav Tintor  
attorney at law in Belgrade

#### NECESSITY FOR MODIFICATION OF CODE ON CRIMINAL PROCEDURE

#### Summary

The article is dedicated to analysis of basic regulation on criminal procedure from aspect of realization of right to fair trial; in this context, the position of the defense is particularly considered. The author presents the deficiencies of the normative solutions in light of the problems encountered by the defense counsel in practice. The author proposes concrete solutions for the improvement of Code on Criminal Procedure with aim of creating prerequisites for fair trial. The author relies, both in the study of existing situation and in proposing the measures for the modifications of the law, on domestic practice, as well as on solutions in comparative law and practice of European Court for Human Rights.

**Key words:** right to fair trial, procedural position of defense, rights of defendant, rights of defense counsel.

UDK 347.918:347.736(497.11)  
COBISS.SR-ID 269339148

*Стефан Петровић*

студент на мастер студијама на Правном факултету Универзитета у Београду<sup>1</sup>

## (НЕ)ЈЕДНАК ТРЕТМАН АРБИТРАЖЕ И ПАРНИЦЕ У ЗАКОНУ О СТЕЧАЈУ

### Сажетак

Закон о стечају пре измена од 2017. године није познавао појам арбитраже. Последице отварања стечајног поступка на арбитражни поступак и арбитражни споразум тумачио се аналогично, како би арбитражни поступак био изједначен са парничним. Актуелни текст Закона о стечају садржи низ недоследности, те се поставља питање намере законодавца. Да ли је сврсисходно решење које познаје само могућност упућивања на наставак прекинутог арбитражног поступка, а не и могућност покретања арбитражног поступка на основу претходно закљученог арбитражног споразума? У раду су анализирани одредбе Закона о стечају које се односе – директно или индиректно – на арбитражу, тако да аутор, на основу анализе, заузима и аргументује став у вези са могућношћу покретања арбитражног поступка. Аутор чини кратак осврт на прекогранични стечај и проблематику коју носи у односу на арбитражу, те предлаже и понавља значај униформности колизионих правила у тој области.

**Кључне речи:** стечајни поступак, арбитража, прекид поступка, покретање поступка, међународни стечај.

---

<sup>1</sup> Чланак је првонаграђени рад на конкурс за 2018. годину Правног факултета у Београду и Удружења за арбитражно право Србије за студентске радове из области алтернативног решавања спорова; конкурс се организује у спомен професора Гаше Кнежевића.

## I. Увод

Арбитража више није редак и неистражен начин алтернативног решавања спорова. Теорија и пракса указале су на бројне предности арбитраже у односу на судски поступак.<sup>2</sup> Ипак, не могу се сви спорови изнети пред арбитражу и у том смислу прави се подела на арбитрабилне и неарбитрабилне спорове. Спорови који су арбитрабилни дефинисани су у Закону о арбитражи који прописује да се арбитража може уговорити за решавање имовинског спора о правима којима странке слободно располажу, осим спорова за које је одређена искључива надлежност суда.<sup>3</sup>

С друге стране, установа стечаја регулише питање колективног намирења необезбеђених поверилаца,<sup>4</sup> те стечајни поступак стоји у интеракцији са арбитражним поступком и доводи у питање однос арбитражног споразума и његове реализације, као и судбину већ покренутог арбитражног поступка са отварањем стечаја над једном од страна арбитражног споразума, односно арбитражног поступка.<sup>5</sup>

Аутор ће се најпре бавити питањем арбитрабилности спорова у стечајном поступку, односно „опсегом” искључиве надлежности суда и евентуалним пропустима Закона о стечају у овој области. Затим ће размотрити однос између одредаба Закона о стечају, те ће отворити могућност изједначења арбитраже и парнице, с обзиром на динамичност појављивања појма „арбитража” у одредбама Закона о стечају. Даље, размотриће последице отварања стечаја у Републици Србији над домаћим привредним друштвом на арбитражни споразум и арбитражни поступак који је у току, како у Републици Србији, тако и у иностранству, као и проблематику међународног стечаја и арбитраже.

---

<sup>2</sup> Г. Кнежевић, В. Павић, Арбитража и АДР, Београд 2005, 18–22; Т. Ј. Stipanovich, „Arbitration: The ‘New Litigation’”, University of Illinois Law Review, Vol. 2010, No. 1, 2010, доступно на: <https://ssrn.com/abstract=1297526>, 09.09.2018, 8; R. A. Bales, „An Introduction to Arbitration”, Bench & Bar, March 2006, доступно на: <https://ssrn.com/abstract=888545>.

<sup>3</sup> Закон о арбитражи, Службени гласник РС, бр. 46/2006, чл. 5 ст. 1.

<sup>4</sup> М. Васиљевић, Компанијско право, Београд 2015, 526; С. Петровић, „Стечај инвеститора из перспективе купца стана у изградњи”, Право и привреда, бр. 4–6, Београд 2018, 570.

<sup>5</sup> V. Lazić, „Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 18: Cross-Border Insolvency and Arbitration: Which Consequences of Insolvency Proceedings Should be Given Effect in Arbitration?”, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Kluwer Law International 2011, 339. За сличности и разлике стечаја и арбитраже вид. С. Liebscher, „Part II Substantive Rules on Arbitrability, Chapter 9 – Insolvency and Arbitrability”, Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International 2009, 165.



## II. Арбитрабилност спорова у стечајном поступку

### 1. „Праве” и „неправе” стечајне ствари

Прво питање на које се наилази јесте: да ли су сви спорови који се јаве у стечајном поступку у искључивој надлежности суда; другим речима, да ли је увек искључена могућност уговарања арбитраже, односно наставка арбитражног поступка након отварања стечаја? Подела на арбитрабилне и неарбитрабилне спорове изнедрила је поделу у стечајном поступку на „права” („чиста”) и „неправа” стечајна питања. Ствари које су у искључивој надлежности суда јесу чисте стечајне ствари, док оне које нису припадају неправим стечајним стварима.<sup>6</sup> Како је једно од начела стечајног поступка и начело једнаког третмана и равноправности, јасно је да намирење стечајног повериоца није могуће остварити у арбитражном поступку, с обзиром на одступање од начела атракције надлежности (случај када је тужена страна пала под стечај).<sup>7</sup> Дакле, стечајни повериоци своја новчана потраживања према стечајном дужнику *остварују* само у стечајном поступку.<sup>8</sup> Како стечајни поступак има за циљ да намира новчано потраживање стечајних поверилаца, произлази да нека друга питања у вези са њиховим потраживањем нису у искључивој надлежности стечајног суда, односно у овом случају остваривање значи наплата потраживања.<sup>9</sup> Наведену тврдњу потврђује чл. 117 Закона о стечају који наводи да се поверилац чије је потраживање *осиорено* упућује на парницу, односно на наставак прекинутог парничног или *арбитражног* поступка ради утврђивања оспореног потраживања, што даље значи да се питање основа и висине потраживања могу решавати у арбитражном поступку.<sup>10</sup>

Дакле, у пракси и законима држава прави се разлика између правих, „чистих” (*pure*) спорова који се не могу изнети пред арбитражу<sup>11</sup> и спо-

<sup>6</sup> У. Живковић, Ј. Лепетић, „Последице отварања стечаја на арбитражни поступак у праву Србије”, Право и привреда, бр. 7–9, Београд 2014, 453; S. Nesi, „Chapter 18, Part X: Insolvency and Arbitration”, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2nd edition, Kluwer Law International 2018, 2689–2690.

<sup>7</sup> Ј. Вукадиновић, „Утицај прекограничног стечаја на арбитражни поступак”, Правни живот, бр. 11, Београд 2013, 352.

<sup>8</sup> Закон о стечају, Службени гласник РС, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017 и 44/2018, чл. 80.

<sup>9</sup> Опширније вид. В. Радовић, Стечајно право, прва књига, Београд 2017, 34–37.

<sup>10</sup> Упор. С. Liebscher, 167.

<sup>11</sup> S. Nesi, 2690; С. Liebscher, 166–167; S. M. Kroll, „Chapter 18: Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems”, International Arbitration Law Library, Volume 15, Kluwer Law International 2015, 358.

рова који се тичу захтева који су арбитрабилни. У чисте спорове спадају спорови који имају директну везу са стечајним поступком.<sup>12</sup> Пракса је у неколико наврата потврдила овакав став.<sup>13</sup>

## 2. Способност стечајног дужника да уговори арбитражу

Према Закону о арбитражи *свако физичко и правно лице* може да уговори арбитражу, укључујући и државу, њене органе, установе и предузећа у којима она има својинско учешће. Такође, арбитражу може да уговори свако ко, у складу са одредбама закона који уређује парнични поступак, има способност да буде странка у поступку.<sup>14</sup>

С обзиром на то да стечајни дужник задржава правну способност, а странка у поступку према Закону о парничном поступку може да буде *сваки правни субјект*, постаје очевидно да стечајни дужник има способност да уговори арбитражу,<sup>15</sup> додуше преко стечајног управника као законског заступника,<sup>16</sup> даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и та права прелазе на стечајног управника.<sup>17</sup>

## 3. Да ли двостранотеретни уговори обухватају арбитражни споразум?

Закон о стечају не предвиђа изричито за последицу да арбитражни споразум престаје да важи даном отварања стечаја, као што ни Закон о арбитражи не предвиђа стечај као разлог престанка арбитражног споразума.<sup>18</sup> Наиме, арбитражни споразум јесте правни посао. Упркос

<sup>12</sup> Ј. Вукадиновић, Улога арбитрабилности у процесу решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом, Београд 2016, 242.

<sup>13</sup> Да отварање стечајног поступка не утиче само по себи на арбитрабилност спора вид. *Casa v. Cambior*, ICC no. 6697, Rev. arb.1992, 135. О подели вид. одлуку *Buyer (Switzerland) v. Seller (Kosovo)*, Final Award, ICC Case No. 16369, 2011, *Yearbook Commercial Arbitration*, Volume XXXIX, 2014, 189–190.

<sup>14</sup> Закон о арбитражи, чл. 5, ст. 1 и 2.

<sup>15</sup> Упор. Ј. Вукадиновић (2016), 237–238. Међутим, отварање стечајног поступка доводи до губитка пословне способности стечајног дужника, што, свакако, не доводи до губитка парничне способности. Вид. В. Радовић 607.

<sup>16</sup> Закон о парничном поступку, (Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014), чл. 74, ст. 1. За аустријско право вид. С. Liebscher, 168–169.

<sup>17</sup> Закон о стечају, чл. 74, ст. 1.

<sup>18</sup> М. Станивуковић, „Закон о стечају и арбитража”, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, бр. 48/1, Нови Сад 2014, 122. Тако, на пример, и швајцарско право. S. Lembo, A. C. Hari, „International Arbitration in Switzerland and

таквој констатацији и поглављу Закона о стечају који регулише последице отварања стечајног поступка на правне послове стечајног дужника, ипак остаје нерегулисано питање односа са арбитражним споразумом. Последице отварања стечајног поступка на правне послове стечајног дужника уређене су Законом о стечају, који прописује да ако стечајни дужник и његов сауговорач до отварања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили *двостраношерејни* уговор који су закључили, стечајни управник може, уместо стечајног дужника, испунити уговор и тражити испуњење од друге стране.<sup>19</sup> Правна доктрина још увек није пружила такву врсту уговора, па се претпоставља да се мислило на двостранообавезне уговоре.<sup>20</sup> С обзиром на то да је арбитражни споразум свакако двостранообавезан, даље разматрамо чл. 94 ст. 2 Закона о стечају наводи нас на закључак да се ради о новчаном потраживању из теретног уговора, што елиминише арбитражни споразум из круга уговора обухваћених чл. 94 Закона о стечају, с обзиром на то да арбитражни споразум није ни теретан ни добротин, „јер нема за циљ промет роба или услуга уз накнаду”.<sup>21</sup> Заправо, арбитражни споразум служи да се одреди надлежност арбитраже за решавање спора насталог, између осталог, из двостранообавезног уговора.

Поред тога, кључно питање да ли Закон о стечају у члану 94 указује на арбитражни споразум отвара се приликом постављања у однос наведеног члана са неким другим члановима истог закона. Иако није изричито прописано да арбитражни споразум престаје да важи, може се бранити став да је творац измена Закона о стечају од 2017. године то *иодразумевао*. С обзиром на то да је Закон о стечају измењен 2017. године у једном делу како би уврстио и арбитражу као могуће решење и растерећење судова, поставља се питање да ли је законодавац опет омашком пропустио да изједначи парнични поступак са арбитражним тамо где има места, или је то урадио с намером.

Наиме, стечајни управник има наведено право избора у погледу двостранообавезног уговора, уколико стечајни дужник и његов сауговорач нису у целости или делимично извршили закључени уговор. Ако би ова одредба указивала и на арбитражни споразум, стечајни управник би

---

Foreign Bankruptcy: Where Do We Stand?” ASA Bulletin, Volume 32, Issue 4, Kluwer Law International 2014, 737.

<sup>19</sup> Закон о стечају, чл. 94, ст. 1.

<sup>20</sup> Опширније о врстама двостранообавезних уговора релевантних у стечајном поступку вид. В. Радовић, „Дилеме у вези са појмом неизвршених двостранообавезних уговора у стечају”, Право и привреда, бр. 5–8, Београд 2009, 411–412.

<sup>21</sup> М. Станивуковић, 122.

имао горенаведено право избора. Међутим, таквој констатацији супротставља се одредба чл. 117 Закона о стечају. Наиме, у наведеном члану прописано је да се поверилац чије је потраживање оспорено упућује на парницу, односно наставак прекинутог парничног или арбитражног поступка ради утврђивања оспореног потраживања.<sup>22</sup> Дакле, стечајни поверилац може наставити арбитражни поступак без остављања избора стечајном управнику, што значи да право избора дато стечајном управнику у чл. 94 не важи у овом случају.

С друге стране, прекинут, односно недовршен арбитражни поступак не потпада под формулацију „неизвршен” или „делимично извршен” двостранообавезни уговор. Наиме, неизвршени двостранообавезни уговори деле се на: 1) уговоре које је *једна* страна испунила у целости и 2) уговоре које *ниједна* страна није испунила у целости.<sup>23</sup> Дакле, не видимо како је могуће да једна страна испуни арбитражни споразум, а друга не. Даље, у случају обостраног неиспуњења споразума, немогуће је да с једне стране стечајни управник направи избор да не изврши обавезу из арбитражног споразума, те не приступи арбитражном поступку, а да се са друге стране настави арбитражни поступак на захтев стечајног повериоца који почива, наравно, на арбитражном споразуму. Двостранообавезни неизвршени уговори у смислу чл. 94 остају на снази и након отварања стечаја, али њихово испуњење је неизвесно јер зависи од избора стечајног управника, па се стога такви уговори зову и „лебдећи”.<sup>24</sup> Ако би у таквом случају ипак био испуњен уговор на захтев стечајног повериоца, онда би избор стечајног управника изгубио сврху.<sup>25</sup>

Чл. 118 ст. 1 истог закона разјашњава недоумице:

„Ако у тренутку отварања стечајног поступка тече парнични или арбитражни поступак о потраживању, стечајни управник ће преузети парнични или арбитражни поступак у стању у ком се *она* налази у тренутку отварања стечајног поступка.” (подвукао аутор)<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Закон о стечају, чл. 117, ст. 1.

<sup>23</sup> В. Радовић (2009), 413–414.

<sup>24</sup> В. Радовић (2009), 418.

<sup>25</sup> Поједини страни аутори истицали су тумачење положаја стечајног управника у арбитражном поступку као уступање права да се води арбитражни поступак. S. Vorburger, „Chapter 6: Specific Effects of a Commencement of an Insolvency on International Arbitration, International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspective”, International Arbitration Law Library, Volume 31, Kluwer Law International 2014, 137; S. Lembo, A. C. Hari, 747. Упор. S. Nessi, 2692–2693.

<sup>26</sup> Закон о стечају, чл. 118, ст. 1 (подвукао аутор). Законодавац нам је очевидно омогућио да историјским тумачењем сазнамо прави смисао законског текста, пошто су из цитиране одредбе видљиви остаци текста Закона о стечају од 2014. године. С обзиром

Чак и да је законодавац грешком помислио да недовршен арбитражни поступак спада у делимично извршен двостранообавезни уговор, из цитиране одредбе произлази да је стечајни управник *дужан* да преузме, односно настави арбитражни поступак, тако да се, за разлику од чл. 94, не оставља стечајном управнику право избора. Наиме, иако не пише експлицитно да је стечајни управник дужан да преузме арбитражни поступак, ипак формулација „ће преузети”, сасвим извесно означава обавезу стечајног управника да поступак преузме, без могућности избора испуњења обавезе из споразума на којем је арбитражни поступак заснован.<sup>27</sup> С обзиром на горенаведено, арбитражни споразум остаје нерегулисан одредбом чл. 94 Закона о стечају.

Изнети су аргументе који иду у прилог ставу да чл. 94 не обухвата арбитражни споразум, али још није утврђено да ли арбитражни споразум престаје да важи из перспективе Закона о стечају.

#### 4. Важење арбитражног споразума или арбитражног поступка

У време писања научних радова домаћих аутора који су доступни, тадашњи текст Закона о стечају није познавао појам арбитраже, као ни арбитражни поступак, те су аутори проблем решавали одговарајућим тумачењем. Тамо где пише „парнични”, упућивали су на арбитражни поступак.<sup>28</sup> Међутим, законодавац је у међувремену извршио исправку и потврдио да је „пут до пакла поплочан добрим намерама”.

Шта се дешава кад законодавац у истом члану у једном његовом делу помене само парнични, док у другом делу члана обухвати и парнични и арбитражни поступак? Може се добрим аргументима бранити став да поменуто тумачење домаћих аутора<sup>29</sup> више није могуће применити и да, у случају отварања стечаја, арбитражни поступак може да се покрене, односно настави, само уколико је тако прописано Законом о стечају. Након отварања стечаја, арбитражни поступак, према језичком тумачењу чл. 117 Закона о стечају, може само да се настави, а не и покрене. *Језичко тумачење*, дакле, не дозвољава или, прецизније, игнорише постојање арбитражног споразума; незадовољна страна може само да покрене парнични поступак.

---

на то да претходни текст није познавао појам арбитраже, реч „она” из актуелног текста јесте управо остатак из претходног текста који је указивао на парницу.

<sup>27</sup> Упор. S. Nesi, 2692.

<sup>28</sup> М. Станивуковић, 125.

<sup>29</sup> Тумачење којим су домаћи аутори „имплементирали” појам арбитраже у Закон о стечају, иако га Закон о стечају није познавао.

С обзиром на то да су у стечајном поступку арбитрабилни спорови који се односе на основ и висину потраживања (што значи да ће стечајни поверилац преиначити евентуални кондемпнаторни тужбени захтев у деклараторни који ће служити, ако буде усвојен, као доказ о постојању потраживања), треба размотрити одредбу Закона о стечају која регулише оспорена потраживања, што је такође било разматрано у домаћој литератури, додуше за време важења измена Закона о стечају од 2014. године:

„Поверилац чије је потраживање оспорено *упућује се на парницу*, односно на наставак прекинутог парничног или арбитражног поступка ради утврђивања оспореног потраживања, коју може да покрене, односно настави у року од 15 дана од дана пријема закључка из члана 116. овог закона, односно од дана истека рока за медијацију у складу са чланом 115. овог закона.

Поверилац који је *упућен на парницу* дужан је да о *покрећују парнице* односно о наставку прекинуте парнице или арбитражног поступка обавести поступајућег стечајног судију у року од 15 дана од дана покретања или наставка парнице.

Ако поверилац из става 1. овог члана не обавести стечајног судију о *покрећују парнице*, одговоран је за трошкове и штету проузроковану пропуштањем.<sup>30</sup>

Имајући у виду измене Закона о стечају од 2014. године и то што арбитража за спорове из стечајног поступка није била поменута, као ни арбитражни споразум закључен пре отварања стечајног поступка од стране стечајног дужника, тумачење којим је за арбитражни поступак важило исто што и за парнични објашњавало се превидом законодавца, с обзиром на то да се постојање искључиве надлежности суда мора изричито прописати.<sup>31</sup> Даље, упућивање на парницу имало је за циљ да растереги стечајног судију, што је био добар аргумент да се исто такво растеређење може остварити упућивањем на уговорену арбитражу.<sup>32</sup>

Из цитираних одредаба члана 117 Закона о стечају, може да се приметити неколико спорних ствари. Најпре, отвара се питање примене наведеног тумачења. Да је реч о превиду законодавца, онда се ни у једном делу закона не би био коришћен термин „арбитража” или „арбитражни поступак”. Иако је у чл. 117, ст. 1 доследно изједначен парнични поступак са арбитражним у случају њиховог прекида, ипак се у првом делу истог става стечајни поверилац упућује само на парницу, а не на арми-

<sup>30</sup> Подвукао аутор.

<sup>31</sup> М. Станивуковић, 125.

<sup>32</sup> М. Станивуковић, 125–126.

тражни поступак заснован на претходно закљученом арбитражном споразуму, што може водити до закључка да арбитражни споразум, у *шом случају*, престаје да важи. У образложењу Предлога о изменама и допунама Закона о стечају од 2017. године пише, између осталог, да се „уводе нови институти и имплементирају одредбе којима се обезбеђују услови за адекватнију и бољу примену већ постојећих института, ефикасније спровођење стечајног поступка и побољшање намирена поверилаца”.<sup>33</sup> Са друге стране, у објашњењу конкретне измене у Закону о изменама и допунама Закона о стечају, односно допуне члана 117, пише следеће:

„Чланом 28. извршено је прецизирање члана 117. став 1. на начин да се повериоцима оспорених потраживања указује, не само на могућност наставка парничног поступка у циљу утврђивања свог потраживања, већ и наставка започетог арбитражног поступка. Дакле, и у случају покренутог арбитражног поступка, исти се наставља, односно уколико парнични или арбитражни поступак нису покренути, *поверилац ће бити упућен на парницу*. Намера предложених измена и допуна је *смањење броја судских спорова* и решавање већ започетих арбитражних поступака кроз исти.”<sup>34</sup>

У овом образложењу садржана је још једна недоследност. С једне стране, намера предложених измена и допуна јесте смањење броја судских спорова, док се са друге стране затварају очи пред арбитражним споразумом. Законодавац је, како се види из цитираног образложења, свесно пропустио да упути на покретање арбитражног поступка. Циљ измена је, како стоји у образложењу предлога закона, смањење броја судских спорова. Вођени тим циљем, једино логично решење било би да се странке упућују и на арбитражу ако за њу постоји основ, а у вези са бројним предностима арбитраже у односу на државно судовање. Али то, као што из цитираног произлази, није случај.

## 5. Да ли стечајни поверилац може да покрене арбитражни поступак?

Спорно је да ли постоји разлог да се у случају отварања стечајног поступка пропише једино могућност наставка прекинутог арбитражног поступка од стране стечајног повериоца, а не и покретања арбитражног поступка, на основу претходно закљученог арбитражног споразума.

<sup>33</sup> Предлог Закона о изменама и допунама Закона о стечају – текст прописа, доступно на: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/060917/060917-vest15.html>.

<sup>34</sup> Предлог закона о изменама и допунама Закона о стечају (подвукао аутор).

Закон о стечају садржи низ недоследности који се тичу арбитраже и парнице. Такве недоследности могу да изазову различита схватања. Тако, чл. 88 Закона о стечају садржи следеће:

„У тренутку наступања правних последица отварања поступка стечаја прекидају се *сви судски поступци* у односу на стечајног дужника и на његову имовину, сви управни поступци покренути на захтев стечајног дужника, као и управни и порески поступци који за предмет имају утврђивање новчане обавезе стечајног дужника”. (Подвукао аутор)

У наведеном члану прописано је да се прекидају сви судски поступци, а судски поступци нису арбитражни поступци. Арбитража представља алтернативу државном судовању; она не потпада под судски поступак.<sup>35</sup> Са друге стране, чл. 117 истог закона прописује:

„Поверилац чије је потраживање оспорено упућује се на парницу, односно на *наставак прекинутој парничној или арбитражној поступци* ради утврђивања оспореног потраживања, коју може да покрене, односно настави у року од 15 дана од дана пријема закључка из члана 116. овог закона, односно од дана истека рока за медијацију у складу са чланом 115. овог закона.

Циљ прекида поступака јесте да се сачува стечајна маса и да се сви повериоци стечајног дужника ставе у исти положај.<sup>36</sup> С обзиром на то да се домаћа арбитражна одлука по дејствима аутоматски изједначава са судском, ако се има у виду циљ прекида поступака, долази се до закључка да је у питању превид законодавца, те да је логично да се и арбитражни поступак пред арбитражом прекида. Иако је у чл. 88 Закона о стечају законодавац прописао изричито да се *сви судски поступци* прекидају, ипак је у чл. 117 прекид поступка пренео и на *арбитражни поступак*, с обзиром на то да у чл. 117 пише да се поверилац упућује на *наставак прекинутој арбитражној поступци* (па и у вези са чл. 118 Закона о стечају који прописује обавезу стечајног управника да преузме арбитражни поступак).

Недоследност самих чланова Закона о стечају упућује на закључак да је арбитражни поступак обухваћен Законом о стечају једнако као и судски поступак, без обзира што се у појединим члановима не помиње арбитражни поступак. Овакав закључак је неспоран, имајући у виду да се последице отварања стечајног поступка на судски поступак у чл. 88 Закона о стечају одражавају изричито и на арбитражни поступак у чл.

<sup>35</sup> A. Daniel, *The Role of Domestic Courts in International Commercial Arbitration*, доступно на: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1674760>, 05. 09. 2018, 4.

<sup>36</sup> S. M. Kroll, 357.



117 и чл. 118 истог закона, без обзира што арбитражни поступак није споменут у првом наведеном члану који регулише последице отварања стечајног поступка. Поред тога, недоследност у већем обиму код оспорених потраживања садрже чл. 116 ст. 7 и чл. 141 Закона о стечају који у целости заборављају арбитражни поступак.

На основу наведеног, као и на основу предлога аутора коментара Уредбе ЕУ о стечајном поступку од 2000. године<sup>37</sup> да се парницом сматрају „сви парнични поступци и арбитраже које имају за циљ да се утврде постојање, пуноважност, садржина или износ потраживања”,<sup>38</sup> може се заузети став да је у питању превид законодавца и да стечајни поверилац има могућност да покрене арбитражни поступак, на основу претходно закљученог арбитражног споразума. Поред тога, а с обзиром на то да стечајни поступак по правилу дуго траје, не би било разумно додатно га продужавати упућивањем на парницу ако већ постоји арбитражни споразум, имајући у виду једну од предности арбитраже наспрам државног судовања – брзину решавања спорова,<sup>39</sup> као и циљ измена Закона о стечају од 2017. Године (смањење броја судских спорова). Међутим, начело очувања стечајне масе може представљати препреку на путу до оваквог закључка.

Наиме, стечајни управник је дужан да се стара и штити имовину стечајног дужника. Такође, стечајни управник у српском праву води послове и заступа стечајног дужника; стара се о завршетку започетих, а незавршених послова стечајног дужника, у циљу остваривања највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.<sup>40</sup>

У вези са поменутиим, постоји чврст разлог зашто је законодавац пропустио да упути стечајног повериоца на арбитражни поступак као испуњење арбитражног споразума, а то је да сматра да *није економично* покретати арбитражни поступак, с обзиром на то да покретање и вођење

---

<sup>37</sup> Уредба бр. 1346/2000 ЕУ о стечајном поступку – Уредба, Службени лист Европске Уније, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000R1346&from=HR>,

<sup>38</sup> М. Станивуковић, 127.

<sup>39</sup> J. Lew, L. Mistelis, S. Kroll, „Comparative International Commercial Arbitration”, Kluwer Law International, Hague 2003, 9; T. J. Stipanovich, 8; R. A. Bales, 1; За Француску детаљније вид. J. Rosell, H. Prager, „International Arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC”, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2001, Volume 18 Issue 4, 423; Г. Кнежевић налази да су, пред професионалности, два критеријума за ефикасност система: време и новац. Г. Кнежевић, „Ефикасност арбитраже и правила о сведочењу и вештачењу: има ли места рационализацији?”, Зборник Правног факултета у Загребу, 63 (3–4), Загреб 2013, 660.

<sup>40</sup> Закон о стечају, чл. 19, ст. 1, чл. 27, ст. 1, т. 1, и 10.

арбитражног поступка по правилу подразумева *високе трошкове*, а једно од начела стечајног поступка, прописано у Закону о стечају, јесте *начело економичности*. Стечајни поступак се спроводи тако да омогући остваривање највеће могуће вредности имовине стечајног дужника и највећег могућег степена намирања поверилаца у што краћем времену и са *што мање трошкова*.<sup>41</sup> Стога, не би могло олако да се узме да је законодавац омашком пропустио да уведе решење да стечајни поверилац покрене арбитражни поступак.

Други евентуални разлог јесте да арбитража није довољно ефикасна, односно да је суд ефикаснији и да брже решава спорове. Ово стога што чл. 117 Закона о стечају упућује на наставак већ покренутог арбитражног поступка, а не на парницу кад је арбитражни поступак покренут, имајући у виду да је у таквом случају предмет вероватно већински расправљен пред арбитражом, те би спор био брже и, *у том случају*, економичније решен.<sup>42</sup> Но, овај разлог може да се елиминише јер је спорно да ли је судско решавање спорова ефикасније од решавање спорова путем арбитраже.

У великом броју држава стечај нема такав утицај на арбитражни споразум да му одузме дејство (Уједињено Краљевство, Немачка, Француска, Швајцарска);<sup>43</sup> у мањем броју земаља отварање стечајног поступка одузима арбитражном споразуму дејство (Пољска), док је треће решење остављено на избор повериоцу да бира између два наведена решења (Италија).<sup>44</sup>

## 6. Да ли стечајни управник може да покрене арбитражни поступак?

Ово питање није ствар субјективног домашаја – *ratione personae* – арбитражног споразума, већ ствар овлашћења стечајног управника;<sup>45</sup> дакле, не ради се о уступању права на вођење арбитражног поступка. Поред тога, оно што је наведено за стечајног повериоца не важи за стечајног управника, с обзиром на то да се *стечајни ујравник* стара о стечајној маси и доноси одлуку шта је у њеном интересу, док стечајни поверилац поступа искључиво у свом интересу. Другим речима, евентуални разлог због којег законодавац није прописао могућност стечајном

<sup>41</sup> Закон о стечају, чл. 5; Упор. S. M. Kroll, 329.

<sup>42</sup> Игнорисање арбитражног поступка у овом случају значи и игнорисање унапред плаћених трошкова.

<sup>43</sup> S. Vorburger, 117–119.

<sup>44</sup> J. Вукадиновић (2016), 238.

<sup>45</sup> S. Nesi, 2693.

повериоцу да покрене арбитражни поступак не може се пренети на стечајног управника, јер једино стечајни управник доноси одлуку да ли је покретање неког поступка или закључивање неког посла у интересу стечајне масе.

С обзиром на то да се сматра да је питање покретања арбитражног поступка ствар овлашћења стечајног управника,<sup>46</sup> чл. 27, ст. 1, т. 17 Закона о стечају предвиђа да је стечајни управник дужан да заступа стечајног дужника, односно стечајну масу у *покрећану и вођењу* судских, управних и *других пословица*. Арбитражни поступак био би сврстан, у том случају, у „друге поступке”, што очигледно јесте, те се у томе проналази изричито дато овлашћење стечајном управнику да покрене и води арбитражни поступак. Наравно, стечајни управник је дужан да заступа стечајног дужника, а није дужан да покрене управо арбитражни поступак, иако постоји арбитражни споразум, јер сигурно је да покретање арбитражног поступка *може бити* (а не мора) у супротности са начелом очувања стечајне масе. Ипак, мора се оставити могућност стечајном управнику да покрене не само парнични, већ и арбитражни поступак на основу закљученог арбитражног споразума пре отварања стечајног поступка. Да ли ће он то урадити, зависиће од његове оцене, узимајући у обзир интересе стечајне масе.

На основу изложеног, стечајни управник има могућност, ако за то постоји основ, да покрене арбитражни поступак.<sup>47</sup> Дакле, постоји могућност покретања арбитражног поступка, али стечајни управник на то није обавезан, иако је претходно закључен арбитражни споразум. На основу оцене да ли је то у интересу стечајне масе, стечајни управник ће донети одлуку о покретању арбитражног или, ипак, парничног поступка. Чак и да законодавац није желео овакво решење (а питање је која му је била намера), оно се чини најбољим јер не дискриминише арбитражни поступак, не игнорише арбитражни споразум и отвара више могућности да се размотри шта је ефикасније и економичније.

## 7. Страна арбитража и стечај

До сада је било речи о домаћој арбитражи и стечају у оквиру Републике Србије. Поставља се питање шта се дешава уколико домаће привредно друштво падне под стечај док траје арбитражни поступак у иностранству.

<sup>46</sup> Упор. S. Vorbürger, 121.

<sup>47</sup> Опширније о проблемима који настају услед недоследности вид. М. Станивковић, 128–129.

Одлука домаће арбитраже аутоматски постаје изједначена по дејству са одлуком домаћег суда. Одлуке страних арбитража немају такво аутоматско дејство, већ, да би биле изједначене са одлукама домаћих суда, морају да прођу поступак признања.<sup>48</sup>

Како су изнети ставови око питања да ли може да се покрене не само парнични, већ и арбитражни поступак након отварања стечаја, не треба правити разлику између таквог упућивања на страну и домаћу арбитражу. Међутим, недоследност у Закону о стечају може бити штетна за страну у арбитражном поступку која није домаће привредно друштво. Ово стога што, ако би се Закон о стечају дословно тумачио, страном привредном друштвом морало би пред домаћим судом да води парнични поступак, а познато је да је једна од предности арбитраже, у контексту међународног пословања, неутралност.<sup>49</sup> С друге стране, оправдано се поставља питање обавезе стране арбитраже да аутоматски прекине поступак услед отварања стечаја над привредним друштвом Републике Србије.<sup>50</sup>

#### а) Случај *Elektrim v Vivendi*

Највеће критике доживели су *Elektrim* случајеви.<sup>51</sup> Споран члан који је довео до сукоба мишљења био је у закону који уређује стечај у држави у којој је стечајни поступак отворен. С обзиром на то да је под стечај

---

<sup>48</sup> А. Daniel, 8; Г. Кнежевић, В. Павић, 32; Упор: G. B. Born, „Part Three: Chapter 12. Validity of International Arbitration Awards”, International Commercial Arbitration: Commentary and Materials, 2nd edition Kluwer Law International 2001, 780-781.

<sup>49</sup> Вид. G. Naegeli, „Chapter III: The Award and the Courts – Bankruptcy and Arbitration-What Should Prevail? The Impact of Bankruptcy on Pending Arbitral Proceedings”, Austrian Yearbook on International Arbitration 2010, 193; Г. Кнежевић, В. Павић, 19. Неки закони захтевају од арбитра независност, док други захтевају непристрасност, а трећи и једно и друго. Вид. Закон о арбитражи, чл. 19, 22 и 23. Како било, пажња се поклања неутралности, без обзира на категорију коју закон помиње. Колико је значајно ово етичко питање говори и постојање етичког кодекса које доносе реномиране институције. Вид. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, 1987, доступно на: [www.trans-lex.org/701100](http://www.trans-lex.org/701100), 10.9.2018.

<sup>50</sup> Више о томе вид. У. Живковић, Ј. Лепетић, 465.

<sup>51</sup> У питању су два спора између француске компаније Vivendi против пољске компаније Elektrim. Један спор био је у вези са извршењем ивенстиционих уговора, док се други односио на споразум о поравнању. Оба уговора садржала су арбитражну клаузулу која је предвиђала надлежност Лондонског међународног арбитражног суда и ad hoc арбитраже уз примену ИСС правила, која ће имати седиште у Женеви. Ови случајеви се односе на ситуацију покретања арбитражног поступка пре отварања стечаја над једном од страна у поступку. D. Draguiev, „The Effect of Insolvency on Pending International Arbitration: What Is and What Should Not Be”, Journal of International Arbitration, Kluwer Law International 2015, Volume 32, 537.

пало пољско привредно друштво, релевантна одредба садржана је у чл. 142 тадашњег текста пољског Закона о стечају и реорганизацији, која је, у преводу, гласила: „свака арбитражна клаузула закључена од стране стечајног дужника губи своје правно дејство од дана када је стечај проглашен, а сви арбитражни поступци који су у току ће бити прекинати”.

Арбитража у Женеви пошла је од права државе седишта арбитраже, *lex arbitri*, те је полазна тачка било међународно приватно право Швајцарске. Како је одредбу чл. 142 пољског Закона о стечају и реорганизацији арбитража квалификовала као ствар парничне способности и субјективне арбитрабилности,<sup>52</sup> то је међународно приватно право Швајцарске такву категорију упућивала на *lex incorporationis*. Тако је арбитража у Женеви констатовала да је стечајни дужник изгубио способност да буде страна у арбитражном поступку, те се огласила ненадлежном.<sup>53</sup>

Арбитража у Женеви није се ослањала на Уредбу, с обзиром на то да она није део швајцарског права. Уместо тога, применила је правила швајцарског међународног приватног права које је упутило на *lex incorporationis*,<sup>54</sup> односно, у овом случају, на пољско право. Савезни врховни суд Швајцарске потврдио је одлуку арбитраже у Женеви.<sup>55</sup> Овакав став претрпео је бројне критике које су упућивале на пуноважност арбитражног споразума, те да је спорна ствар погрешно квалификована.<sup>56</sup>

С друге стране, Лондонски међународни арбитражни суд спорно питање квалификовао је у складу са Уредбом као делом сопственог права, *lex arbitri*.<sup>57</sup> Уредба је прихватила као опште правило тачку везивања *lex fori concursus*. Арбитри су покренути арбитражни поступак квалификовали као поступак у току, а Уредба предвиђа, између осталог, да се наведена тачка везивања примењује на дејство поступка отварања стечаја на поступке који су покренули појединачни повериоци, *изузев њравних захтева који су у шоку*. Чл. 15 Уредбе прописује да се на правне захтеве који су у току, а који се односе на имовину или права дужника

<sup>52</sup> S, Nessi, 2696.

<sup>53</sup> Вид. критику резоновања швајцарског Савезног врховног суда S. Lembo, A. C. Hari, 735–736.

<sup>54</sup> M. Aebi, H. Frey, „Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings – A Special Case Does not Make a General Rule : Note – 31 March 2009 – Swiss Supreme Court”, Kluwer Law International, 2010, Volume 28 Issue 1, 120; S. Lembo, A. C. Hari, 736.

<sup>55</sup> D. Draguiev, 539–540; Decision 4A\_428/2008 of Mar. 31, 2009. Више о ставу Савезног врховног суда Швајцарске вид. M. Aebi, H. Frey, 116–123.

<sup>56</sup> S. Lembo, A. C. Hari, 746–747.

<sup>57</sup> G. Naegeli, 194–195.

примењује *право државе у којој се налази процес* – *lex fori processus*.<sup>58</sup> С обзиром на то да Уредбом није предвиђен прекид арбитражног поступка, арбитражи су наставили и окончали поступак арбитражном одлуком. Енглески суд одбио је захтев за поништај арбитражне одлуке указујући на то да се све ствари у вези са арбитражним поступком сматрају поступцима у току.<sup>59</sup>

Спорно је било, дакле, тумачење чл. 15 Уредбе. Аутори указују, поређења ради, на схватање овог члана од стране Вишег суда Ирске у *Re Flightlease Ireland Ltd.*<sup>60</sup> У питању је било привредно друштво која је пало под стечај у Ирској. С друге стране, француско привредно друштво је у Француској поднело захтев за наплату потраживања против ирског привредног друштва. Питање наставка поступка Виши суд Ирске ценио је, узимајући у обзир међусобну повезаност чл. 4 и чл. 15 Уредбе, према *lex fori concursus*, а не према *lex processus*, као што је то био случај са претходно наведеним случајем Лондонског међународног арбитражног суда.<sup>61</sup>

### III. Утицај прекограничног стечаја на арбитражу

#### 1. Теорије о надлежности у међународном стечајном праву

Теорија међународног стечајног права најпре је изнедрила две теорије: теорију универзалности и теорију територијалности.<sup>62</sup>

Теорија универзалности јесте такав систем међународног стечајног права који искључиву међународну надлежност за спровођење стечајног поступка додељује само суду државе домаћина дужника, односно само суд једне државе одлучује о целокупној имовини државе домаћина стечајног дужника.<sup>63</sup> Суштина овакве теорије јесте да постоји један дужник, једна имовина, један суд и једно право.<sup>64</sup>

<sup>58</sup> D. Draguiev, 537.

<sup>59</sup> D. Draguiev, 537.

<sup>60</sup> *Re Flightlease Ireland Ltd.*, 2005, IЕHC 274, Judgment, 27th day of July, 2005; D. Draguiev, 539.

<sup>61</sup> D. Draguiev, 539.

<sup>62</sup> А. М. Каприс, *Beyond UNCITRAL: Alternatives to Universality in Transnational Insolvency*, 2006, 5, доступно на: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=913844](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=913844), 11.09.2018; М. Јовановић-Zatilla, „Улога арбитраже у решавању стечајних спорова”, *Арбитража*, бр. 5/2008, Београд 2008, 37–38.

<sup>63</sup> B. Wessels, *International Insolvency Law*, Kluwer, Deventer 2006, 6.

<sup>64</sup> Вид. В. Радовић (2017б), 418.

Теорија територијалности заступа другу крајност, те подразумева да се покреће више стечајних поступака у више држава. Прецизније, територијалност у овом случају значи да се стечајни поступак води у оквиру граница једне државе само над имовином која се у тој држави налази. Суштина ове теорије јесте да постоји један дужник, више судова, више поступака и више права.<sup>65</sup>

Како су ово теорије које представљају две крајности и једна друга искључују, данас је реткост да неко заступа једну или другу, већ се аутори опредељују за прелазно или компромисно решење.<sup>66</sup>

## 2. Меродавно право

Како је у питању стечајни поступак са елементом иностраности, основно питање које се поставља јесте које је право меродавно у том случају, односно које колизионо правило важи за стечајни поступак са елементом иностраности.

С обзиром на начелну неутралност арбитраже, није ретко да се, у случају кад уговорне стране припадају различитим државама, уговори арбитража у трећој држави.<sup>67</sup> Обично се оптира између чувених локација арбитраже, као што су Лондон, Париз, Женева, итд.<sup>68</sup> Када се над једном од страна у арбитражном поступку отвори стечај, арбитражни трибунал треба да одлучи који је следећи корак у том случају. Свакако да би одбијање спровођења арбитражног поступка на међународном нивоу оштетило језгро међународне трговине, те не би смело да се поставља питање утицаја стечаја на арбитражни поступак.<sup>69</sup> Ово стога што арбитража може имати седиште у држави у којој важе различита правила од правила државе отварања стечајног поступка.<sup>70</sup> Тачка везивања која је општеприхваћена у међународном стечајном праву јесте – *lex fori concursus*.<sup>71</sup> Другим речима, на стечајни поступак и његова дејства примењује се право државе у којој је покренут стечајни поступак.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> В. Радовић (2017б), 432.

<sup>66</sup> В. Радовић, *Стечајно право – друга књига*, Београд 2017, 417.

<sup>67</sup> G. Naegeli, 193.

<sup>68</sup> D. Draguiev, 512.

<sup>69</sup> J. Rosell, H. Prager, 421; Вид. одлуку U.S. Supreme Court, Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506 (1974), доступно на: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/417/506.html>, 11. 09. 2018.

<sup>70</sup> Вид. Г. Кнежевић, В. Павић, 142.

<sup>71</sup> D. Draguiev, 514.

<sup>72</sup> Закон о стечају, чл. 175, ст. 1.

Такође, ова тачка везивања примењује се и на главни и на територијални стечајни поступак.<sup>73</sup> Примена права државе отварања стечаја односи се само на супстанцијална правила, односно *lex fori concursus* не упућује на целокупно право државе отварања стечаја, те искључује примену *renvoi*. Наш Закон о стечају није се уплитао у дефинисање обухвата правила *lex fori concursus*. У чл. 175. ст. 1 прописано је да се на *стечајни поступак и његова дејства* примењује право државе у којој је стечајни поступак покренут.<sup>74</sup> Таква одредба обухвата, водећи се идентичном начелном дефинисању у Уредби и новој Уредби ЕУ о стечајном поступку од 2015. године,<sup>75</sup> (које су отишле корак даље и конкретизовале шта се сматра под појмом „стечајни поступак и његова дејства”): – претходни стечајни поступак; – отварање стечајног поступка; – спровођење стечајног поступка; – окончање стечајног поступка; – последице отварања стечајног поступка (материјалне и процесне).<sup>76</sup>

С обзиром на то да су стечајни спорови обухваћени императивним правилима која најчешће чине део домаћег јавног поретка, поставља се питање, у случају међународног стечаја, да ли су арбитри везани таквим императивним нормама државе седишта арбитраже, или су само везани правилима међународног јавног поретка?<sup>77</sup> У пракси се арбитрабилност спорова обично одређује према праву државе седишта арбитраже или према праву државе извршења арбитражне одлуке.<sup>78</sup> Како се овде разматра ситуација када се *lex loci arbitri* не подудара са *lex fori concursus*, то је релевантан само случај у коме су држава седишта арбитраже и држава отварања стечајног поступка различите. Значајан допринос хармонизацији правила међународног стечаја дале су горенаведене Уредбе ЕУ о стечајном поступку и *UNCITRAL* Модел закон о прекограничном стечају.<sup>79</sup> Њима се уређује признавање последица отварања стечајног поступка на територији једне државе од стране друге државе,

<sup>73</sup> N. Segal, „The Choice of Law Provisions in The European Union Convention on Insolvency Proceedings”, *Brooklyn Journal of International Law*, 23/1997, 59; В. Радовић (2017а), 494.

<sup>74</sup> За изузетке вид. В. Радовић (2017б), 505–506.

<sup>75</sup> Уредба бр. 2015/848 о стечајном поступку, Службени лист Европске Уније, чл. 7, ст. 2, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>.

<sup>76</sup> В. Радовић (2017б), 494.

<sup>77</sup> Ј. Вукадиновић (2016), 250.

<sup>78</sup> Ј. Вукадиновић (2016), 250.

<sup>79</sup> *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 1997, доступно на: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>, 10.09.2018.



а последице стечајног поступка отвореног над дужником у једној држави шире се на његову имовину где год да се она налазила.<sup>80</sup>

Свакако би најбољи одговор на овакве проблеме била униформна правила (међународног) стечаја у погледу колизионих норми. Правни субјекти бирају арбитражу због бројних њених предности. Пре свега, у међународном пословном свету важно је одабрати непристрасан и неутралан трибунал који ће потпуно независно од државних стега донети одлуку и тиме задовољити захтеве заинтересованих страна. Међутим, не сме се створити слика о арбитражи као усамљеном острву одвојеном од националног правног система.<sup>81</sup> Такође, униформност правила од круцијалног значаја је за правну сигурност. У вези с тим, може бити учињена велика и ненадокнадива штета у случају да арбитражна одлука буде поништена или непризната.

#### IV. Закључци

Из извршене анализе произлази неколико закључака. Прво, стечајни дужник задржава способност да уговори арбитражу и да буде страна у арбитражном поступку. Даље, поставило се питање да ли је творац измена Закона о стечају од 2017. године с намером изоставио покретање арбитражног поступка као могуће решење након отварања стечајног поступка. Као други закључак, кад је у питању стечајни поверилац, са јаким аргументима могу се бранити оба става – и да је законодавац то учинио с намером, као и да је у питању омашка. Међутим, на основу извршене анализе, закључено је да је изричито прописана могућност за стечајног управника да покрене арбитражни поступак; арбитражни споразум не би *обавезивао* стечајног управника на покретање арбитражног поступка, већ би му та могућност била отворена у случају да оцени да је то у интересу стечајне масе. Треће, како међународни стечај представља комплексан проблем у правној доктрини и пракси, што се види и из случајеве који су изазвали озбиљну критику, указано је на значај стварања униформних колизионих правила у тој области за правну сигурност.

---

<sup>80</sup> J. Вукадиновић (2016), 251.

<sup>81</sup> D. Draguiev, 542.

Stefan Petrović  
student at master studies,  
Faculty of Law, University of Belgrade

(IN)EQUALITY OF ARBITRATION AND LITIGATION IN SERBIAN  
BANKRUPTCY ACT

**Summary**

The Bankruptcy Act before amendment adopted in 2017 did not recognize the concept of arbitration. The consequences of the opening of the bankruptcy procedure to the pending arbitration and the arbitration agreement were interpreted with analogy in order to equalize arbitration procedure with civil procedure. The current text of the Bankruptcy Act contains a series of inconsistencies, so it is problematic what the legislator's intention is. Is it a purposeful solution that only provides the possibility of referring to the continuation of an interrupted arbitration procedure, and not the possibility of initiating an arbitration procedure on the basis of a previously concluded arbitration agreement? In the paper the author examines the provisions of the Bankruptcy Act that refer – directly or indirectly – to arbitration, and, on the basis of the analysis, considers and argues the position in regard the possibility of initiating arbitration proceedings. The author makes a brief review of the cross-border bankruptcy and the issues it carries with regard to arbitration, and proposes and reiterates the importance of the uniformity of the choice-of-law rules in that field.

**Key words:** bankruptcy proceeding, arbitration, termination of proceeding, initiation of proceeding, cross-border bankruptcy

UDK 347.74:336.71(497.11)  
COBISS.SR-ID 269339660

*Ивана Тојалов Пауновић*

адвокат из Београда

## УГОВОР О ФАКТОРИНГУ У СРБИЈИ

### Сажетак

У приказу се предочавају основне особености уговора о факторингу, те се прави поређење овог посла и уговора, према законском уређењу у Србији, са решењима из упоредног права. Указује се на одступања у српском праву од концепта факторинга развијеног у уговорној и судској пракси у другим земљама.

**Кључне речи:** факторинг, потраживање, цесија, уступилац, фактор, дужник, поверилац

### І. Увод

Повећане тешкоће у наплати потраживања из пословних доноса у свету (чести стечајеви, закашњења у плаћању мере се месецима чак и у земљама за које је важило да имају узорну финансијску дисциплину) и низ других разлога довели су до замаху послова факторинга.<sup>1</sup> И у нас

---

<sup>1</sup> Реч факторинг потиче из енглеског језика и означава посредника, комисионара (мада има и тумачења да се реч факторинг изводи из латинског језика – *facere* у смислу радити, чинити). У пословној пракси се овај страни термин користи, јер у другим језицима, па ни у српском, није пронађена одговарајућа реч за означавање односа који се у послу факторинга стварају.

се оснивају друштва за пружање факторинг услуга (са домаћим и страним капиталом), која, у условима домаћег девизног и спољнотрговинског режима, те рачуноводственог оквира, развијају интересантну уговорну праксу.

Уговор о факторингу у свету, по правилу, није уређен прописима;<sup>2</sup> овај уговор не спада у тзв. именоване уговоре привредног права, већ живи у пословној пракси и плод је аутономног привредног права. У општим условима уговора, типским и формуларним уговорима факторинг друштава, те у тумачењима изграђеним у упоредној судској пракси, као и у схватањима доктрине, могу се пронаћи елементи за одређивање појма уговора о факторингу, те за уређење односа страна у послу. И на међународном плану је дошло до уређивања посла факторинга.<sup>3</sup>

У Србији је посао односно уговор о факторингу уређен посебним законом.<sup>4</sup> Дефиниција посла факторинга односно елемената уговора који га правно уоквирује у овом закону не одудара много од онога што је познато у међународној пракси. Међутим, извесне разлике у односу на упоредно право односно посебности уговора о факторингу, како је он одређен у праву Србије, потребно је познавати, како би се избегли неспоразуми код конкретног правног уобличавања ових послова.

## II. Дефиниција уговора о факторингу

Има више врста посла и уговора о факторингу (у зависности од елемената посла, односно од тога ком се елементу даје превага или који се дефиницијом посебно истиче). Тако, постоје домаћи и међународни факторинг, а подела се врши према томе да ли је предмет факторинга продаја потраживања насталог продајом робе или пружањем услуга између домаћих лица на унутрашњем тржишту или је у питање потраживање настало у спољнотрговинском промету.<sup>5</sup> Факторинг се,

---

<sup>2</sup> У Европи само неколико земаља има посебне прописе којима уређују посао факторинга (Турска, Португал, Италија, Француска, Грчка).

<sup>3</sup> Донета је 1988. *UNIDROIT* Конвенција о међународном факторингу (ступила на снагу). Постоји и УН Конвенција о преносу потраживања у међународној трговини из 2004 (није ступила на снагу).

<sup>4</sup> Закон о факторингу, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013, 30/2018.

<sup>5</sup> Закон о факторингу, чл. 11. ст. 1, чл. 12. и 13 (међународни факторинг се у пракси још назива и извозним факторингом). Закон прецизира да факторинг без регреса подразумева да је фактор преузео ризик наплате потраживања на себе, те да тај ризик обухвата и неспособности плаћања од стране дужника, а да факторинг са регресом подразумева да уступилац одговара фактору за наплативост потраживања на дан доспелости тог потраживања.

према томе да ли фактор преузима ризик наплате потраживања од дужника, дели на факторинг са регресом и факторинг без регреса односно факторинг са гаранцијом наплате.<sup>6</sup> Према обиму обавезе фактора, постоји факторинг са услугама и факторинг са услугама и финансирањем, а пракса је развила још неке модалитете овог посла и уговора. Посебан облик факторинга је тзв. обрнути факторинг, који се уговара између фактора и дужника из уговора о продаји робе или пружању услуга у земљи и иностранству, где фактор, преузимањем фактура од дужника, преузима његову обавезу плаћања према повериоцима, а стиче право наплате од дужника у року из уговора о продаји робе или пружању услуга.<sup>7</sup>

Полазећи од могућих модалитета посла факторинга, у пракси је створена дефиниција која садржи минимум заједничких именитеља највећег броја уговорних варијанти: уговором о факторингу једна страна (клијент, уступилац) обавезује се да на другу страну (фактора) пренесе постојећа или будућа потраживања из уговора о продаји робе односно вршењу услуга, закљученим између клијента и његових купаца односно корисника услуга (дужника), а фактор се обавезује да та потраживања наплати у своје име и за свој рачун, а клијенту одмах исплати противвредност потраживања и, под извесним условима, гарантује наплату, а клијент се обавезује да за то фактору плати накнаду.

Закон о факторингу овај посао (па и уговор) дефинише нешто уже – то је финансијска услуга купопродаје постојећег недospelог или будућег краткорочног новчаног потраживања, насталог на основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.<sup>8</sup>

### III. Дејства уговора и битни елементи уговора о факторингу

#### 1. Предмет уговора

Основне функције фактора у факторинг послу могу бити груписане на више начина и обухватати више обавеза фактора.

Најпре, фактор наплаћује потраживања која му је пренео клијент. Ова услуга представља карактеристичну престацију уговора о факто-

<sup>6</sup> Закон о факторингу, чл. 11. ст.2. и чл. 15, 16. и 17. Уколико није могуће утврдити који је од два облика факторинга уговорен, сматра се, према изричитој законској одредби, да је уговорен факторинг са регресом. У међународној пракси се факторинг са гаранцијом наплате назива *del credere* факторингом.

<sup>7</sup> Закон о факторингу, члан 18.

<sup>8</sup> Закон о факторингу, чл. 2. ст. 1 тач. 1.

рингу (она разликује посао и уговор од других, у појединим елементима сличних трансакција и њиховог уговорног оквира).<sup>9</sup> Клијент је дужан да сва или одређена потраживања пренесе на фактора. Ова обавеза се извршава тако што клијент периодично доставља фактору фактуре испостављене по уговорима о продаји односно о пружању услуга са пратећом документацијом (о извршеној испоруци, осигурању, царинењу, итд.); на њима треба да стоји клаузула о преносу потраживања на фактора (о цесији). Фактор даље обавља све правне и фактичке радње у вези са наплатом потраживања.

Друга функција фактора је вођење рачуна (књиговодства) за клијента у вези са пренетим потраживањима. Фактор начелно води рачуне клијента и комплетно књиговодство, води потребне евиденције и статистике (по дужницима, земљама, пословима). Фактор редовно обавештава клијента о стању на његовим рачунима. Врло често фактор пружа и низ других услуга – на пример, у вези са девизним, спољнотрговинским и царинским поступцима, пореским обавезама, али и испитивањем тржишта, те обезбеђује података од значаја за планирање продаје, испитује бонитет дужника и врши и друге послове за уступиоца.

Финансирање клијента редовно се предвиђа уговором о факторингу као обавеза фактора (у смислу да клијент може наплаћивати односно повлачити изванст проценат вредности пренетих потраживања у моменту преноса потраживања, без обзира што та потраживања према дужнику још нису доспела). За финансирање путем факторинга треба да постоји временска разлика између дана када фактор даје одређена средства клијенту и дана када дужник плати потраживање фактору. Постоје два начина финансирања: финансирање предујмом (авансом) и финансирање дисконтом. У поступку финансирања путем аванса, клијент мора да докаже да је отпремио робу купцу односно извршио услугу, а потом му фактор уплаћује аванс у одређеном проценту од номиналног износа пренетог потраживања. Исплата преосталог износа потраживања се врши када се више не може од дужника очекивати никакав приговор због мана робе или други приговори у односу на потраживање, односно када дужник плати дуг. Овај метод значи да се сва потраживања пренета фактору исплаћују клијенту у пуном износу.

---

<sup>9</sup> Факторинг има сличности, али се и разликује од уговора о комисиону, уговора о заступању, уговора о кредиту. Закон о факторингу подвлачи да се уговор о факторингу не сматра уговором о кредиту или зајму (чл. 19. ст. 3). Факторинг има сличности и са форфетингом (продаја потраживања из хартија од вредности), те тзв. секјуритизацијом (продаја потраживања чија је наплата извесна, али која нису утржива пре рока доспећа, па се на основу њих издају хартије од вредности које су утрживе).

Код дисконтног поступка износи клијентових потраживања према дужнику постају за клијента одмах доспели, тј даном када је потраживање пренето на фактора. Овде нема аванса, већ фактор одмах плаћа цело потраживање, али истовремено одбија паушалне износе као што су трошкови камате, дисконта, накнаде за *del credere* ризик, управљање потраживањем итд. Разлика у односу на авансирање је у томе што се код дисконтног метода потраживање у односима клијента и фактора одмах доспева и плаћа (уз дисконт), а код аванса исплата доспева тек када дужник плати дуг (с тим што је део износа потраживања плаћен клијенту од стране фактора унапред, као аванс). Код факторинга без регреса практично се увек ради о другом облику финансирања, јер је фактор преузео ризик наплате од дужника, те нема смисла да се део исплате (онај износ који би прелази износ аванса) задржава док дужник не плати свој дуг.

Општи услови факторинг друштава по правилу врло детаљно регулишу услове важења њихове гаранције и изричито набрајају случајеве када се искључује одговорност фактора. Најчешће су то случајеви који потичу из односа клијента и дужника (ако дужник одбије да плати због непостојања потраживања, неизвршавања или неуредног извршења обавезе од стране клијента, постојање неког разлога гашења обавезе дужника према клијенту). Ако је испорука извршена дужнику који је пао под стечај, а клијент је то знао у моменту испоруке, или ако плаћање није могуће због тога што дужник није поштовао девизне, царинске или друге прописе који се односе на увоз/извоз, гаранција фактора се, такође, искључује. Као разлози непостојања гаранције фактора наводе се и тзв. политички односно некомерцијални ризици (неплаћање услед рата, законског мораторијума на плаћања и др.) као разлог неплаћања дужника.

Предмет уговора, према томе, зависи од тога које функције фактора улазе у појам конкретног посла. Тако је потребно да уговором буду одређене услуге фактора (врсте услуга, њихова комбинација). Одређивање предмета уговора значи, исто тако, да се мора одредити и поље примене уговора (врсте и карактер потраживања која се преносе на фактора и која фактор наплаћује). Највећи део одредби уговора односи се управо на права и обавезе фактора и испоручиоца у вези са преносом потраживања путем уговора о факторингу и ефектима преноса према дужнику односно трећим лицима. У нас се потраживања преносе тзв. грађанско-правном цесијом (ово је решење у већини грађанских односно облигационих закона). Уговорне стране могу предвидети да се преносе тачно одређена потраживања (специфицирана), али се може уговорити и тзв. глобална цесија (пренос свих потраживања клијента). Могу

се преносити постојећа, доспела и недоспела, као и будућа потраживања. У начелу, могу се, према упоредној судској пракси и ставовима науке, преносити недоспела, условна и будућа потраживања. Основно је да потраживање удовољава општим претпоставкама о одређености или одредивости потраживања. У моменту уступања довољно је да се може претпоставити вероватност настанка будућег потраживања. Ако потраживање не настане, уступање не производи никакав правни учинак, а ако настане, цесионар је дужан да га прихвати с онаквим садржајем какав је оно имало у часу настанка. Чак има и схватања у упоредном праву да у моменту уступања није потребно да будући дужник буде тачно означен. Исто тако, могу се уступати потраживања из било ког облигационог односа (с тим што је у пракси најчешће у питању пренос потраживања из уговора о продаји робе односно о вршењу услуга).

До законског регулисања посла факторинга код нас било је спорно да ли се могу преносити и будућа потраживања. Сада Закон о факторингу дозвољава и овакву могућност, с тим што је предмет факторинга нешто уже дефинисан у односу на упоредно право. Може се у факторинг послу преносити постојеће недоспело или будуће потраживање, али потраживање мора да је краткорочно (потраживање које доспева на наплату у року до годину дана), те да потиче само из уговора о продаји робе или пружања услуга (а не и из других основа),<sup>10</sup> што је уже одређење од онога како је овај посао односно уговор познат у упоредном праву.<sup>11</sup> Закон прецизира да предмет факторинга може бити и свако постојеће недоспело или будуће краткорочно потраживање правног лица и предузетника по основу уговора о продаји робе или пружању услуга са корисником буџетских средстава (Републике, покрајине или јединица локалне самоуправе) као и корисником средстава организација за обавезно социјално осигурање,<sup>12</sup> те да предмет факторинга не може бити „потраживање настало по основу продаје робе или пружања услуга за личне, породичне или потребе домаћинства”.<sup>13</sup> Закон предвиђа и да уговор „чији предмет није дефинисан у складу са овим законом, не сматра се уговором о факторингу...”<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Закон о факторингу, чл. 2. ст. 1. тач. 2. и 3.

<sup>11</sup> У нацрту Грађанског законика предвиђено је да се могу преносити путем факторинга и доспела потраживања.

<sup>12</sup> Закон о факторингу, чл. 2. ст. 2.

<sup>13</sup> Закон о факторингу, чл. 4. Треба напоменути да у пракси може доћи до проблема у реализацији посла факторинга с обзиром на ограничења уведена Законом од роковима измирења новчаних обавеза из комерцијалних трансакција, *Сл. гласник РС*, бр. 114/2012.

<sup>14</sup> Закон о факторингу, чл. 19. ст. 2.



Са преносом главног потраживања преносе се и споредна права везана за потраживање (право на камату, право првенства наплате, права из уговора са јемцем, хипотека, залога).<sup>15</sup>

За пуноважност преноса потраживања у српском праву није потребна сагласност дужника, али је потребно да дужник о преносу буде обавештен, осим ако странке нису нешто друго уговориле.<sup>16</sup> Питање је да ли је пренос пуноважан ако је уговором испоручиоца и дужника овај пренос забрањен, односно да ли цесија има или нема учинак према дужнику ако су дужник и поверилац (клијент у послу факторинга) претходно уговорили забрану преноса. Српско право познаје две могућности забране преноса потраживања: апсолутну забрану, којом се уступање потраживања сасвим искључује, те релативну забрану, која постоји када ранији поверилац и дужник уговоре да тај поверилац може потраживање уступити, али само ако дужник да своје одобрење.<sup>17</sup> Забраном уступања потраживања блокира се могућност уговарања факторинга. У упоредном праву важи правило да цесија потраживања чији је пренос забрањен уговором повериоца и дужника не би производила правне учинке према дужнику. Међутим, Законом о факторингу изричито је предвиђено да забрана продаје потраживања, садржана у уговору између уступиоца и дужника, нема правног дејства на продају потраживања од стране уступиоца фактору.<sup>18</sup>

Када је финансирање испоручиоца елеменат уговора, уговором се морају прецизирати услови финансирања.

У упоредном праву се, поред наведених (обавеза обавештавања дужника), предвиђа више других обавеза уступиоца. У Србији, уступилац најпре гарантује фактору за основаност и вредност потраживања која су предмет уговора.<sup>19</sup> Затим, уступилац гарантује фактору да су продата потраживања ослобођена залог, приговора, терета и осталих права трећих лица, односно да су неспорна (осим ако није друкчије уговорено).<sup>20</sup> У случају када су продата потраживања оптерећена или на било

<sup>15</sup> Ово решење није садржано у Закону о факторингу, али се налази у нацрту Грађанског законика, што је усклађено и са постојећим решењем из Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 437. ст. 1.

<sup>16</sup> Закон о облигационим односима, чл. 438. ст. 1. Ово основно правило потврђено је и Законом о факторингу који предвиђа дужност уступиоца да обавести дужника о продаји потраживања фактору (чл. 24. ст. 1. тач. 2, чл. 24. и 25).

<sup>17</sup> Закон о облигационим односима, чл. 436. ст. 2.

<sup>18</sup> Закон о факторингу, чл. 30.

<sup>19</sup> Закон о факторингу, чл. 29 ст.1.

<sup>20</sup> Закон о факторингу, чл. 29 ст. 2.

који начин оспорена од стране дужника или трећих лица (а уговором није искључена гаранција уступиоца), фактор има право регреса од уступиоца и у случају када је уговорен факторинг без регреса.<sup>21</sup> Српски Закон о факторингу садржи и једну интересантну одредбу – наиме, Закон предвиђа да су уговори о факторингу једног уступиоца са различитим факторима који за предмет имају исто потраживање забрањени, односно да је сваки евентуално накнадно закључени уговор ништав.<sup>22</sup>

## 2. Накнада фактору

Накнада фактора је битан елеменат уговора (висина, начин одређивања, начин плаћања). Она је, по правилу, садржана у дисконту, код дисконтног поступка финансирања клијента. Наиме, фактор је дужан да уступиоцу плати цену за потраживање које му је овај продао. Мотив фактора за уговор о факторингу налази се у дисконту (купује потраживање по цени мањој од номиналне цене, а очекује плаћање од стране дужника у пуном износу, а понекад купљено потраживање даље продаје, уз мањи дисконт од онога по коме га је купио).

## 3. Трајање уговора

Трајање уговора може да буде такође одређено. Постоје уговори на одређено и неодређено време, са разним уговорним варијантама (на пример, код уговора на одређено времена аутоматско продужење на одређени даљи рок ако ни једна страна не раскине уговор у одређеном року пре истека првобитног периода).

Закон о факторингу предвиђа да уговор о факторингу престаје да важи истеком рока на који је закључен (претпоставља се да је уговор закључен на одређени рок; ако уговор није закључен на одређени рок, Закон предвиђа да уговор не може престати пре него што сва продата потраживања не буду наплаћена „или регресирани од стране уступиоца“.<sup>23</sup>

## 4. Уговорне стране

Особености посла факторинга у Србији огледају се и у одређивању круга лица која могу да обављају послове факторинга. Стране у послу факторинга су уступилац (који продаје потраживање) и фактор (који

<sup>21</sup> Закон о факторингу, чл. 29 ст. 3.

<sup>22</sup> Закон о факторингу, чл. 22.

<sup>23</sup> Закон о факторингу, чл. 21.

купује потраживање од уступеоца); учесник посла је и дужник. Уступилац може бити банка, привредно друштво и предузетник (са седиштем у Србији) односно таква лица са седиштем у иностранству, регистрована у складу са домицилним прописима. Фактор може бити банка и привредно друштво (акционарско друштво и друштво са ограниченом одговорношћу, са капиталом од преко 40 милиона динара) са седиштем у Републици Србији које има одобрење Министарства финансија за обављање послова факторинга.<sup>24</sup> Фактор може бити и страна банка или привредно друштво, али само у међународном факторингу. Фактор може обављати само делатност факторинга (и повезане послове).

#### IV. Форма и садржина уговора о факторингу

Уговор о факторингу се, у пракси, због потребе да се прецизно уреде сложени односи страна, увек закључује у писаној форми. У Србији је и прописано да уговор мора бити у писаној форми.<sup>25</sup>

Како је наведено, садржина уговора о факторингу зависи од предмета посла односно од садржине обавеза фактора, од врсте потраживања која се преносе са уступеоца на фактора, те од начина и услова плаћања за пренета потраживања од стране фактора уступеоцу. Закон о факторингу прописује и шта уговор о факторингу „нарочито” мора да садржи.<sup>26</sup> Поред тога, Закон прописује да уговори у међународном факторингу (када у послу учествују фактор из Србије и фактор из иностранства – у тзв. двофакторском систему) морају да буду засновани на „међународно признатом и прихваћеном правном и техничком оквиру који су развила међународна удружења”.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Закон о факторингу, чл. 5, 6. и 7.

<sup>25</sup> Закон о факторингу, чл. 19. ст. 1. Закон посебно наглашава да уговор може бити закључен и у електронској форми. За обављање послова факторинга без закљученог уговора Закон предвиђа и новчане казне (чл. 34. и 35).

<sup>26</sup> У чл. 20. Закон о факторингу одређује да уговор о факторингу треба да садржи следеће: – податке о уговорним странама, – податке о врсти факторинга, – основ потраживања које се преноси и податке о потраживању, – износ, начин обрачуна и исплате уступљеног потраживања, – износ, начин обрачуна и исплате накнаде фактору, – право фактора на камату и друге трошкове, – датум закључења уговора, те – потписе странака.

<sup>27</sup> Закон о факторингу, чл. 13. ст. 2. тач. 2 и чл. 20. ст. 2. тач. 1. Закон и наводи да су та међународна удружења „нарочито” *Factors Chain International* и *International Factors Group*.

## V. Правна природа уговора о факторингу

У погледу правне природе уговора о факторингу постоји мишљење да није у питању уговор о преносу конкретног потраживања са клијента на фактора, већ да се заправо ради о предуговору на основу кога настаје обавеза склапања главних уговора који су самостални (а за њихово склапање је потребна посебна изјава воље). Сматра се да је потребно да стране склопе главне уговоре тек пошто се испитају платежне могућности дужника; ако фактор утврди да му одговара способност дужника да испуни обавезе, он закључује са клијентом главне уговоре. Када стране испитају платежне могућности дужника, закључују главне уговоре. Ови главни уговори су, заправо, уговори о купопродаји потраживања по којима фактор има обавезу да исплати цене, а пренос потраживања је чин испуњења уговора о продаји.

Има и мишљења које не прихвата ову конструкцију о уговору о факторингу као предуговору (и низу главних уговора), већ које истиче да је у питању уговор са условом, или уговор са опцијом, те да је у питању оквирни уговор, којим се фактор обавезује да ће у дужем временском периоду, који је одређен уговором, откупљивати сва потраживања уступиоца, а уступилац се обавезује да ће у том периоду сва своја потраживања нудити фактору (уговором се предвиђа обим потраживања који је фактор дужан да откупи и укупан износ по сваком појединачном откупу). Но, по Закону о факторингу, ова карактеристика факторинг посла се не истиче, већ факторинг посао може за предмет да има и појединачно потраживање.

У погледу правне природе факторинга срећу се и ставови да је у питању мешовити уговор, са елементима више правних послова, с тим да се у свим случајевима у уговору срећу уступање потраживања и купопродаја (ови ставови су, дакле, вероватно засновани на чињеници да факторинг има сличности, па и додирних елемената, са више других правних трансакција).

## VI. Закључак

Уговор о факторингу у праву Србије уређен је посебним законом. Основне поставке законског правног оквира усаглашене су са уговорном праксом у упоредном праву, као и са решењима о уступању потраживања из Закона о облигационим односима. Међутим, законска решења у неким елементима одступају и од упоредно-правних поставки, као и од познатих одредби Закона о облигационим односима. Отуда је

нужно познавати ове особености законског уређења посла и уговора о факторингу у Србији да би правни послови у области факторинга домаћих субјеката могли ваљано да буду уоквирени уговорима.

Ivana Topalov Paunović  
attorney at law in Belgrade

#### FACTORING CONTRACT IN SERBIA

#### Summary

In article the main characteristics of factoring contract are presented. The factoring transactions, as framed by the law in Serbia, are compared with the solutions developed in comparative law. The differences of legal framework for factoring in Serbia in comparison with concept of factoring in contractual and court practice in other countries are analyzed.

**Key words:** factoring, receivables, assignment, factor, client, seller, assignor, debtor.



UDK 343.11(497.11)(049.32)  
COBISS.SR-ID 269341196

*Др Вељко Делибашић*  
адвокат из Београда<sup>1</sup>

## КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ ПОЛОЖАЈ ОШТЕЋЕНОГ У КРИВИЧНИМ ПОСТУПЦИМА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА СА ЕЛЕМЕНТОМ НАСИЉА

Приказ мастер рада адвоката Тијане Костић

### І. Увод

На Правном факултету Универзитета у Београду, 4. септембра 2018. мастер права Тијана Костић, адвокат из Београда, одбранила је мастер рад на тему „Кривичнопроцесни положај оштећеног у кривичним поступцима за кривична дела са елементом насиља”. У складу с темом, у раду је посебна пажња посвећена положају оштећеног у кривичним поступцима који се воде због извршених кривичних дела са елементом насиља. Ова кривична дела у данашње време изазивају велику пажњу јавности, посебно када су жене, деца и друга лица која припадају рањивим групама, њихове жртве, па је ова тема важна из разлога што

---

<sup>1</sup> Научни сарадник, veljkodelibasic@mts.rs +381 64 1100 761

учешће оштећеног у поступку најчешће ствара потребу за његовом појачаном заштитом, која при томе не сме нарушити баланс између његове заштите као жртве и права одбране на правично суђење.

Велика је несразмера између наших потреба за научном и стручном обрадом проблематике о којој сам наслов рада говори и онога што је до сада од стране наших аутора објављено. Неке систематске радове, посебно у складу са ситуацијом која је у већој мери подложна променама како на легислативном плану, тако и у погледу фактичког стања, можемо на прсте набројати. Зато је права драгоценост појава оваквог мастер рада који представља дело једног изврсног практичара. Тако је овим радом учињен крупан корак у попуњавању празнине у нашој стручној литератури, која се с обзиром на веома наглашен значај материје заиста ничим не може правдати.

У раду су коришћени правнодогматски, компаративни, статистички, социолошки, логички и историјски метод, као и метод *case study* (анализа случаја), анализа и синтеза. При томе је на адекватан начин обрађена како домаћа тако и страна литература. Рад обилује сјајним запажањима, при чему се указује на проблеме који постоје у пракси, грешке које судови, али и тужилаштво и полиција, по правилу, чине на штету оштећених, као и на грешке законодавца, уз сугестије како би то могло да се исправи. Начин на који је Тијана Костић написала, а затим и одбранила мастер рад, као и спорна питања на која је указала уз специфичне ставове које је заузела, захтева и оправдава да се њеном мастер раду посвети одговарајућа пажња, па се из тог разлога и даје овај приказ, у коме ће се кратко указати на најважнија питања која су у раду обрађена.

## II. Садржина мастер рада

Рад је подељен на седам делова. Након уводног излагања, ауторка се конкретније посветила овој комплексној теми, не пропуштајући заиста ниједан важан аспект и дајући простор свакоме, сразмерно свом значају.

### 1. Анализа појмова коришћених у законодавству

Први део рада се односи на употребу и разлику појмова „оштећени” и „жртва” у кривичном законодавству Србије, при чему се заузима став да није неопходно, поред појма оштећени, уводити у кривично процесно право и појам жртве. Поред тога, у овом делу рада се указује на недостатак критеријума за ближе одређивање појма „насиље” у кривично-правном смислу, а самим тим и групе кривичних дела са елементом



насиља, чије извршење је према Законнику о кривичном поступку један од могућих-потребних услова за одређивање притвора према окривљеном. Овде се скреће пажња и на чињеницу да ова кривична дела могу бити различито груписана сходно дефинисању самог појма насиља. Како насиље као елемент кривичних дела може бити испољен у више облика, и то било као радња извршења кривичног дела, што је најчешће случај, или као његова последица, односно начин извршења, ауторка сматра да се основано може рећи да сва ова кривична дела припадају групи кривичних дела са елементом насиља. Иако је насиље један, могући али не и обавезни, елемент кривичног дела, па је због тога исправно користити овај термин у једнини, у овом делу рада се даје објашњење због чега је понекад оправдано говорити о кривичном делу са елементима насиља, односно употребити овај термин у множини.

## *2. Приказ процесне улоге оштећеног*

Други део рада односи се на процесне улоге оштећеног, које он као жртва кривичног дела са елементом насиља може имати у кривичном поступку. Оштећени овим кривичним делима је најчешће споредни кривичнопроцесни субјект у поступку. Ипак, он може имати и својство странке у случају преузимања кривичног гоњења од јавног тужиоца након његовог одустанка од оптужбе после потврђивања оптужнице, као и у скраћеном поступку, за основни облик кривичног дела лаке телесне повреде, који он покреће подношењем приватне кривичне тужбе. С тим у вези, ауторка упозорава да се у оним случајевима када оштећени нема право да захтева постављање пуномоћника по службеној дужности, као и када се води скраћени поступак по приватној тужби, оштећени који нема могућности да ангажује пуномоћника, налази у неравноправном положају у односу на окривљеног који има браниоца. Управо из овог разлога, ауторка сматра да би требало, бар када је у питању оштећени који је постао супсидијарни тужилац у поступку, прописати обавезу органа поступка да му постави пуномоћника по службеној дужности, уколико сам не ангажује адвоката.

## *3. Ставови о правима оштећеног у поступку*

У трећем делу рада посебно су обрађена права оштећеног у поступку. С тим у вези, заузима се став да, сходно његовој процесној улози, оштећени има различита права, али и дужности, са којим би га требало упознати од самог почетка поступка, што у овом тренутку није случај. Ауторка упозорава да је тенденција сужавања права оштећеног увођењем

адверзијалних елемената у поступак, учинила да он као споредни кривичнопроцесни субјект буде потпуно маргинализован у страначком поступку. Из тог разлога, у овом делу рада указује се на двосмерну тенденцију законодавца у погледу регулисања права оштећеног, која су с једне стране, побољшала његов положај пружањем већег степена заштите у поступку, док се с друге стране, редуковала могућност његовог утицаја на ток кривичног поступка. Зато се у раду дају предлози усмерени на проширивање права оштећеног, чиме би се обезбедила већа заштита његових интереса у поступку.

Тако, на пример, ауторка сматра да би у циљу пружања већег степена заштите оштећеном кривичним делима са елементом насиља, требало проширити његова права у одређеним сегментима поступка. То би се постигло ослобађањем ових лица обавезе обавештавања органа поступка о промени адресе пребивалишта, односно боравишта, уз примену законске могућности коришћења средстава електронске комуникације са оштећеним, или посредством служби које им пружају помоћ и подршку. Њихову додатну заштиту представљала би и обавеза органа поступка да их обавести о укидању притвора или бекству окривљеног из притвора. Може се сматрати неспорним, по ставу ауторке, да у самом законском тексту мора бити искључена могућност унакрсног испитивања оштећеног, који је посебно осетљив сведок, чиме би се осигурало спречавање његове секундарне виктимизација у поступку. Такође, како би се побољшао положај оштећеног, требало би у закону прописати да и оштећени, поред странака, може тражити искључење јавности из законом предвиђених разлога, а посебно ради заштите његове приватности у поступку. У прилог овог предлога, као главни аргумент је истакнута могућност да квалитет сведочења оштећеног буде доведен у питање услед пропуштања јавног тужиоца да предложи искључење јавности. Овде се закључује да је поред интереса оштећеног да јавност буде искључена, интерес и друштва да на овај начин створи услове за потпуно и правилно утврђивање чињеничног стања, чему доприноси и квалитет сведочења оштећеног.

Иако се, и поред указаних недостатака, може закључити да се оштећеном ипак обезбеђује висок степен заштите у поступку, ауторка сматра да се с друге стране може рећи да је последњим законским решењима из 2011. његов положај погоршан у погледу могућности утицаја на ток поступка. За разлику од претходног законског решења из 2001. године, оштећени сада за кривична дела која се гоне по службеној дужности, не може преузети кривично гоњење након што јавни тужилац одбаци кривичну пријаву или одустане од гоњења у току истраге. Због

тога ауторка сматра да би било најбоље вратити раније законско решење, према коме је оштећени могао да преузме кривично гоњење и у тим ситуацијама. Уколико законодавац остане при садашњем решењу, у циљу заштите интереса оштећеног требало би прописати обавезу тужиоца да и њему достави наредбу о обустави истраге, као и решење којим одустаје од гоњења, а не само обавештење да су такве одлуке донете, јер су у питању одлуке против којих оштећени може уложити приговор.

Ауторка лепо примећује, иако је закоником прописана као једина дужност оштећеног да обавести орган поступка о промени адресе пребивалишта, односно боравишта, да се, на основу других законских одредби, може закључити да оштећени има обавезу одазивања на сваки позив суда, чак и када није странка у поступку. Наиме, његово неодазивање на уредан позив суда на припремно рочиште или главни претрес, на коме се може десити да јавни тужилац одустане од гоњења окривљеног, има за последицу доношење решења о обустави поступка, односно одбијајуће пресуде и немогућност преузимања гоњења, с обзиром да није предвиђена могућност његовог оправданог изостанка, што би у законнику требало кориговати. Такође, у раду се наводи да је неприхватљиво да због одрицања права на жалбу странака и браниоца, суд може само делимично образложити пресуду, и то у погледу трошкова поступка и имовинскоправног захтева, у оним случајевима када оштећени има право да изјави жалбу из свих законских разлога, јер је претходно имао статус овлашћеног тужиоца у поступку. Овај пропуст би се могао отклонити уколико би суд могао да донесе делимичну пресуду, само ако се одмах по објављивању пресуде, права на жалбу одрекао, поред странака и браниоца, и оштећени који се може жалити из свих законских разлога.

#### *4. Разматрање особености положаја оштећеног као сведока*

Четврти део рада односи се на положај оштећеног као сведока у кривичном поступку. У овом делу указано је на погодности које у поступку може имати оштећени кривичним делом са елементом насиља, као посебно осетљиви сведок, али и на пропуст законодавца у погледу изостанка забране унакрсног испитивања ове категорије сведока и изостанка обавезе органа поступка да оштећеног кривичним делом са елементом насиља упозна са могућношћу одређивања статуса посебно осетљивог сведока. Истакнут је и проблем доказивања у поступку, који може настати као последица коришћења привилегије ослобађања од дужности сведочења оштећеног који је у блиском односу са окривљеним.

Без обзира да ли је оштећени само споредни кривичнопроцесни субјект или странка у поступку, код кривичних дела са елементом насиља, он је по правилу и сведок, због чега му је често потребно одредити статус посебно осетљивог сведока. Иако оштећени има право да захтева одређивање овог статуса, у овом делу рада се закључује да је неопходно прописати обавезу органа поступка да га, већ на почетку поступка, упозна са могућношћу коришћења овог његовог права. На овај начин, оштећени који није из финансијских разлога у ситуацији да ангажује адвоката, добија могућност да му орган поступка постави пуномоћника. Имајући у виду деликатност ових поступака и заступања ове категорије оштећених лица, ауторка лепо примећује да се постављање пуномоћника по редоследу са списка адвоката који се одређују за браниоце по службеној дужности, без икаквих додатних обука, не може сматрати добрим законским решењем ако се имају у виду међународно пожељни стандарди. Из тог разлога, потребно је, поред списка бранилаца по службеној дужности, формирати и списак пуномоћника оштећених по службеној дужности, који би прошли посебну специјалистичку обуку.

Поред потребе да се нека процесна права оштећеног прошире, ауторка истиче да постоји и једно право оштећеног које би било пожељно ограничити. То је случај код кривичних дела са елементом насиља који су извршени од стране члана породице или сродника, где се оштећени често, због претњи или страха од освете окривљеног, након што су испитани, у каснијој фази поступка, користе правом да буду ослобођени од дужности сведочења. Тиме је онемогућено коришћење њихових раније датих исказа као доказа у даљем току кривичног поступка. Како тада неретко, при дефициту других релевантних доказа, долази до одустанка од даљег кривичног гоњења окривљеног, или до ослобађајуће пресуде, требало би ограничити могућност њиховог ослобађања од сведочења приликом каснијих испитивања, бар када су у питању оштећени кривичним делима са елементом насиља који су одлучили приликом првог испитивања да се не користе овим правом. С тим у вези, сматра ауторка, прихватљиво решење би било, ако се већ даје могућност оштећеном да се користи својим правом да не сведочи, прописати да ће се у, том случају, користити његов раније дат исказ.

##### *5. Анализа проблема у остваривању имовинскоправних захтева оштећеног*

У петом делу рада анализирани су проблеми у вези са практичном применом законских одредби које се односе на остваривање имовинскоправног захтева оштећеног кривичним делом са елементом насиља.

Овом питању, које представља озбиљан проблем за оштећеног, посвећена је посебна пажња због чињенице да судови готово увек, по правилу не-потребно, оштећеног упућују да свој имовинскоправни захтев, који се односи на новчану накнаду за претрпљену нематеријалну штету, остварује у парничном поступку. Ради превазилажења овог проблема, у раду се дају конкретни предлози, путем којих би норме о остваривању имовинскоправног захтева оштећеног, нашле своје место и у пракси.

С тим у вези, може се закључити да упућивање оштећеног на парнични поступак ради остваривање имовинскоправног захтева, јесте за суд најлакши начин решавања овог питања, док за оштећеног представља најозбиљнији проблем у поступку. Како се, због великих трошкова парничног поступка и неминовне виктимизације, мали број оштећених одлучује на њихово покретање, ауторка сасвим исправно сматра и свој став аргументовано образлаже, да је неопходно да судови уложе већи напор за доследну примену законске одредбе која им даје овлашћење да о постављеном имовинскоправном захтеву оштећеног одлуче у кривичном поступку. Ово би било од огромне користи за оштећене кривичним делима са елементом насиља, јер су у позицији тужиоца, због правила парничног поступка и дужине трајања ових поступака, неминовно изложени вишегодишњој секундарној виктимизацији.

*6. Критика праксе у погледу примене института опортунитета и закључења споразума о признању кривичног дела*

У шестом делу рада ауторка се бави применом института опортунитета и закључења споразума о признању кривичног дела, из којих је оштећени потпуно искључен. Указује се на конкретне проблеме у пракси и недоследну примену закона од стране јавног тужиоца, у погледу изостанка његовог настојања да са окривљеним постигне и споразум о имовинскоправном захтеву оштећеног, који представља обавезан елемент споразума о признању кривичног дела.

Ауторка у овом делу истиче да је улога оштећеног код примене опортунитета потпуно искључена, јер се не тражи сагласност оштећеног, који нема ни могућност подношења правног лека, што је случај и код закључења споразума о признању кривичног дела, где је оштећени потпуно маргинализован. Ради побољшања његовог процесног положаја у поступку, било би корисно предвидети обавезу прибављања мишљења оштећеног о примени опортунитета, као и у погледу врсте обавеза која се захтева од окривљеног. У пракси се код закључења споразума о признању кривичног дела потпуно игнорише да је споразум о имовин-

скопавном захтеву његов обавезан елемент, из ког разлога би судови требало да, у недостатку овог елемента, донесу решење којим се одбацују овакви споразуми. Док се не изврши измена оваквог законског решења требало би, сматра ауторка, препорукама обавезати јавне тужиоце да стимулишу окривљене да оштећенима надокнаде штету на примерен начин.

### *7. Прејед мера заштите оштећеној*

У седмом делу рада посебна пажња посвећена је мерама заштите оштећеног који је жртва кривичног дела са елементом насиља, у току и након спроведеног кривичног поступка, и то кроз искључење јавности током поступка, меру забране приближавања, састајања и комуницирања са одређеним лицем и посеђивања одређених места, као и меру безбедности забране приближавања и комуникације са оштећеним.

### *8. Закључна разматрања у раду*

Завршавајући мастер рад, ауторка у закључку указује на потребу јачања процесне улоге оштећеног у кривичном поступку, посебно у односу на оштећене кривичним делима са елементом насиља. На основу извршене анализе кривичнопроцесног положаја оштећеног кривичним делом са елементом насиља, она закључује да су права оштећеног која се односе на заштиту његових интереса у кривичном поступку, у великој мери сужена у односу на претходна законска решења. Угрожавањем њиховог физичког и психичког интегритета овим кривичним делима, повређена су њихова најзначајнија људска права, због чега им треба дати право да активније учествују у заштити свог интереса, који мора бити у исто време и интерес друштва. С тим у вези, у закључку се указује и на поједине пропусте законодавца уз сугестију како би се ти пропусти могли исправити.

## **III. Закључак**

Оно што се мора рећи на самом крају приказа овог мастер рада је то да посебан квалитет раду даје стално настојање ауторке да проникне чак и у најспорнија и најзамршенија питања која оптерећују свакодневну праксу. Ауторка не бежи од тога, како се то нажалост код нас и у нашем окружењу у великом броју научних и стручних радова чини, већ напротив, сама поставља и претпоставља спорне ситуације и на њих даје веома разложне, аргументоване одговоре и сугестије. Најзад, ту се не завршава допринос који наведени рад даје нашој теорији и пракси. На

крају рада, понекад и пре тога, ауторка даје предлоге *de lege ferenda*, тј. онога што би, по њеном мишљењу, могло бити боље решење у законодавству. По правилу, овакве ставове могу излагати само они који располажу великим знањем, инвентивношћу и научном и професионалном храброшћу. Из тих разлога, велико ми је задовољство да саопштим да се у овом случају ради о заиста драгоценом доприносу проучавању једног великог друштвеног проблема и начину реаговања на њега, и да мастер рад уважене колегинице Тијане Костић без икаквих резерви најискреније и најдобронамерније препоручујем свима.





## УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одбор часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове за објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

1. **Чланак** не би требало да буде дужи од 15 страница, а текст за **Коментаре и Расправе** 10 страница. Страница треба да има око 1.800 знакова у просеку, фонт *Times New Roman* 12.

2. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и *курзивом (italik)*.

3. Текст треба да садржи резиме (сажетак) испод наслова, са основним садржајем и резултатима рада, као и кључне речи (не више од 7 речи) на српском језику, а на крају такође резиме на једном од светских језика, са кључним речима на том језику. Резиме на српском и резиме на страном језику не треба да буду дужи од 15 редова.

4. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима. **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- а) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- б) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- в) *Трећи ниво наслова* – на средини, курзив; нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (на пример: а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- г) *Четврти ниво наслова*: на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (на пример: 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

### I. Напомене о ...

#### 1. Основне поставке ...

а) *Основни појмови ....*

1) Терминологија ...

5. Име, презиме, звање и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова.

6. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити поштанску адресу аутора, електронску адресу и телефон за контакт.
7. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).
8. Објављени и необјављени радови се не враћају.

#### 9. Правила цитирања:

а) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуални редни број издања, место издања, година издања, број стране.

*Примери:*

Марко Марковић, *Право ...*, 2. издање, Београд, 2017, 101.

John Johnson, *Law on ...*, 2nd edition, London, 2016, 101.

Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена раздвајају се запетом.

Књига коју је неко лице приредило као уредник цитира се тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник“, односно одговарајућа ознака на језику на коме је књига објављена.

Код поновљеног цитата књиге наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

*Пример:* М. Марковић, 102.

Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања наводи се прво слово имена са тачком и презиме, а потом се у загради ставља година издања, те број стране.

*Пример:* М. Марковић (2010), 202.

б) **Чланци** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број, година издања, број стране:

*Примери:*

Марко Марковић, „О неким питањима ....”, *Бранич*, бр. 3–4/2013, 69.

John Johnson, „Legal aspects of ....”, *Law Journal of ...*, Vol. 3, 2017, 101.

Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају запетом.

Чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, цитира се на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уред-

ник”, „редактор” и сл. (или одговарајућа ознака на страном језику – „editor” и сл.), име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена аутора са тачком и презиме, а потом број стране.

Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком, презиме, потом се у заграду ставља година издања, те број стране.

в) **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.” и број одредбе.

*Пример:*

Закон о ..., *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, 10/2018, чл. 15 ст. 2

Ако ће наведени пропис бити поново цитиран у раду, приликом првог цитирања се, после назива прописа, наводи скраћеница под којом ће се он даље наводити.

*Пример:*

Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени лист РС*, ...

Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама: „чл.”, „ст.”, „тач.”, а параграф скраћеницом „пар.”

Прописи на страном језику цитирају се на следећи начин: пун назив прописа преведен на српски језик, година доношења односно објављивања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којим ће се пропис даље наводити, затворена заграда, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” или „пар.” и број одредбе.

г) **Извори са Интернета** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора односно организације која је припремила, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, те број стране.

Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

---

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

347.9

**БРАНИЧ** : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије  
= Vranič : Journal of Legal Theory and Practice of the Bar Association of Serbia /  
главни и одговорни уредник Мирослав Пауновић. – Н.с., год. 1, бр. 1 (јан.–  
март 1991)– . – Београд : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд :  
Службени гласник). – 24 см

Тромесечно.

ISSN 0353-9644 = Бранич (1991)

COBISS.SR-ID 20883970

---