

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СХХХИВ • Нова серија

Број 1/2021

Београд

2021

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.aks.org.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 (2002–2017)

Главни и одговорни уредник

———— * —————

др Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат

Уређивачки одбор

———— * —————

Тихомир ХРЊАК, адвокат, **Оливер Б. 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.aks.org.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 априлу 2021. године.

ISSN 0353-9644



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXXIV • New series

Number 1/2021

Belgrade

2021

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/II
Telephone: +381 11 32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.aks.org.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 (2002–2017)

Editor-in-chief

— * —

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at law

Editorial Board:

— * —

Tihomir HRNJAK, attorney at law, **Oliver B. 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.aks.org.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

Branič 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 21st 2001, the journal is exempt from paying VAT.

Circulation: 10.100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод	9
------------	---

ЧЛАНЦИ

Др Маја Стјанивуковић, др Владимир Павић

Предлог за измене и допуне закона који уређују арбитражу и питања од значаја за арбитражу ради целовитог уређења материје	11
---	----

Др Слободан Ј. Доклетић

Одговорност стицаоца имовине за дугове повезане са стеченом имовином – корак ка рационалнијем приступу овом питању	23
--	----

Др Драган Д. Панчић

Имовински односи супружника и заштита права савесних трећих лица	49
--	----

Др Ђорђе Сараја

Право на правично суђење	69
--------------------------------	----

Др Драгана Пејовић

Представљање проституције као професије у ријалити програмима – пут ка легализацији проституције?	85
---	----

Др Игор Мишовић

Положај Правобранилаштва као законског заступника у Републици Србији	96
--	----

Миња Ђокић

Опорезивање прихода од самосталне делатности у Србији	115
---	-----

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА*Александар Самуиловић*

„Фриленсери“ и одсуство норми за њихово опорезивање 135

Душан Пејкић

Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу 144

Владимир В. Хоман

Напомене о спорном споразуму између Телекома и Теленора 155

Драјан Калаба

Ометање кривичног поступка утицајем на сведоке, саучеснике или прикриваче као притворски основ у судској пракси 165

Лука В. Водинелић

Упис задржавања права својине у регистар залогe 181

ПРИКАЗИ*Др Александар Ковачевић*Примена права у пракси – основ програмске оријентације, приказ часописа *Адвокайт* Адвокатске коморе Црне Горе 187

TABLE OF CONTENTS

Introduction	9
---------------------------	---

ARTICLES

Maja Stanivuković, PhD, Vladimir Pavić, PhD

Proposal for Amendments to the Laws Applicable to Arbitration and Arbitration Related Issues with a View to Comprehensively Regulating this Field of Law	11
--	----

Slobodan J. Doklestic, PhD

Liability of Acquirer of Assets for Liabilities Related to the Acquired Assets - a Step towards more Rational Approach to this Issue	23
--	----

Dragan D. Pantić, PhD

Property Relations of the Spouses and Protection of the Rights of Conscientious Third Parties	49
---	----

Đorđe Sarapa, PhD

Right to a Fair Trial	69
-----------------------------	----

Dragana Pejović, PhD

Presentation of Prostitution as a Profession in Reality Programs – a Way to Legalization of Prostitution?	85
---	----

Igor Mitrović, PhD

Position of the Public Attorney's Office as a Legal Representative in the Republic of Serbia	96
--	----

Minja Đokić, LL.M.

Taxation of Individual Business in Serbia	115
---	-----

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES*Aleksandar Samuilović*

Freelancers and Lack of Rules for their Taxtion 135

Dušan Pejkić

Withdrawal of the Member from Limited Liability Company 144

Vladimir V. Homan

Notes on Controversial Agreement between Telekom and Telenor ... 155

*Dragan Kalaba*Possibility of Obstructing Criminal Proceedings by Influencing
Witnesses or Accomplices as Basis for Detention in Court Practice ... 165*Luka V. Vodinelić*

Entry of Title Retention in the Pledge Register 181

REVIEWS*Aleksandar Kovačević, PhD*Application of Law in Practice – Basis of Programme Orientation,
Review of the Magazine *Advokat* of the Bar Association of
Montenegro 187

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

Ово је први број „Бранича” у 2021. години (часопис, према Правилнику о информисању АКС, треба да се пред вама појави четири пута годишње).

И у овом броју обрађене су различите теме из области којима се адвокати баве односно које могу бити од интереса за адвокате и за ширу правничку јавност. Тако ћете у часопису пронаћи прилоге из области које, уобичајено, налазе место на његовим странама, али су обрађене и теме које спадају у све шири круг интересовања и професионалног ангажовања адвоката; изгледа да ово поље, у сложеним и изазовним условима (у сваком погледу) у којима адвокати данас делају, обухвата и садржаје који изискују и нова опредељења, те усвајање нових и иновирање постојећих знања. Часопис настоји да у тај мозаик унесе додатне коцкице.

Уређивачки одбор понавља, са задовољством, констатације из уводника за неколико претходних бројева: да се круг сарадника часописа шири и да, поред прилога које пишу адвокати, има и чланака које прилажу припадници других правосудних професија, као и познати правници из академских кругова. Посебан допринос часопису дају сарадници из редова младих адвоката и адвокатских приправника.

Уређивачки одбор и даље очекује да припадници професије, људи од речи и пера, пишући за свој часопис за правну теорију и праксу, дају допринос доследној примени права и расправи о темама које заокупљају пажњу правничке и шире јавности.

Март 2021. године

Уређивачки одбор

UDK: 347.918(497.11)
341.63(497.11)

Др Маја Стјанивукковић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

Др Владимир Павић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПРЕДЛОГ ЗА ИЗМЕНЕ И ДОПУНЕ ЗАКОНА КОЈИ УРЕЂУЈУ АРБИТРАЖУ И ПИТАЊА ОД ЗНАЧАЈА ЗА АРБИТРАЖУ РАДИ ЦЕЛОВИТОГ УРЕЂЕЊА МАТЕРИЈЕ

Сажетак:

У раду се, на основу петнаестогодишње праксе у примени Закона о арбитражи и с позивом на упоредно-правна решења, дају предлози за измене и допуне закона који у Србији непосредно уређују материју арбитраже или су од значаја за арбитражу. Сврха предложених измена и допуна је да се отклоне уочени пропусти у овој законодавној материји, те да се стварањем ефикасне правне регулативе повећа поверење у арбитражу у Србији.

Кључне речи: Закон о арбитражи, арбитража, арбитрабилност, интервенција судова у арбитражу, конституисање арбитраже, арбитражна одлука, поништај арбитражне одлуке, признање и извршење стране арбитражне одлуке, УНЦИ-ТРАЛ Модел закон о арбитражи

I. Увод

Доношењем Закона о арбитражи¹ у нашем законодавству је по први пут на целовит и модеран начин уређена материја арбитраже. Међутим, петнаестогодишња пракса у примени закона показала је одређене редакцијске пропусте и недостатке у законском тексту које би, полазећи од тих искустава из праксе, требало отклонити.

Као образац за доношење овог прописа послужио је Модел-закон УНЦИТРАЛ-а. Радна група је приликом израде одредаба користила само првобитну верзију Модел-закона из 1985. године, без измена које су у оквиру УНЦИТРАЛ-а усвојене исте године када је Закон донет, тј. 2006. Сада би требало искористити прилику да се неке од измена предложених у Модел-закону УНЦИТРАЛ-а из 2006. године унесу и у домаћи закон, уколико су се показале оправданим и да се тако домаће арбитражно право што више усклади са препорукама међународне правне струке.

Ради тога предлагемо да се што скорије изврше одређене измене и допуне не само Закона о арбитражи, већ и других закона који су од значаја за арбитражу.

II. Област примене Закона о арбитражи

Поље примене Закона о арбитражи одређено је члановима 1–3, али и неким другим одредбама. Приликом уређивања поља примене учињени су одређени пропусти који могу у будућности довести до проблема, а неки су се проблеми већ манифестовали.

У члану 2 став 1 недостаје одредба којом би се указало да се одредбе Закона примењују на арбитражу и арбитражни поступак не само када је место арбитраже на територији Републике Србије, што је и речено, већ и у неким другим случајевима одређеним Законом. На пример, на признање и извршење страних арбитражних одлука примењују одредбе главе IX овог Закона, мада место арбитраже није било земљи. Члан 2. став 1, према томе, треба да гласи: *„Одредбе овог закона примењују се на арбитражу и арбитражни поступак када је место арбитраже на територији Републике Србије (у даљем тексту: Република), ако овим законом није другачије одређено.“*

У члану 2 признато је право странака да уговоре примену неког страног арбитражног права иако је место арбитраже у Србији. Већина земаља се опредељује против ове могућности и у свом законодавству

¹ Закон о арбитражи, Службени гласник РС, бр. 46/06.

усваја чист територијални критеријум, не дајући странкама право да искључе одредбе домаћег закона о арбитражи. За такво опредељење постоје добри разлози, јер се уговарањем неког другог арбитражног права, а не оног које важи на датој територији, отварају врата за сукобе међународне судске надлежности. Може бити спорно ком правосуђу припада помоћна и надзорна улога у таквој арбитражи. Не види се разлог зашто би странке компликовале арбитражу на овај начин, односно зашто би уговарале место арбитраже у Србији, а примену другог арбитражног права, посебно кад се узме у обзир потпуна слобода избора места арбитраже. Сходно томе, требало би брисати члан 2 став 2 јер полази од теорије да странке могу искључити примену закона места арбитраже (Закона о арбитражи) у међународним споровима, што је превазиђена концепција која се више не примењује у већини држава. Став 3 је такође непотребан јер предвиђа оно што проистиче из саме природе императивних норми, тј. да су оне обавезне за странке. Он је унет у Закон само зато да би се појаснило да се аутономија воље у међународној арбитражи предвиђена у ставу 2 не односи на императивне норме Закона. Ако напустимо могућност искључења примене Закона о арбитражи у случајевима када је место арбитраже у Србији, није потребан ни став 3.

У члану 14 дошло је до пропуста да се уреди један од препоручених изузетака од територијалне примене закона, а то је ситуација када је место арбитраже у иностранству. Члан 14 уређује обавезу домаћег суда да се огласи ненадлежним. Та обавеза треба да постоји не само када је место арбитраже у Србији, него и у случају када арбитражни споразум предвиђа да је место арбитраже у иностранству. Због овог пропуста законодавца, дошло је до погрешних одлука заснованих на члану 2 који предвиђа да се одредбе овог Закона примењују само када је место арбитраже у Србији.² Обавеза домаћег суда да се огласи ненадлежним када арбитражни споразум предвиђа да је место арбитраже у иностранству постоји на основу члана II Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних одлука.³ Треба је изричито предвидети и у Закону, као што је

² На пример, одлука Вишег трговинског суда у предмету Пж.бр.3618/2008 (необјављена) у којој је Виши трговински суд одлучио да нема места примени члана 14 Закона о арбитражи, ако је уговорена МТК арбитража са местом арбитраже у Немачкој или Швајцарској, те је укинуо одлуку првостепеног суда који се огласио ненадлежним на основу те одредбе.

³ Закон о ратификацији Конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука (*New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards*), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/1981.

препоручено Модел-законом УНЦИТРАЛ-а. Међутим, за разлику од Модел-закона, измена Закона о арбитражи треба да обухвати и обавезу суда да се огласи ненадлежним и када није одређено место арбитраже. Словеначки закон и закон Немачке о арбитражи садрже експлицитне одредбе према којима се суд оглашава ненадлежним и када је место арбитраже у иностранству или место није одређено у споразуму. Ако се суд огласи ненадлежним, а место арбитраже није одређено, странке неће бити лишене права на приступ правосуђу, јер су решења предвиђена у одговарајућим изворима. У Европској конвенцији о међународној трговинској арбитражи (члан 4 ставови 3 и 4) предвиђен је поступак одређивања места арбитраже у случају да га странке нису одредиле.⁴ Такође, и у Закону о арбитражи, у члану 34 став 2, предвиђен је начин одређивања места арбитраже у случају да га странке нису одредиле. У том случају место арбитраже одређују арбитраи. Они ће бити именовани на основу члана 17, а међународна надлежност српског суда за именовање арбитра у случају када није одређено место арбитраже била би уређена предложеним изменама. Тако би се спречило да клаузула у којој није одређено место арбитраже, а не примењује се на њу Европска конвенција, буде ништава или остане без дејства.

III. Арбитрабилност спора

Арбитрабилност спора треба флексибилније одредити него што је то учињено у члану 5 став 1 Закона о арбитражи. Довољан је критеријум слободе странака да располажу предметом спора, односно није неопходно уводити додатни критеријум искључиве надлежности суда. Подразумева се да у стварима за које је одређена искључива надлежност суда (на пример, за намирење поверилаца у стечајном поступку), арбитражни суд не може да поступа. У садашњој редакцији одредба изазива највише проблема у области спорова поводом непокретности. Мада су многи од ових спорова такве природе да странке могу слободно да располажу захтевом (на пример, захтеви у погледу закупа непокретности или из спорова поводом грађевинских и инфраструктурних пројеката), арбитраи и судови који контролишу њихову надлежност су често у дилеми да ли је арбитрабилност ове врсте спорова ограничена, због

⁴ Уредба о ратификацији Европске конвенције о међународној трговинској арбитражи (*European Convention on International Commercial Arbitration*), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 12/1963.

искључиве месне или међународне надлежности судова за стварно-правне спорове на непокретностима у Србији.

Намеће се такође потреба исправљања одредбе којом је дата способност уговарања арбитраже и лицима која немају пословну способност (члан 5 став 2). Мада ова одредба до сада није довела до злоупотреба, то би се могло десити у случајевима када би малолетници евентуално уговорили арбитражу у уговорима којим би располагали значајном имовином чији су власници. Таквим споразумом би спорови из уговора били изузети из надлежности суда чиме би се довела у питање улога суда у заштити права малолетника.

IV. Стварна надлежност за одлучивање о питањима од значаја за арбитражу – систематизација правних норми

У пракси се показало да надлежност судова који контролишу домаће арбитражне одлуке или пружају правну помоћ у току арбитражног поступка није адекватно регулисана. Другим речима, нити је Закон о арбитражи ту материју непосредно регулисао, нити је она постојећим прописима о уређењу судова и о седиштима и подручјима судова регулисана на одговарајући начин.

Постоји више случајева када суд треба да одлучује о питањима која су од значаја за арбитражу. На пример, суд одлучује о поништају арбитражне одлуке, о признању и извршењу стране арбитражне одлуке, о одређивању броја арбитра, именовању и изузећу арбитра код *ad hoc* арбитраже, о претходним приговорима ненадлежности и прекорачења овлашћења, о признању дејства арбитражног споразума, о привременим мерама и пружа помоћ арбитрама у извођењу доказа. Од свих ових случајева, Закон о уређењу судова изричито регулише само стварну надлежност за признање и извршење стране арбитражне одлуке, док се за остала питања надлежност утврђује на основу општих одредаба овог Закона које нису најбоље прилагођене потребама арбитраже.

На првом месту, поставља се питање да ли одредбе о стварној надлежности судова у стварима везаним за арбитражу систематски спадају у Закон о арбитражи или у Закон о уређењу судова и Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава. У нашем правном систему се инсистира на издвајању одредаба о стварној надлежности у посебан закон (законе) који се баве уређењем судова, док се одредбе о месној надлежности често налазе у законима који уређују поједине поступке (на пример, парнични, ванпарнични, арбитражни). Међутим, могућ је

и друкчији приступ кад је у питању арбитража. На пример, у словеначком, аустријском и холандском закону о арбитражи садржане су и одредбе о стварној надлежности. Овакав приступ омогућава да се на једном месту обухвате све релевантне одредбе о надлежности судова у предметима везаним за арбитражу. Сугеришемо усвајање обједињеног приступа. Ако би се законодавац одлучио за јединствено регулисање стварне надлежности судова у оквиру Закона о арбитражи, као образац би се могли узети закони Словеније, Аустрије или Холандије, јер овакве одредбе, што је разумљиво, нису садржане у УНЦИТРАЛ-овом Модел-закону.

1. Стварна надлежност за тужбе за поништај и број инстанци за оспоравање арбитражне одлуке

Потребно је да се одлучивање о поништају арбитражне одлуке повери мањем броју судова, да се обезбеди специјализација и концентрација надлежности и да се онемогући одуговлачење поступка по поништају. Према важећим прописима, поступак за поништај се по правилу покреће пред привредним судом (којих има шеснаест – видети члан 5 Закона о седиштима и подручјима судова). Уколико арбитражна одлука није донета у привредноправној материји, надлежан је основни или виши суд. То значи да надлежност у областима ван привредноправне материје може имати преко деведесет судова у Србији – видети члан 3 истог закона.⁵ Надлежност је, сходно томе, и стварно и месно расута.

Против одлуке првостепеног привредног суда постоји право жалбе Привредном апелационом суду, а против одлуке основног или вишег суда Апелационом суду. Против одлуке Привредног апелационог суда и Апелационог суда постоје ванредни правни лекови. Ово у пракси често води вишестепеном одлучивању и дуготрајном поступку.

Арбитражна одлука донета у Србији је правноснажна и извршна (Закон о арбитражи, члан 64 став 1). Због тога би судска провера којој се она подвргава у поступку за поништај требало да буде највише дво-степенена, а не тростепенена, као што је сада предвиђено. Напомињемо да је једноступена провера арбитражне одлуке (пред највишим судом у земљи) усвојена у аустријском и швајцарском арбитражном праву.⁶ У

⁵ У пракси за сада је врло мали број арбитражних одлука донетих ван привредно-правне материје.

⁶ Маја Станивуковић, „Једноступеност или двостепеност у поступку поништаја арбитражне одлуке?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2016, том 50, бр. 3, 805–822.

прилог једностепености или највише двостепености говоре и разлози за поништај из члана 58, који се већином односе на оцену правних питања. Сада се пред судом по тужби за поништај практично води нови поступак чиме се предности уговарања арбитраже (ефикасност, уштеде у трошковима, растерећење судова, неутралност судовања у случају странака из различитих држава), у великој мери анулирају. Странка која је изгубила у арбитражном поступку може на тај начин да наметне другој странци непотребне додатне трошкове. Очекивања странака да су уговориле ефикасан систем решавања спора који ће им омогућити да брзо ставе тачку на спор и наставе заједничко пословање остају изневерена. Да би се концентрација надлежности за поништај арбитражне одлуке остварила, потребно је извршити измене у Закону о арбитражи и у Закону о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва.

2. Одлучивање о надлежности арбитражног суда као о претходном питању

У члану 30 Закона о арбитражи предвиђена је могућност да арбитражни суд који заседа у Србији одлучи о својој надлежности као о претходном питању. Ако то учини, свака странка може у року од 30 дана од дана достављања те одлуке (арбитражне одлуке о надлежности), захтевати од суда одређеног законом да „одлучи о *шом иишању*”. Против одлуке суда о том питању (дакле, о питању надлежности или прекорачења надлежности), није дозвољена жалба. Овде је реч о поступку који треба да омогући да се у спорним ситуацијама, одмах на почетку арбитражног поступка реши питање надлежности арбитражног суда по приговорима ненадлежности. Пошто државном суду припада коначна одлука о надлежности арбитражног суда (на пример, да ли је арбитражни споразум пуноважан, да ли је спор арбитрабилан итд.), остављена је могућност странци да одмах иницира судски поступак у коме ће се дефинитивно потврдити одлука арбитражног суда да је надлежан или ће се пак коначно утврдити његова ненадлежност. Мада је суштински реч о доношењу коначне одлуке о надлежности конкретног арбитражног суда, то у Закону није јасно речено и због тога су се у пракси већ појавили проблеми у спровођењу ове законске одредбе.⁷ Није јасно речено да ли се

⁷ Видети одлуку Врховног суда Србије у предмету Прев. 350/08 од 1. октобра 2008. године и одлуку Врховног касационог суда у предмету Прев 37/2018 од 25. октобра 2018. Опширније: Владимир Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји”, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. Вук Радовић) 2019, Београд, 370–397.

на основу члана 30 став 2 подноси тужба за поништај или неко друго правно средство и какву одлуку доноси суд – одлуку о надлежности (прекорачењу овлашћења) или неку другу одлуку. Такође, нису јасно одређене последице одлуке суда да је арбитражни суд надлежан, односно да је ненадлежан, ни последице одлуке арбитражног суда да је ненадлежан. Да би се норма из члана 30 Закона о арбитражи појаснила, потребно је у њој навести шта се тражи тужбеним захтевом (тј. да суд одлучи о приговорима ненадлежности и прекорачења овлашћења) и додати да суд у тој одлуци одређује и њене правне последице.⁸ Поред ове измене Закона о арбитражи, потребно је извршити измене и у Закону о уређењу судова да би се у њима додала надлежност одговарајућих судова да одлучују о посебном правном средству из члана 30 Закона о арбитражи

3. Надлежност судова за одређивање састава арбитражног суда, именовање и изузеће арбитрара и престанак дужности арбитрара

Треће питање које је остало нерегулисано, и које је у пракси већ створило проблеме, је надлежност судова за одређивање броја арбитрара, именовање и изузеће арбитрара и престанак дужности арбитрара код *ad hoc* арбитраже. Није уређена стварна надлежност за ово питање, па се странке обраћају основним, вишим и привредним судовима и долази до противречних одлука. Такође, није одређена врста поступка у коме се одлучује о именовању. Исти проблем јавља се и код постављања захтева за изузеће арбитрара у *ad hoc* арбитражи и одлучивања о тим захтевима (на пример, десило се да је Привредни суд у Београду решио о изузећу арбитра, а истовремено је председник суда упутио странкама писмо да привредни суд није надлежан).⁹ Коначно, није уређена међународна надлежност суда да поступа по оваквим захтевима у ситуацији када

⁸ На пример, упућује да се по истом арбитражном споразуму конституише нови арбитражни суд у организацији исте или друге арбитражне институције, да се организује *ad hoc* арбитража у складу са споразумом странака и овим Законом, или ако коначно одлучи да арбитражни суд није надлежан или да би одлучивањем о одређеном питању прешао границе свог овлашћења, у изреци утврђује да је за тај спор или за то питање надлежан суд, а одлуку коју је арбитражни суд донео о надлежности ставља ван снаге. Ово последње је потребно због тога што у класификацији арбитражних одлука, одлука о надлежности има исти статус као и коначна арбитражна одлука, те би у одсуству такве изреке остала и даље на снази.

⁹ Предмет 4–П. бр. 455/13 (необјављен).

место арбитраже није одређено у арбитражном споразуму, нити је у том тренутку још увек одређено у арбитражном поступку.

Јасније уређење ових питања нужно је за развој и опстанак *ad hoc* арбитраже са седиштем у Србији. Треба имати у виду да се *ad hoc* арбитража обично уговара у споровима веће вредности, са иностраним елементом. Истовремено, оваквих захтева нема много. Због друштвеног интереса за правилно решавање таквих спорова и кључне улоге арбитра, именовање арбитра у *ad hoc* арбитражи треба поверити тачно одређеним судским инстанцама. Сходно томе, наш предлог је да се надлежност за одређивање састава арбитражног суда, именовање и изузеће арбитра да председницима Привредног апелационог суда за привредне спорове и Председницима Апелационих судова за грађанске спорове. Ове радње би се по закону сматрале актима судске управе, а не актима суђења. Када је у питању међународна надлежност, требало би предвидети да је суд Републике Србије (односно председник одговарајућег суда), надлежан да врши ове радње на основу члана 17 Закона о арбитражи не само када је место арбитраже у Србији, већ и ако оно није одређено, али једна од странака у спору има уобичајено боравиште или седиште у Србији. Поред тога, да би се избегли међународни сукоби надлежности, треба такође предвидети да суд Републике Србије може да изврши именовање све док не буде одређено место арбитраже, или док неки други суд у иностранству или арбитражна институција не прихвати надлежност да именује арбитра за дати спор. Поред измена Закона о арбитражи, уређење ових питања изискује и измене Закона о уређењу судова, а можда и Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва.

V. Привремене мере и полагање обезбеђења

Одредбу члана 31 Закона о арбитражи о могућности да арбитражни суд одреди привремену меру треба исправити у делу који одређује која „*иpошивна cтpанкa*” полаже обезбеђење. Овде се законодавцу поткрала очигледна редакцијска грешка, јер обезбеђење треба да полаже странка која је предложила привремену меру, за случај да се привремена мера покаже неоправданом, а не странка против које се привремена мера тражи. Сходно томе, одредбу која предвиђа да суд може одредити да „*иpошивна cтpанкa иoлoжи oдгoвapaјyће oбeзбeђeње*” заменила би одредба која предвиђа да суд може одредити да „*cтpанкa кoјa је иpедлoжилa иpивpeмeнy мepу иoлoжи oдгoвapaјyће oбeзбeђeње*”.

VI. Доношење арбитражне одлуке

Члан 51 став 2 Закона о арбитражи гласи: „Арбитражно веће одлуку доноси после већања у коме морају да учествују сви арбитражи, осим ако се странке нису друкчије споразумеле”. Ова одредба, које иначе нема у Модел-закону УНЦИТРАЛ-а, погрешно сугерише да би несавестан арбитар могао да опструира завршетак поступка и доношење одлуке одбијањем да учествује у већању. Због тога се предлаже њено брисање.

VII. Суспензивно дејство поступка за поништај арбитражне одлуке

У Закону о арбитражи није одређено суспензивно дејство поступка за поништај у Србији. Треба га одредити на исти начин као што је одређено суспензивно дејство поступка за поништај у иностранству (дакле, на исти начин као што га уређује члан 67 став 2. Закона о арбитражи). Сходно томе, после члана 60 требало би додати нови члан 60а који би гласио:

„Дејства поступка за поништај покренутог у Републици Србији

Члан 60а

Суд пред којим се тражи поништај домаће арбитражне одлуке може да, на захтев странке, одложи извршење те одлуке.

Суд може да услови доношење одлуке о одлагању извршења полагањем одговарајућег обезбеђења.”

VIII. Правне последице поништаја арбитражне одлуке

У члану 63 став 2 Закона о арбитражи дошло је до пропуста законодавца у редакцији одредаба о правним последицама поништаја арбитражне одлуке, због кога је отежано тумачење и примена норме. Није јасно да ли одредба из става 2 уређује све ситуације које нису предвиђене у ставу 1. Предлаже се због тога додавање речи „У свим осталим случајевима”, на почетку другог става, чиме ће се појаснити смисао норме.

„Арбитражни поступак после поништаја одлуке

Члан 63

Ако је суд поништио арбитражну одлуку из разлога који се не односе на постојање и пуноважност споразума о арбитражи у коме нису била наведена имена арбитра, тај споразум и даље обавезује странке, док се оне друкчије не споразумеју.

У свим осталим случајевима, нови арбитражни поступак између истих странака и у вези са истом ствари може се водити само на основу новог споразума о арбитражи.

Ако између странака постоји сумња о разлогу поништаја арбитражне одлуке, суд о томе може да одлучи на захтев странке.”

IX. Појам стране арбитражне одлуке

Појам стране арбитражне одлуке треба одредити у складу са Модел-законом УНЦИТРАЛ-а, коришћењем искључиво територијалног критеријума, без позивања на меродавно право за поступак. То би конкретно значило да се брише део реченице који следи после запете из садашњег текста члана 64 став 3 Закона који гласи: *„Страна арбитражна одлука је одлука коју је донео арбитражни суд чије је место ван Републике, као и одлука коју је донео арбитражни суд у Републици ако је на арбитражни поступак примењено страно право.”*

X. Закључак

За даљи развој арбитраже у Србији од великог је значаја да се прописи континуирано усклађују са потребама праксе. Стварањем ефикасне правне регулативе у овој области повећа се поверење у арбитражу у Србији и омогућава привредним друштвима која имају седиште у Србији да у преговорима са домаћим и страним партнерима понуде стварну алтернативу уговарању арбитраже у иностранству. Реч је о споровима велике вредности везаним за привреду Србије који би могли да се решавају на нашем терену, под условом да се обезбеде јасна правила игре. Такође, постоји потенцијал да Србија постане регионални арбитражни центар, за шта је неопходно стално усавршавање прописа о арбитражи. Аутори у овом раду указују на правац у коме би требало ићи да би се то постигло.

Maja Stanivuković, PhD

full professor at Faculty of Law, University of Novi Sad

Vladimir Pavić, PhD

full professor at Faculty of Law, University of Belgrade

PROPOSAL FOR AMENDMENTS TO THE LAWS APPLICABLE TO
ARBITRATION AND ARBITRATION-RELATED ISSUES WITH A VIEW TO
COMPREHENSIVELY REGULATING THIS FIELD OF LAW

Summary:

The paper proposes amendments to the Serbian laws regulating arbitration and arbitration-related issues on the basis of fifteen years of experience in applying the Serbian Arbitration Act, and in view of developments in comparative law. The purpose of the proposed statutory reform is to correct certain drafting mistakes that were identified over time and to create a more efficient legal framework for arbitration in Serbia. The proposed changes would enhance confidence in arbitration as an alternative dispute resolution mechanism.

Key words: Arbitration Act, arbitration, arbitrability, involvement of courts in arbitration, appointment of arbitrators, arbitral award, annulment of arbitral award, recognition and enforcement of foreign arbitral award, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration

UDK: 347.42(497.11)

Др Слободан Ј. Доклестић

адвокат у Београду

ОДГОВОРНОСТ СТИЦАОЦА ИМОВИНЕ ЗА ДУГОВЕ ПОВЕЗАНЕ СА СТЕЧЕНОМ ИМОВИНОМ – КОРАК КА РАЦИОНАЛНИЈЕМ ПРИСТУПУ ОВОМ ПИТАЊУ

Сажетак:

Правна теорија и судска пракса неподељено стоје на становишту да је циљ одредби члана 452 Закона о облигационим односима да пружи заштиту интересима поверилаца у ситуацији када долази до преласка одређене имовинске целине или њеног дела са њиховог дужника на треће лице услед чега остваривање њиховог потраживања према дужнику – преносиоцу имовине може бити угрожено. Ипак, не спорећи оправданост становишта да правни систем мора и треба да обезбеди разумну заштиту интересима поверилаца, посебно у ситуацијама када несавесним или немарним понашањем дужника остваривање њихових потраживања бива угрожено, чини се да је потребно критички сагледати и економску суштину начина на који се члан 452 Закона о облигационим односима тумачи и примењује у пракси. Ово нарочито јер одредба члана 452 није једини вид правне заштите који стоји на располагању повериоцима у нашем правном систему, док претерано широка примена овог члана може, према мишљењу аутора овог рада, бити изложена озбиљној критици са аспекта економске оправданости, као и имати изразито негативан ефекат на степен правне сигурности у имовинско-правном промету.

У овом раду анализа члана 452 Закона о облигационим односима започиње кратким освртом на образложење ове одредбе у нашој правној теорији, а потом и прегледом релевантне судске праксе у нас по овом питању. Након тога следи детаљнија анализа услова за примену ове одредбе у циљу омогућавања њеног рационалнијег тумачења и примене. Посебно, предмет анализе су следећа питања: 1. циљ одредбе, 2. критички осврт на постојећу судску праксу и предлог услова за примену одредбе, 3. лимит и последице одговорности стицаоца имовине, и 4. немогућност искључења одговорности стицаоца.

Кључне речи: члан 452 Закона о облигационим односима (ЗОО), одговорност стицаоца имовине за дугове повезане са том имовином, приступање дугу у случаја примања неке имовинске целине

I. Увод

Члан 452 Закона о облигационим односима¹ регулише посебан облик приступања дугу – у случају примања неке имовинске целине. Овај облик приступања дугу постоји када на основу уговора (на пример уговора о купопродаји, уговора о поклону, итд.) једном лицу припадне нека имовинска целина или део те целине. Према одредбама овог члана, лице на које, на основу уговора, пређе нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе. Према ставу 2 овог члана одредба уговора којом би се искључивала или ограничавала ова одговорност нема правног дејства према повериоцима.

Очито, практичан домашај и значај ове одредбе изузетно је велики будући да она отвара пут да сваки стицалац имовине по нашем праву буде одговоран солидарно са преносиоцем те имовине за дугове који се односе на ту имовину. Тако, примера ради, купац половног аутомобила може бити одговоран за дугове продавца према ауто сервису који је вршио оправке тог возила, купац стана може бити одговоран за дугове продавца према мајсторима који су реновирали тај стан, а стицалац предузећа може бити одговоран за обавезе продавца према банци уколико се оне односе на то предузеће. Притом, као што ће бити објашњено, текст члана 452 ЗОО не прави разлику по основу тога да ли је стицалац имовине био савестан, односно да ли је продавцу плаћена правична тржишна вредност за стечену имовину. Стога, узимајући у обзир практичан значај и домашај овог члана ЗОО, чини се да је од велике важности анализирати детаљније ову одредбу у циљу јаснијег сагледавања услова за њену примену и тумачење. Ово посебно из разлога што постојећа судска пракса неретко ову одредбу тумачи и примењује на начин који, по мишљењу аутора овог рада, може бити изложен оправданој критици.

У овом раду анализа члана 452 ЗОО ће започети кратким освртом на образложење ове одредбе у нашој правној теорији, а потом и прегледом релевантне судске праксе у нас по овом питању. Након тога следи детаљнија анализа услова за примену ове одредбе у циљу омогућавања њеног рационалнијег тумачења и примене. Посебно, предмет анализе су следећа питања: 1. циљ ове одредбе, 2. критички осврт

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

на постојећу судску праксу и предлог услова за примену одредбе, 3. лимит и последице одговорности стицаоца имовине, и 4. немогућност искључења одговорности стицаоца.

II. Основне напомене о члану 452 ЗОО

У нашој правној теорији наводи се да су правила садржана у члану 452 ЗОО намењена заштити поверилаца и да она регулишу питање одговорности за дугове неке имовинске целине, односно једног њеног дела, у ситуацији када она на основу уговора пређе са дотадашњег имаоца на неко друго лице. Истиче се да је посебно правило за овај случај ваљало поставити јер прелазак неке имовинске целине, или њеног дела, на новог титулара повлачи не само пренос потраживања која улазе у састав те целине, већ и пренос дугова који чине њену пасиву.² Ради заштите поверилаца, а узимајући у обзир генерално правило да промена дужника захтева сагласност повериоца, наш законодавац је прописао да услед овог преноса не престаје одговорност преносиоца за те дугове, већ он остаје одговоран за њих с тим да и стицалац имовине постаје солидарно одговоран са преносиоцем за дугове који се односе на стечену имовину.³ До овог специфичног случаја приступања дуговима имовинске целине од стране стицаоца имовине долази по сили закона (*ex lege*) независно од воље самог стицаоца или преносиоца предметне имовинске целине (или њеног дела).⁴ Притом, одговорност стицаоца имовине по овом основу ограничена је на вредност „активе” те имовинске целине. Додатно, наводи се и да правило из става 2 члана 452 ЗОО служи пружању додатне заштите повериоцима будући да он оглашава ништавим, у односу према повериоцима, споразум преносиоца и стицаоца имовине којим би се ова одговорност стицаоца према повериоцима ограничавала или искључивала.⁵

Интересантно је напоменути да се у теорији наводи да се одговорност особе на коју је прешла нека имовинска целина или део те целине темељи на постојању „тесне везе” између пренесене имовине и дугова који су настали у пословању са том имовином код претходног власника, па стога ти дугови заједно са имовином прелазе на новог власника.⁶

² Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Крагујевац, Правни факултет, 1980, 853.

³ *Исто*.

⁴ Др Јаков Радишић, *Облигационо право – Општи део*, Београд, „Номос”, 2000, 382.

⁵ С. Перовић, Д. Стојановић, 853.

⁶ Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, „Савремена администрација”, 1983, 1249, 1250.

Разлози задржавања одговорности и претходног власника имовине налазе се у потреби заштите поверилаца, јер чињеница да ће, након преноса имовине постојати два дужника тих дугова, појачава сигурност наплате.⁷ Коначно, истиче се да није од значаја да ли је стицалац имовине могао знати за постојање дугова преносиоца, већ да он сам треба да сноси штету што није утврдио право стање активе и пасиве при склапању уговора (тзв. *caveat emptor* принцип – „куйиче, чувај се!”).⁸

III. Примена одредбе члана 452 ЗОО у нашој судској пракси

Као што се да и очекивати, примени члана 452 ЗОО посвећен је значајан број пресуда у пракси наших судова. У тумачењу одредби овог члана судови готово униформно полазе од основног становишта да прелазак имовинске целине у смислу члана 452 ЗОО на новог титулара укључује како уступање потраживања која улазе у састав те имовинске целине, тако и преузимање дугова који чине њену пасиву. Стога, у циљу ефикасније заштите поверилаца имовинске целине, изричито је прописано да за дугове (који се односе на стечену имовину) уз дотадашњег титулара имовинске целине одговара и стицалац и то солидарно са њим до вредности њене активе, при чему се та одговорност стицаоца имовине према повериоцима не може уговором искључити нити ограничити.⁹ Поред тога, наводи се да је за конституисање овог облика одговорности потребно да су испуњени одређени услови, те да је имовина прешла на неко лице по основу уговора и да су са имовином на стицаоца прешли и актива и пасива те имовине. За примену ове одредбе није битно по основу ког уговора је дошло до преласка имовине. Најчешће ће прелазак имовине са једног лица на друго бити изведен по основу уговора

⁷ Исто.

⁸ Исто.

⁹ Решење Врховног суда Србије, Прев. 91/2007 од 5. новембра 2007. године. Са овим у вези интересантно је указати и на то да је став судске праксе да уколико су све одлучне чињенице за конституисање одговорности стицаоца имовине по основу члана 452 ЗОО неспорне (у погледу основа преноса имовинске целине – уговор, вредности пренете имовинске целине, повезаности потраживања за пренету имовинску целину) нема разлога да стечајни управник оспорава пријаву таквог потраживања у стечају, односно може признати таква потраживања. Видети одговоре на питања трговинских судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда одржаној дана 26. новембра 2008. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 25. новембра 2008. године, у *Судска пракса трговинских судова* – Билтен бр. 3/2008.

о купопродаји, али то се може десити и по основу било ког другог уговора (на пример уговором о поклону, деоби заједничке имовине или било којим другим правним послом). Битно је да је имовина прешла са једног лица (преносилац) на друго лице (стицалац).¹⁰ Такође, истиче се да разлог за конституисање одговорности лица на које је неким правним послом прешла нека имовинска целина лежи у чињеници да постоји *шесна* веза између те имовине и дугова којима приступа нови ималац имовине, јер су то *дугови који су настали у пословању шом имовином*, тако да је логично да ти дугови „прате” имовину и да са заједно са њом прелазе на новог имаоца.¹¹ Чињеница да ли је нови ималац имовине (стицалац) био савестан или не у тренутку стицања имовине, односно да ли је знао за постојање тих дугова који терете стечену имовину, није битна, јер такав захтев члан 452 ЗОО не предвиђа. Оно што је битно јесте да је нови ималац морао да утврди право стање активе и пасиве предметне имовине и да не би било правично да трећа лица – повериоци трпе штету због његовог (евентуалног) незнања за постојање дугова.¹²

Нарочито интересантан пример практичног домаћаја (и потенцијалног значаја) ове одредбе ЗОО може се илустровати једном одлуком Вишег привредног суда у Београду из 2000. године. Према утврђеном чињеничном стању у том случају, тужилац је у 1990. години, на основу усменог споразума са једном радном организацијом, финансирао адаптацију пословног простора те организације. Ти трошкови тужиоцу нису били плаћени, нити је он тада захтевао њихово плаћање од стране те радне организације. Уговором о продаји пословног простора радна организација је продала тај пословни простор туженом у овом поступку, тј. његовом правном претходнику, који је цену за купљени простор платио продавцу. У 1997. години тужени је тај пословни простор даље продао трећем лицу, а тужилац је фактуром издатом у јулу 1997. године тражио од туженог плаћање предметних трошкова адаптације овог пословног простора (насталих још у време док је овај простор био у власништву поменуте радне организације).¹³ Првостепеном пресудом (коју је тужилац побијао жалбом пред Вишим привредним судом) суд је одбио тужбени захтев налазећи да основ потраживања тужиоца не може бити

¹⁰ Решење Врховног суда Србије, Прев. 460/2002 од 15. јануара 2003. године. Видети *Билтен судске праксе шривинских судова – Часопис за шривредно шраво*, бр. 2/2003, 209.

¹¹ *Ишо.*

¹² *Ишо.*

¹³ Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4513/2000 од 19. јула 2000. године.

ни уговор, ни накнада штете, ни пословодство без налога, а ни неосновано обogaћење, јер је тужени платио свом продавцу уговорену цену, тако да се није обогатио тужени већ евентуално само његов продавац са којим је тужилац имао уговор о адаптацији и од кога може тражити накнаду ових трошкова.¹⁴

Одлучујући по уложеној жалби другостепени суд је нашао да су наводи из жалбе оправдани и укинуо је ожалбену пресуду првостепеног суда наводећи да првостепени суд у својој одлуци није имао у виду одредбу члана 452 ЗОО, чијој примени, према оцени другостепеног суда, може бити места у конкретном случају у погледу постојања одговорности туженика према тужиоцу. Према налазима другостепеног суда, пословни простор може представљати имовинску целину, односно њен део, на коју се односи дуг за ранију адаптацију тог простора. За тај дуг иницијално је одговарала радна организација која је била власник простора и која је уговорила његову адаптацију. Међутим, када је на основу уговора из 1992. године радна организација продала овај простор туженику (тј. његовом правном претходнику), он је постао ограничено солидарно одговоран за постојећи дуг – независно од његове савесности односно знања о постојању те обавезе као и од теретности уговора којим је стекао тај простор.¹⁵ Штавише, другостепени суд је изричито потврдио да би се одговорност за овај дуг могла исто тако истицати и према последњем стицаоцу овог простора из 1997. године, будући да се све напред речено сходно примењује и у погледу тог стицања.¹⁶ Коначно, у погледу правних последица исплате дуга од стране стицаоца имовине по основу члана 452 ЗОО, суд је објаснио да каснији стицаоци који исплате дуг имају право регреса од дужника на кога се дуг односи сходно члану 424 ЗОО, а да се на њих не односи посебан рок застарелости од три године, јер није реч о обавези из уговора о привреди, већ општи рок застарелости од десет година.¹⁷

Додатно, потребно је напоменути да се значајан део судске праксе у вези са применом члана 452 ЗОО односи на питање одговорности зависног друштва (тзв. друштва-ћерке) за обавезе свог оснивача које се односе на имовину коју је оснивач унео као (неновчани) оснивачки улог у своје зависно друштво. Сходно преовлађујућој судској пракси по овом питању, у оваквим случајевима има места примени члана 452 ЗОО у погледу одговорности зависног друштва за дугове повезане са имови-

¹⁴ Исто.

¹⁵ Исто.

¹⁶ Исто.

¹⁷ Исто.

ном коју је оснивач унео у капитал зависног друштва. Наиме, наводи се да је право сваког предузећа (односно привредног друштва) да оснује ново односно зависно друштво, па и улагањем (знатног) дела своје имовине у капитал тог друштва. Међутим, будући да том имовином оснивач одговара за своје обавезе доспеле до оснивања зависног друштва, било би противно основним начелима облигационог односа (начело савесности и поштења, забрана злоупотребе права, забрана проузроковања штете, примена добрих пословних обичаја) када би новоосновано предузеће преузело имовину без обавеза, а оснивачу остале обавезе „без имовине из које би се повериоци могли намирити”. Стога, према владајућој судској пракси, у таквим случајевима примену одредбе члана 452 ЗОО треба схватити као израз принципа да обавезе прате имовину на коју се односе, јер никакве промене у организовању дужника (укључујући и кроз оснивање зависног друштва) не могу бити на штету трећих савесних лица (на пример поверилаца).¹⁸ Овакво становиште (са безмало идентичним образложењем) потврђено је и у одговорима на питања привредних судова који су утврђени на седницама одељења Привредног апелационог суда одржаним у новембру 2010. године, када је заузет готово истоветан став да у случају када матично друштво одређену имовину унесе у капитал свог зависног друштва, зависно друштво по основу члана 452 ЗОО је одговорно за дугове матичног друштва који се односе на ту имовину која му је на овај начин *бестеретно*¹⁹ пренета.²⁰ Притом, није од значаја да ли је прималац имо-

¹⁸ За пример овакве судске праксе видети пресуду Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8. децембра 1999. године, као и пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 6725/2004 од 1. октобра 2004. године. Овде је интересантно поменути и став судске праксе да ће члан 452 ЗОО бити примењив и онда када правно лице пренесе одлуком својину на покретним и непокретним стварима на свог оснивача, а поверилац тог лица (преносиоца) ни по извршној пресуди није могао да од њега наплати дуг јер се то правно лице налази у блокади и без имовине која је у међувремену пренета на његовог оснивача. Видети одговор Вишег трговинског суда на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове и Одељења за привредне преступе одржане дана 30. августа 2002. године – *Судска пракса трговинских судова – Часопис за привредно право*, бр. 3/2002, 33.

¹⁹ Интересантно је напоменути да се и у другим судским одлукама појављује становиште да улагање имовине у капитал зависног друштва представља *бестеретно* располагање имовином. Видети, на пример, решење Врховног суда Србије, Пзз. 11/2004 од 1. априла 2004. године, пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 1258/2006(2) од 19. априла 2007. године, као и решење Врховног суда Србије, Прев. 66/2005 од 15. септембра 2005. године.

²⁰ Видети одговоре на питања привредних судова који су утврђени на седницама одељења Привредног апелационог суда одржаним 9. и 10. новембра 2010. године – *Судска пракса привредних судова* – Билтен бр. 3/2010.

вине (у овом случају зависно друштво) савестан или не, јер члан 452 ЗОО такав захтев не предвиђа, а до приступања дугу долази независно од воље примаоца имовине.²¹

Такође, чињеница да основ за пренос имовине са матичног на зависно друштво може бити једнострана одлука матичног друштва (о оснивању зависног друштва или о повећању његовог капитала), а не уговор, није од значаја за примену члана 452 ЗОО. Оно што је битно јесте да је пренос имовине последица акта воље титулара одређене имовине, те да је тим актом имовина пренета на другог субјекта способног да за раније обавезе одговара ограничено солидарно, до висине вредности примљене имовине. Ово изричито произилази из одредбе члана 25 став 3 ЗОО која предвиђа да се правила ЗОО о уговорима сходно примењују и на друге, једностране правне послове.²²

У погледу услова за примену члана 452 ЗОО истиче се да сама чињеница да је матично друштво унело одређену имовину у капитал зависног друштва није *per se* довољна да успостави одговорност зависног друштва по основу члана 452 ЗОО. Наиме, да би се установила таква одговорност зависног друштва, наводи се да би суд морао да утврди да се предметни дугови заиста односе на пренету имовину, као и вредност (активе) пренете имовине, јер она представља лимит одговорности зависног друштва као пријемника имовине. Стога, сама чињеница да је имовина пренета од стране оснивача на његово зависно друштво (као оснивачки улог) није довољна да успостави одговорност зависног друштва у смислу члана 452 ЗОО.²³ Додатно, потребно је водити рачуна и о темпоралном (временском) аспекту настанка обавезе. Да би постојала солидарна одговорност стицаоца имовине сходно члану 452 ЗОО потребно је да је предметна обавеза (која се односи на пренету имовину) настала пре преласка имовине на стицаоца. Уколико обавеза преносиоца настане након преноса имовине, неће постојати солидарна одговорност стицаоца имовине за такву обавезу јер она није ни постојала у тренутку стицања имовине од стране новог титулара.²⁴

²¹ *Исио*.

²² Видети пресуду Вишег привредног суда у Београду, Пж. 2310/99 од 8. децембра 1999. године, као и пресуду Вишег трговинског суда, Пж. 6725/2004 од 1. октобра 2004. године.

²³ Видети решење Вишег трговинског суда, Пж. 11105/2005(2) од 16. јануара 2006. године – *Судска пракса шрговинских судова* – Билтен бр. 1/2006, 89. За пример сличне праксе видети и решење Врховног суда Србије, Прев. 66/2005 од 15. септембра 2005. године.

²⁴ Видети решење Вишег трговинског суда, Пж. 308/2007 од 20. фебруара 2008. године – *Судска пракса шрговинских судова* – Билтен бр. 1/2008.

Са друге стране, у судској пракси постоји и стриктнији приступ питању одговорности зависног друштва за обавезе његовог матичног друштва у погледу обавеза које се односе на имовину коју је матично друштво као свој оснивачки (неновчани) улог унело у капитал зависног друштва. Тако се у појединим судским одлукама, насупрот напред наведеним ставовима, истиче да сама чињеница преласка имовине са матичног на зависно друштво (по основу оснивачког улога) не указује аутоматски да би, заузимањем става да зависно друштво није одговорно за обавезе свог оснивача по основу члана 452 ЗОО, поверилац матичног друштва био онемогућен да наплати своје потраживање.²⁵ Према (тадашњем) Закону о извршном поступку (данас Закон о извршењу и обезбеђењу) потраживање према одређеном лицу може се наплатити и извршењем на акцијама и уделима које то лице има у другим друштвима, што указује да се дугови матичног друштва могу намирити и извршењем на његовом уделу у зависном друштву (на које је пренета предметна имовина).²⁶

Коначно, интересантно је указати и на став судске праксе у погледу питања да ли зависно друштво остаје солидарно одговорно са својим оснивачем (у погледу обавеза које се односе на имовину коју је оснивач унео као оснивачки улог у зависно друштво) након што оснивач уговором о преносу удела са накнадом пренесе удео на треће лице. Према неким примерима судске праксе, у таквом случају долази до прекида солидарне одговорности зависног друштва за предметне обавезе његовог оснивача (који за накнаду преноси удео трећем лицу), будући да се облигациона одговорност (по основу члана 452 ЗОО) заснива на бестеретном преносу активе, чега у овом случају нема (јер оснивач од трећег лица – пријемника удела добија накнаду вредности тог удела приликом преноса удела).²⁷

IV. Анализа члана 452 ЗОО и услова за његову примену

1. Циљ одредбе

Као што је у овом раду већ наведено, и правна теорија и судска пракса стоје на становишту да је циљ одредби члана 452 ЗОО да пружи

²⁵ Видети решење Вишег трговинског суда, Пж. 11105/2005(2) од 16. јануара 2006. године – *Судска пракса шрговинских судова* – Билтен бр. 1/2006, стр. 89.

²⁶ Исто.

²⁷ Видети решење Вишег трговинског суда, Пж. 308/2007 од 20. фебруара 2008. године – *Судска пракса шрговинских судова* – Билтен бр. 1/2008.

заштиту интересима поверилаца у ситуацији када долази до преласка одређене имовинске целине или њеног дела са њиховог дужника на треће лице услед чега остваривање њиховог потраживања према дужнику – преносиоцу имовине може бити угрожено. Ипак, не спорећи оправданост становишта да правни систем мора и треба да обезбеди разумну заштиту интересима поверилаца, посебно у ситуацијама када несавесним или немарним понашањем дужника остваривање њихових потраживања бива угрожено, чини се да је потребно критички сагледати и економску суштину начина на који се члан 452 ЗОО тумачи и примењује у пракси. Ово нарочито јер члан 452 ЗОО није једини вид правне заштите који стоји на располагању повериоцима у нашем правном систему, док претерано широка примена овог члана може, према мишљењу аутора овог рада, бити изложена озбиљној критици са аспекта економске оправданости ове одредбе, као и имати изразито негативан ефекат на степен правне сигурности у имовинско-правном промету.

На првом месту, чини се да се оправданој критици може изложити становиште да се одредбе члана 452 ЗОО имају примењивати независно од теретности посла по основу којег је дошло до стицања предметне имовине. Наиме, са аспекта заштите поверилаца циљ члана 452 ЗОО би требало да буде спречавање да услед преласка имовинске целине са преносиоца (тј. дужника) на треће лице (тј. стицаоца) повериоци дужника буду оштећени, тј. спречавање да они буду доведени у неповољнији положај од оног у којем су били пре промета те имовине. Међутим, уколико би се члан 452. ЗОО једнако примењивао независно од теретности посла располагања имовином, ефекат такве примене би могао бити битно другачији. У ситуацији када је до располагања имовином дошло по основу теретног правног посла по којем је стицалац имовине платио преносиоцу правичну тржишну накнаду за стечену имовину, ефекат примене члана 452 ЗОО би заправо био да се повериоци преносиоца ставе у (најмање) двоструко повољнији положај од оног у којем су били пре прометовања те имовине од стране њиховог дужника. Ово из разлога што, након преноса имовине уз правичну тржишну накнаду, они (по сили закона) имају два дужника у погледу дугова повезаних са том имовином. На првом месту, преносилац остаје њихов дужник, с тим да у овом случају није дошло до било какве негативне промене у његовом имовинском стању, будући да је он за пренету имовину добио правичну тржишну накнаду. Дакле, и након овог располагања имовином, он и даље остаје подједнако солидан дужник као и пре преноса имовине. Са друге стране, повериоци, додатно, након преноса имовине добијају и другог дужника – стицаоца имовине, који по сили закона (тј. по члану

452 300) приступа дуговима преносиоца имовине који се односе на стечену имовину. Штавише, повериоци дугова који се односе на стечену имовину могу своја потраживања намиривати не само из предметне имовине која је прешла на стицаоца, већ и из било које његове друге имовине (на пример новчаних средстава на банковним рачунима, итд). Стога, примена члана 452 300 у оваквом случају (када је промет имовине праћен правичним тржишном накнадом) практично би значила не заштиту интереса поверилаца, већ њихово стављање у (значајно) бољи положај од оног у ком су се налазили пре промета имовине. Овако нешто би свакако било веома тешко оправдати и рационализовати. Задатак правног система треба да буде да заштити повериоце од несавесних и немарних понашања дужника којима се угрожава намирење њихових потраживања, али не и од њих самих. У ситуацији када услед располагања имовином од стране дужника не долази до негативних промена у његовој имовини правни систем нема потребу да интервенише, а повериоци остају изложени ризицима наплате својих потраживања који су постојали и пре располагања имовином од стране дужника.

Додатно, потребно је имати у виду да преширока примена члана 452 300 може произвести и значајне негативне ефекте по степен правне сигурности у имовинском промету. Наиме, усвајање општег и апсолутног принципа да стицалац неке имовинске целине одговара за дугове преносиоца који се односе на пренету имовину би у знатној мери умањила степен правне сигурности у имовинском промету, будући да би сваки стицалац неке имовинске целине или њеног дела био изложен овом ризику, чак и ако је платио правичну тржишну накнаду за стечену имовину. Тако би, на пример, купац стана могао бити одговоран за дугове продавца (или можда чак неког претходног власника тог стана) према мајсторима који су у прошлости реновирали тај стан, купац аутомобила би могао бити одговоран за дугове свог продавца (или чак неког претходног власника) према сервису који је оправдио тај ауто у прошлости, итд. Исто тако, стицалац удела у привредном друштву би могао бити одговоран за дугове свог продавца који су у вези са продатим привредним субјектом или његовим пословањем или имовином (на пример по основу узетих кредита, датих јемстава или гаранција, итд). Очигледно је да би ово битно умањило степен правне сигурности у имовинском промету. Штавише, премда би се потенцијално од неких учесника на тржишту (тј. привредних субјеката) у одређеним ситуацијама могло очекивати да поступају са повећаном пажњом опрезног привредника (на пример приликом стицања привредних субјеката, радњи, производних погона и сл.), чини се да би апсолутно и безусловно наметање

принципа *caveat emptor* („куйче, чувај се“) у редовним свакодневним трансакцијама (нарочито када се ради о обичним грађанима који неретко немају правно образовање) било исувише строго и у колизији са њиховим здраворазумским очекивањима (на пример, тешко је претпоставити да купац комада беле технике или намештаја у робној кући очекује да би могао бити одговоран за дугове свог продавца – рецимо према његовом добављачу – који се односе на купљени предмет). Исто тако, тешко је замислити која би то општа друштвена корист оправдала овакво умањење правне сигурности у имовинском промету. Свакако, чини се да стављање поверилаца у повољнији положај услед располагања имовином од стране дужника уз правичну тржишну накнаду није адекватан разлог за усвајање оваквог принципа који би водио знатнијем умањењу правне сигурности у имовинском промету.

Такође, услове за примену члана 452 ЗОО корисно је сагледати и у контексту актуелног временског тренутка и стања наше привреде. Тренутно у Србији постоји велики број предузећа која се налазе у економским недаћама и за која је вероватно једини (реални) спас могућност да се њихова имовина (слободна од дугова) прода заинтересованим (домаћим или иностраним) улагачима. Наравно, ово је могуће постићи кроз стечајни поступак, али покретање, вођење и окончање тих поступака је доста политички непопуларно, економски (често) неисплативо, а процес је правно компликован и дуготрајан. Исто би се могло рећи и за остваривање овог циља кроз договор са повериоцима у оквиру намераване аквизиције имовине. Отварање могућности да се имовина ових предузећа (укључујући и кроз поступак приватизације²⁸ где је то примењиво) прода заинтересованим инвеститорима без пратећих дугова који би преузели та предузећа, обновили њихове капацитете и покренули производњу би свакако била преференцијална опција у поређењу са реализацијом овог сценарија кроз стечајни поступак. Тиме би се, са једне стране, отворила још једна могућност за решавање овог озбиљног проблема наше привреде, док би се, са друге стране, поправила атрактивност наше земље као инвестиционе дестинације где би инвеститори

²⁸ Видети Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 2397/2015 од 17. марта 2016. године: Када се у поступку приватизације, путем уговора, прибави нека имовинска целина од физичког или правног лица или један део такве целине, тада за дугове који се односе на ту целину, односно њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно са њим, одговара прибавилац, с тим што је та одговорност ограничена до вредности aktive прибављене имовинске целине. Закон о приватизацији није предвидео одредбу којом би се искључила или ограничила солидарна одговорност купца имовине, по чл.452 ЗОО, за раније дугове субјекта приватизације.

могли да уложе новац у куповину њима интересантних имовинских целина (енгл. *distressed assets*) без изложености ризику да буду одговорни за све дугове који се односе на ту имовину (а који често могу да буду толики да у потпуности фрустрирају било какву рачуницу инвеститора да направи односно улагање).

Коначно, потребно је имати у виду да у нашем праву члан 452 ЗОО није једино средство које стоји на располагању повериоцима за заштиту њихових интереса од несавесних или немарних понашања њихових дужника. Тако повериоци за ову сврху имају на располагању, између осталог, и паулијанску тужбу из ЗОО, средства која им стоје на располагању на основу Закона о стечају, као и правила о пробијању правне личности из Закона о привредним друштвима. Стога је, приликом доношења одлуке о ширини примене и домашају члана 452 ЗОО, потребно имати у виду и друга правна средства која стоје на располагању повериоцима у нашем праву за заштиту њихових легитимних интереса, те би, чини се, имало доста смисла одредити домашај примене члана 452 ЗОО тако да он служи циљу обезбеђивања разумне заштите интересима поверилаца, али без тога да води ка непотребном побољшању њиховог положаја (у поређењу са стањем пре располагања имовином) по цену умањења степена правне сигурности у имовинском промету и инвестиционе атрактивности наше земље.

2. Критички осврт на претежну судску праксу и предлог услова за примену одредбе

На основу напред наведеног, чини се да се претежна судска пракса наших судова у погледу примене одредби члана 452 ЗОО може изложити оправданој критици, и то са следећих главних разлога.

На првом месту, као што је напред објашњено, у ситуацији када се имовином располаже под правичним тржишним условима примена члана 452 ЗОО практично води томе да се повериоци стављају у значајно бољи положај од онога у коме су били пре располагања имовином. Ово са разлога што у том случају у имовини (тј. у активи имовине) преносиоца не долази до било какве негативне промене. Напротив, пошто се имовина отуђује под правичним тржишним условима, стање у имовини преносиоца остаје непогоршано – једино се мења структура имовине преносиоца (на пример, уместо ствари у њој се сада налази новац). У таквој ситуацији аргумент примене члана 452 ЗОО ради заштите интереса поверилаца је једноставно лишен логике, јер би то практично значило да поверилац поред постојећег дужника (преносиоца) у чијој имо-

вини није дошло до негативне промене, добија још једног солидарног дужника (стицаоца имовине) од којег се може наплаћивати не само из стечене имовине већ и из било које друге његове имовине. Зато се овде не би радило о заштити легитимних интереса поверилаца који би били угрожени располагањем имовином, већ о стављању поверилаца у бољи положај од оног у којем су били пре располагања имовином – а што дефинитивно није циљ (тј. *ratio legis*) члана 452 ЗОО. Због тога би примена члана 452 ЗОО требало да буде ограничена на оне случајеве када се имовина преноси без накнаде (тј. бестеретно) или уз неадекватну накнаду – што узрокује негативну промену у активи имовине преносиоца.

Друго, неопходно је указати на једну правну грешку која се понавља на неколико места у напред наведеној судској пракси – а то је да се унос имовине као неновчаног улога у основни капитал зависног привредног друштва третира као бестеретно располагање. Овде је у питању очигледно погрешно (не)разумевање материјалног права од стране поступајућих судова. Наиме, када оснивач уноси неновчани улог у основни капитал зависног друштва, он за узврат (као накнаду за тај пренос) стиче (нови/увећани) удео у капиталу тог друштва – који се огледа у акцијама (код акционарских друштава) или уделима (код друштава са ограниченом одговорношћу). Зато у активи имовине улагача, у нормалном току ствари, у таквим случајевима не долази до негативних промена – већ се само мења структура (активе) његове имовине (тако да, на пример, уместо ствари сада држи (увећани) удео у капиталу зависног привредног друштва). Исто тако, на страни зависног друштва (тј. „стицаоца” имовине) не долази до бестеретног стицања те имовине – јер се та стечена имовина бележи у његовој активи док се удели у капиталу издати оснивачу по основу тог улога бележе на страни пасиве у имовини зависног друштва. Зато је погрешно овакав пренос имовине третирати као бестеретно располагање. Са друге стране, наравно замисливи су покушаји евентуалних злоупотреба оваквог преноса имовине са циљем оштећења поверилаца (нарочито ако се у зависном друштву стиче само мањинско капитал учешће). Али могућност таквих покушаја злоупотреба нису специфични само код оваквих видова преноса имовине и свакако не могу служити као основ да се теретно располагање имовином третира као бестеретно како би се створио макар логички привид оправданости примене члана 452 ЗОО. За такве злоупотребе, ако би биле покушане, постоји читав низ адекватних правних института у нашем праву који омогућавају њихово спречавање, стављање ван снаге (бар према оштећеним повериоцима) и санкционисање.

Треће, као што се то указује у неким од напред наведених судских одлука,²⁹ када оснивач (преносилац имовине) унесе неновчани улог (имовину) у капитал зависног привредног друштва, он по том основу стиче акције или уделе у том зависном друштву. Сходно одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу повериоци оснивача – преносиоца имовине у том случају своја потраживања према њему могу намиривати и из тих акција односно удела у зависном друштву – који су стечени по основу преноса – тј. улога имовине у капитал зависног друштва (што додатно сведочи о теретности тог правног посла). Зато је доста јасно да у таквој ситуацији не стоји аргументација која се наводи у неким напред наведеним судским одлукама да би непримењивање члана 452 ЗОО у тим случајевима било противно основним начелима облигационог односа јер би новоосновано предузеће преузело имовину без обавеза, а оснивачу остале обавезе без имовине из које би се повериоци могли намирити.

Четврто, приликом примене члана 452 ЗОО неопходно је вагати између заштите легитимних интереса поверилаца преносиоца имовине и општег интереса заштите правне сигурности у правном промету. Било би апсолутно погрешно примењивати члан 452 ЗОО на тако екстензиван начин да се повериоци *de facto* доводе у повољнији положај од оног у коме су били пре располагања (као што је напред објашњено), а да се на другој страни уноси озбиљна несигурност у правни промет тако да стицаоци имовине који су платили правичну тржишну накнаду буду изложени ризику одговорности по члану 452 ЗОО. Нажалост, чини се да је тренутно преовлађујућа судска пракса управо на прагу овакве логике.

Коначно, разлози економског развоја такође налажу рационалнији приступ примени члана 452 ЗОО. Претерано широка примена члана 452 ЗОО не само да неоправдано умањује ниво правне сигурности у правном промету, већ и директно умањује сигурност за улагања у преузимање тзв. *ујрожене имовине* (енгл. *distressed assets*), попут имовине предузећа у финансијским проблемима или у поступку реструктурирања, где би савесни купац, који плати правичну тржишну вредност за ту имовину, могао свеједно бити одговоран за дугове преносиоца (тј. финансијски пропалог предузећа) повезане са том имовином – до висине њене вредности. Овакав правни амбијент би сасвим извесно дестимулисао улагања у овом сегменту пословних активности који је без двојбе од изузетног значаја за повећање запослености и стимулуса привредног раста.

²⁹ Видети решење Вишег трговинског суда, Пж. 11105/2005(2) од 16. јануара 2006. године – *Судска пракса шртовинских судова* – Билтен бр. 1/2006, 89.

Напред наведени разлози сугеришу да би примена члана 452 300 требало да буде ограничена на оне случајеве када се имовина преноси без накнаде (тј. бестеретно) или уз неадекватну накнаду – што узрокује негативну промену у активи имовине преносиоца. У таквом случају долази до угрожавања легитимних интереса поверилаца, услед несавесног располагања имовином њиховог дужника, које члан 452 треба да заштити. Штавише, у таквим случајевима не може бити говора о нарушавању интереса правне сигурности или квалитета пословног амбијента, јер сваки стицалац који имовину стиче без накнаде или уз неодговарајућу накнаду мора рачунати са тим да може бити одговоран ако тиме оштећује повериоце преносиоца. То је разумно, правично, и очекивано. У таквим случајевима, одговорност стицаоца имовине мора одговарати износу умањења у активи имовине преносиоца услед таквог располагања, тако да се повериоци могу наплатити од таквог стицаоца имовине за износ за који је умањена вредност aktive имовине преносиоца услед таквог располагања. На пример, ако је у питању бестеретно располагање – вредност aktive имовине преносиоца се умањује за 100% вредности пренете имовине, и одговорност стицаоца ће сходно томе износити 100% вредности те имовине. Али, ако се имовина преноси уз неадекватну накнаду – на пример за 50% вредности имовине, онда ће се актива имовине преносиоца умањити за 50% вредности те имовине, те ће стога и одговорност стицаоца износити 50% од те вредности. Ни у ком случају одговорност стицаоца не може бити већа од вредности (100%) aktive пренете имовине, како то императивно налаже завршни део одредбе члана 452 став 1 300.

Са друге стране, уколико се имовина прометује по правичној тржишној накнади, онда у имовини преносиоца не долази до било какве негативне промене. Примена члана 452 300 у таквом случају би, са једне стране, водила неоправданом побољшању положаја повериоца наспрам онога који је постојао пре располагања, док би, са друге стране, неоправдано водила умањењу степена правне сигурности у правном промету и беспотребном кварењу правног и пословног амбијента у нашој земљи (нарочито када се ради о улагањима у тзв. угрожену имовину).

3. Лимит и последице одговорности стицаоца

Према одредби члана 452 став 1 300 лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно

на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе [нагласио аутор]. Дакле, предметна законска одредба садржи ограничење одговорности стицаоца имовине за дугове који се односе на ту имовину и то тако што предвиђа да је он одговоран „само до вредности њене активе”. Ово питање заслужује посебну пажњу.

На првом месту, ваља указати да ЗОО не регулише појам активе и пасиве у имовини неког лица, тако да је референца на појам „активе” у овој одредби доста несрећна. Појмови активе и пасиве у имовини су пре свега рачуноводствени појмови, са којима правници најчешће нису најбоље упознати. У најкраћим цртама, актива представља конкретне облике средстава са којима располаже предузеће, док пасива представља изворе, односно припадност средстава предузећа. Актива и пасива су приказани у билансу стања предузећа и увек морају бити у равнотежи, тј. вредност активе мора бити једнака вредности пасиве и обрнуто. Дакле, у пракси концепт активе и пасиве имовине је пре свега везан за привредне субјекте који воде пословне књиге и у чијем билансу стања се изражавају ставке активе и пасиве у имовини тог субјекта. Зато је концепт имовинске активе и пасиве у великој мери, на практичном нивоу, непримењив на физичка лица и привредне субјекте који не воде пословне књиге. Са друге стране, примена члана 452 ЗОО није ограничена само на привредне субјекте који воде пословне књиге, већ се он примењује и на све друге правне субјекте. Зато је одредба овог члана доста неадекватно сročена јер упућује на појам „вредности активе” пренете имовине без јасног дефинисања шта се под тим подразумева и како се та вредност утврђује.

Но, појмовима имовинске активе и пасиве може се приступити и са аспекта правне теорије. Међутим, практична примена права на основу правне теорије, која често може бити разноврсна па и међусобно супротстављена, је неретко доста проблематична. Тако се, на пример, у нашој правној теорији истиче да у погледу правног појма имовине (па и њене активе и пасиве) влада „*неверовајна збрка*”, те да се „*имовина смајтра једном од најштежних и најнеразумљивијих категорија имовинској права*”.³⁰ Притом, неки аутори код нас истичу и следеће:

„Нетачно је разликовање које се у теорији чини код појма имовине на активу и пасиву имовине – активу као скуп имовинских права и пасиву као скуп обавеза. Код нас је професор Гамс правилно приметио, да ово разликовање може постојати само у имовинској маси. Имовинска маса чини скуп предмета који су објекти имовинских права припадајућих једном

³⁰ Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, „Номос”, 1996, 141.

лицу. Активу и пасиву имамо само у имовинској маси, то је заправо економски, књиговодствени, а не и правни појам. Када предмет имовинских права, односно обавеза сведемо на њихов трајни, новчани израз (а скуп свих предмета права и обавеза, чини заправо имовинску масу), добијамо активу и пасиву.”³¹

Свакако, чини се да није реално да наша судска пракса разреши ову „теоријску заврзламу” која започиње још са теоријом имовине Обрија и Роа.³² Са друге стране, судска пракса мора наћи јасан и разуман начин да протумачи и примени одредбу члана 452 став 1 ЗОО у делу који се односи на лимит одговорности стицаоца имовине, без обзира на све недоумице и несагласја која постоје у правној теорији у погледу (правног) појма имовине. Притом, као полазну основу у том погледу свакако има доста смисла узети и напред дато објашњење професора Гамса да се појмови активе и пасиве не могу посматрати на нивоу појединачних предмета који чине део укупне имовине (тј. имовинске масе), већ само на нивоу целе имовинске масе једног лица. Невоља у формулацији и примени члана 452 ЗОО лежи управо у томе што се он односи (и) на ситуације када је предмет промета и „део имовинске целине”, тј. поједини предмети који чине имовинску масу неког лица, а за које (појединачно и изоловано од имовинске масе тог лица) није могуће везати појам имовинске активе и пасиве.³³

Полазна основа приликом тумачења и примене члана 452 ЗОО од стране судова би требало да буде циљно и логичко тумачење те одредбе.

Са аспекта циљног тумачења, чини се неспорним да је *ratio legis* предметне одредбе тај да заштити легитимне интересе поверилаца у случају када њихов дужник располаже неком својом имовином (тј. „*предметима који су објекти имовинских права припадајућих једном лицу*”).

Са аспекта логичког тумачења требало би да буду неспорне најмање две ствари. Прво, циљ ове одредбе није да повериоца стави у повољнији положај од оног у коме је био пре располагања имовином. Друго, у случају када се имовином располаже под правичним тржишним условима у имовини (тј. имовинској маси) преносиоца (дужника) не долази до умањења вредности њене активе (већ само до промене у структури

³¹ Драгољуб Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, 411.

³² О овој теорији видети О. Станковић, В. Водинелић, 143 и даље.

³³ Примера ради: предмет уговора о купопродаји је пренос права својине – на пример на аутомобилу – са продавца на купца уз плаћање цене. Међутим, само право својине на аутомобилу, које је предмет тог уговора, нема своју пасиву, па ни активу – што очито ствара проблеме у контексту формулације члана 452 ЗОО.

исте – на пример, уместо права својине на ствари у активи се сада налази новац). Зато нема ни логике у таквом случају примењивати члан 452. ЗОО ради заштите интереса поверилаца, када није ни дошло до њиховог угрожавања. Притом, ако би дужник неком својом накнадном радњом покушао да оштети своје повериоце, та радња би могла бити оспорена, стављена ван снаге и санкционисана посебно применом посебних правних правила и института. Међутим, било би погрешно да се у фази располагања имовином под правичним тржишним условима претпостави будућа несавесност преносиоца, те да се за ту претпостављену будућу несавесност практично казни стицалац који за предметну имовину плаћа правичну тржишну накнаду!

Имајући у виду напред наведено, те чињеницу да (како је напред објашњено) појединачна имовинска права која могу бити предмет преноса односно располагања у смислу члана 452 ЗОО немају своју посебну ни активу ни пасиву, једино што има смисла јесте да се лимит одговорности стицаоца имовине веже за стање активе имовине (тј. имовинске масе) преносиоца пре и после учињеног располагања. Уколико би након учињеног располагања имовином дошло до смањења вредности активе имовине (тј. имовинске масе) преносиоца, као последице тог располагања (на пример зато што је имовина пренете бестеретно или по неадекватној накнади), онда би применом члана 452 ЗОО стицалац те имовине требало да буде солидарно одговоран према повериоцима преносиоца за дугове који се односе на ту имовину, али са лимитом одговорности који је једнак износу умањења активе имовинске масе преносиоца које је последица учињеног располагања. Оваквим тумачењем завршног дела одредбе члана 452 ЗОО би се остварио циљ те одредбе, без постизања нелогичних и неоправданих ефеката побољшања положаја поверилаца и заштите њихових интереса који нису ни били угрожени учињеним располагањем.

Коначно, потребно је напоменути и то да у ситуацији када је стицалац имовине био одговоран према повериоцима преносиоца по основу члана 452 ЗОО, он има регресни захтев према преносиоцу ради накнаде свих износа са припадајућим каматама које је платио повериоцима преносиоца сходно члану 424 ЗОО, при чему се на ово регресно потраживање не примењује посебан рок застарелости од три године, јер није реч о обавези из уговора о привреди, већ општи рок застарелости од десет година.³⁴ Притом, уговором између преносиоца и стицаоца имовине

³⁴ За пример судске праксе по овом питању видети Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 4513/2000 од 19. јула 2000. године.

требало би да буде могуће искључити ово регресно право стицаоца у погледу дугова који се односе на предметну имовину, а који су познати стицаоцу у тренутку стицања – будући да се таквом одредбом не би угрожавали интереси поверилаца, те стога ту не би било места примени правила из става 2 члана 452 300.³⁵

4. Немогућност искључења одговорности стицаоца

Сходно ставу другом члана 452 300, нема правног дејства према повериоцима одредба уговора којом би се искључивала или ограничавала одговорност утврђена у претходном ставу тог члана. Код ове одредбе потребно је сагледати два главна аспекта њеног потенцијалног дејства. Једно је изричито садржано у закону. Друго имплицитно произилази из ове законске одредбе.

На првом месту, став други члана 452 300 утврђује да одредба уговора којом би се искључивала или ограничавала одговорност стицаоца имовине у складу са чланом првим тог члана нема дејства према повериоцима дугова који се односе на стечену имовину. Дакле, без обзира на такву евентуалну одредбу уговора (која би настојала да искључи или ограничи одговорност стицаоца имовине), повериоци преносиоца имовине би могли своја потраживања која се односе на пренету имовину да наплаћују и од стицаоца имовине (као солидарног дужника са преносиоцем), али само до максималног лимита његове одговорности (утврђеног у складу са ставом првим члана 452 300). Притом, повериоци могу своја потраживања обухваћена применом члана 452 300 наплаћивати из целокупне имовине стицаоца имовине, а не само из имовине која је стечена односним правним послом који је активирао примену члана 452 300. Дакле, овде долази до тога да стечена имовина може „инфицирати” и сву другу имовину стицаоца, тако да се повериоци дугова који се односе на стечену имовину, могу наплаћивати и из све друге имовине стицаоца (која тако постаје „инфицирана” стеченим дуговима у складу са чланом 452 300).

Са друге стране, потребно је приметити и то да став други члана 452 300 не предвиђа ништавост одредбе којом би се искључила или ограничила одговорност стицаоца имовине, већ само предвиђа да таква одредба нема дејства према повериоцима. Другим речима, закон оставља

³⁵ Уговарање такве одредбе би било замисливо, на пример, у случају када је стицалац спреман да преузме ризик одговорности по основу члана 452 300 уз умањење купопродајне цене.

ваљаност овакве одредбе у *inter partes* односу између уговорних страна, с тим да то не може бити на штету поверилаца. Зато је уговором могуће предвидети одредбе који би на аутономан начин уредиле међусобна права и обавезе уговорних страна у вези са евентуалном одговорношћу стицаоца имовине за дугове преносиоца (који се односе на пренету имовину и тиме активирају примену члана 452 ЗОО). Наравно, овакве уговорне одредбе немају дејства према повериоцима и не могу ограничити нити осујетити њихово право да се у складу са чланом 452 ЗОО наплаћују и од стицаоца имовине.

V. Закључак

Као што је напред објашњено, и правна теорија и судска пракса неподељено стоје на становишту да је циљ одредби члана 452 ЗОО да пруже заштиту интересима поверилаца у ситуацији када долази до преласка одређене имовинске целине или њеног дела са њиховог дужника на треће лице услед чега остваривање њиховог потраживања према дужнику – преносиоцу имовине може бити угрожено. Ипак, не спорећи оправданост становишта да правни систем мора и треба да обезбеди разумну заштиту интересима поверилаца, посебно у ситуацијама када несавесним или немарним понашањем дужника остваривање њихових потраживања бива угрожено, чини се да је потребно критички сагледати и економску суштину начина на који се члан 452 ЗОО тумачи и примењује у пракси. Ово нарочито јер члан 452 ЗОО није једини вид правне заштите који стоји на располагању повериоцима у нашем правном систему, док претерано широка примена овог члана може, према мишљењу аутора овог рада, бити изложена озбиљној критици са аспекта економске оправданости ове одредбе, као и имати изразито негативан ефекат на степен правне сигурности у имовинском промету у нашем друштву.

На првом месту, чини се да се оправданој критици може изложити становиште да се одредбе члана 452 ЗОО имају примењивати независно од теретности посла по основу којег је дошло до стицања предметне имовине. У ситуацији када, услед располагања имовином од стране дужника по правичним тржишним условима, не долази до негативних промена у његовој имовини, правни систем нема потребу да интервенише, а повериоци остају изложени ризицима наплате својих потраживања који су постојали и пре располагања имовином од стране дужника.

Надаље, премда би се потенцијално од неких учесника на тржишту (тј. привредних субјеката) у одређеним ситуацијама могло очекивати да

поступају са повећаном пажњом опрезног привредника (нпр. приликом стицања привредних субјеката, радњи, производних погона и сл.), чини се да би апсолутно и безусловно наметање принципа *caveat emptor* („купице, чувај се”) у редовним свакодневним трансакцијама (нарочито када се ради о обичним грађанима који неретко немају правно образовање) било исувише строго и у колизији са њиховим здраворазумским очекивањима (нпр. тешко је претпоставити да купац комада беле технике или намештаја у робној кући очекује да би могао бити одговоран за дугове свог продавца [нпр. према његовом добављачу] који се односе на купљени предмет). Исто тако, тешко је замислити која би то општа друштвена корист оправдавала овакво умањење правне сигурности у имовинском промету. Свакако, чини се да стављање поверилаца у повољнији положај услед располагања имовином од стране дужника уз правичну тржишну накнаду није адекватан разлог за усвајање оваквог принципа који би водио знатнијем умањењу правне сигурности у имовинском промету.

Коначно, потребно је имати у виду да у нашем праву члан 452 ЗОО није једино средство које стоји на располагању повериоцима за заштиту њихових интереса од несавесних или немарних понашања њихових дужника. Стога, приликом доношења одлуке о ширини примене и домашају члана 452 ЗОО потребно је имати у виду и друга правна средства која стоје на располагању повериоцима у нашем праву за заштиту њихових легитимних интереса.

На основу напред наведеног, чини се да се претежна судска пракса наших судова у погледу примене одредби члана 452 ЗОО може изложити оправданој критици, и са следећих главних разлога.

Прво, као што је напред објашњено, у ситуацији када се имовином располаже под правичним тржишним условима. примена члана 452 ЗОО практично води томе да се повериоци стављају у значајно бољи положај од онога у коме су били пре располагања имовином. Због тога би примена члана 452 ЗОО требало да буде ограничена на оне случајеве када се имовина преноси без накнаде (тј. бестеретно) или уз неадекватну накнаду – што узрокује негативну промену у активи имовине преносиоца.

Друго, неопходно је указати на једну правну грешку која се понавља на неколико места у напред наведеној судској пракси – а то је да се унос имовине као неновчаног улога у основни капитал зависног привредног друштва третира као бестеретно располагање. Наиме, када оснивач уноси неновчани улог у основни капитал зависног друштва, он за узврат (као накнаду за тај пренос) стиче (нови/увећани) удео у капиталу тог

друштва – који се огледа у акцијама (код акционарских друштава) или уделима (код друштава са ограниченом одговорношћу). Зато у активи имовине улагача, у нормалном току ствари, у таквим случајевима не долази до негативних промена – већ се само мења структура (активе) његове имовине (тако да, на пример, уместо ствари сада држи (увећани) удео у капиталу зависног привредног друштва). Штавише, сходно одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу, повериоци оснивача – преносиоца имовине у том случају своја потраживања према њему могу намиривати и из тих акција односно удела у зависном друштву, који су стечени по основу преноса тј. улога имовине у капитал зависног друштва (што додатно сведочи о теретности тог правног посла). Зато је доста јасно да у таквој ситуацији не стоји аргументација која се наводи у неким наведеним судским одлукама да би непримењивање члана 452 ЗОО у тим случајевима било противно основним начелима облигационог односа, јер би новоосновано предузеће преузело имовину без обавеза, а оснивачу остале обавезе без имовине из које би се повериоци могли намирити.

Треће, приликом примене члана 452 ЗОО неопходно је вагати између заштите легитимних интереса поверилаца преносиоца имовине и општег интереса заштите правне сигурности у правном промету. Било би апсолутно погрешно примењивати члан 452 ЗОО на тако екстензиван начин да се повериоци *de facto* доводе у повољнији положај од оног у коме су били пре располагања (као што је напред објашњено), а да се, на другој страни, уноси озбиљна несигурност у правни промет тако да стицаоци имовине који су платили правичну тржишну накнаду буду изложени ризику одговорности по члану 452 ЗОО. Нажалост, чини се да је тренутно преовлађујућа судска пракса управо на прагу овакве логике.

Четврто, разлози економског развоја такође налажу рационалнији приступ примени члана 452 ЗОО. Претерано широка примена члана 452 ЗОО не само да неоправдано умањује ниво правне сигурности у правном промету, већ и директно умањује сигурност за улагања у преузимање тзв. *ујрожене имовине* (енгл. *distressed assets*), попут имовине предузећа у финансијским проблемима или у поступку реструктурирања, где би савесни купац, који плати правичну тржишну вредност за ту имовину, могао свеједно бити одговоран за дугове преносиоца

Напред наведени разлози сугеришу да би примена члана 452 ЗОО требало да буде ограничена на оне случајеве када се имовина преноси без накнаде (тј. бестеретно) или уз неадекватну накнаду – што узрокује негативну промену у активи имовине преносиоца.

Притом, имајући у виду чињеницу да (како је напред објашњено) појединачна имовинска права која могу бити предмет преноса односно располагања у смислу члана 452 ЗОО немају своју посебну ни активу ни пасиву, једино што има смисла јесте да се лимит одговорности стицаоца имовине веже за стање активе имовине (тј. имовинске масе) преносиоца пре и после учињеног располагања. Уколико би након учињеног располагања имовином дошло до смањења вредности активе имовине (тј. имовинске масе) преносиоца, као последице тог располагања (на пример зато што је имовина пренете бестеретно или по неадекватној накнади), онда би применом члана 452 ЗОО стицалац те имовине требало да буде солидарно одговоран према повериоцима преносиоца за дугове који се односе на ту имовину, али са лимитом одговорности који је једнак износу умањења активе имовинске масе преносиоца које је последица учињеног располагања. Оваквим тумачењем завршног дела одредбе члана 452 ЗОО би се остварио циљ те одредбе, а без постизања нелогичних и неоправданих ефеката побољшања положаја поверилаца и заштите њихових интереса који нису ни били угрожени учињеним располагањем.

Slobodan J. Dokleštic, PhD

attorney at law in Belgrade

LIABILITY OF ACQUIRER OF ASSETS FOR LIABILITIES RELATED TO THE ACQUIRED ASSETS – A STEP TOWARDS MORE RATIONAL APPROACH TO THIS ISSUE

Summary:

According to the Article 452 of the Law on Obligations (the „LoO”), a person that acquires assets becomes liable for debts related to such acquired assets jointly and severally with the transferor, up to the value of such assets. According to the paragraph 2 of this Article, any provision of a contract excluding or limiting such liability does not have legal effect towards creditors.

Both in legal theory and in court practice this provision has been understood to have a role to offer additional protection to creditors of the transferor, as their interests may be endangered by asset disposal of their debtor. Accordingly, Serbian courts have consistently applied this provision in a way that acquirers of assets become jointly and severally liable with their transferors for debts related to the transferred assets, up to the value of the assets transferred. Such decisions have always been reasoned with the need to protect legitimate interests of the transferor's creditors, which may be jeopardized by the asset transfer.

As a vivid example of such court practice, one may quote a decision of the Higher Commercial Court (Pž. No. 4513/2000 dated 19 July 2000) determining liability of an acquirer of business premises for debts of the seller relating to unpaid costs of renovation of those premises. Neither the fact that these costs had arisen prior to the sale, nor the fact that the buyer was unaware of such unpaid debts, could defend the buyer from this liability. Also, in the eyes of the court it was irrelevant that the buyer had paid in full the purchase price for the premises to the seller.

Similar examples of court practice in Serbia are numerous. In particular, this rule has been often invoked and applied in situations when certain assets were transferred as a capital contribution from a parent company to its subsidiary in the capital increase procedures. In their hitherto practice Serbian courts have perceived such asset transfers as transfers „without consideration”, which in turn in their eyes justified the need to apply this provision and to determine liability of the asset acquirer on the ground of this legal doctrine (for examples of such court practice see judgments of the Higher Commercial Court Pž. No. 2310/99 and Pž. No. 6725/2004).

Yet, it seems that this kind of court practice may be exposed to well-founded critic, for several reasons.

In the first place, it should be noted that this legal provision is intended to protect legitimate interests of the creditors and not to put them in better position than they would have been in absence of the asset transfer. Namely, when assets are being sold or otherwise transferred under „arm’s length” terms (*i.e.* for a fair market value), then as a result of such transaction there is no negative change in the assets of the transferor. There is only a change in the structure of its assets, whereas their total value remains unchanged (*e.g.* instead of sold business premises the transferor has monies received on the account of the purchase price). Therefore, in such a case there is no legitimate need to apply this provision since legitimate interests of the creditors are not endangered. Otherwise, result of application of the Article 452 of LoO in that kind of situation is that creditors are placed in better position than they had been prior to the asset transfer. This is because they would post-transfer have two debtors instead of one, whereby economic position of their original debtor (the transferor) remains unchanged as a result of the asset transfer (because it received fair market value consideration for the transferred assets). Yet, irrespective of that, the creditors would get another joint and several debtor, with the possibility to seek collection not only from the transferred assets but from all of its other assets (up to the value of the transferred assets)! Obviously, such end-result would have no sense.

Secondly, far reaching application of the Article 452 of LoO would have adverse effect on the level of legal certainty in transactions between good faith parties. This because a good faith purchaser, which pays honest consideration for the acquired asset(s), would always be exposed to the risk to be held liable for debts of its seller related to sold asset(s) – irrespective of his knowledge (or lack thereof) of any such debts and the fact that he paid fair market value for the assets in question.

Thirdly, one should also bear in mind that the Article 452 of LoO is only one from a variety of legal remedies that are available to creditors whose claims have been endangered by actions (or lack of actions) of their debtors. Therefore, too broad application of the Article 452 of LoO under the pretext of protection of creditors' rights is not justified in cases of „arm's length" assets disposals – especially given the trade-off resulting in diminishing of legal certainty and unchanged economic position of the original debtor.

With all this mind, it would make sense to revise the approach to the Article 452 of LoO in a way to limit its application only to situations where assets are being transferred without consideration or for inadequate consideration – whereby in both cases liability of the acquirer would be limited to the fair market value of the acquired assets and by counting into that liability cap the amount that was paid by the acquirer for the respective assets. For example, if the acquirer paid 50% of the fair market value for the assets, he should be liable towards the transferor's creditors under this doctrine only for the remaining 50% of their value. And if he did not pay anything, he would be liable for the entire 100% of their value. In this way, we would achieve logical sustainability of the economic rationale for application of this provision – because it would be only applied in situations where creditors' interest could truly be harmed by actions of their debtors. On the other hand, legitimate interests of the acquirers would also be protected, because they could be held liable under this doctrine only when they acquired certain assets for no consideration or for inadequate consideration (and then only for a difference up to their full market value).

And one final point: transfers of assets as capital contributions in the capital increase procedures are not without consideration. In such transactions the transferor (*i.e.* contributor) receives in consideration for its contribution additional shares in the subsidiary company – which constitute distinctive assets they may be subject of enforcement procedure – as is rightfully noted in some judgments (see for example decision of the Higher Commercial Court Pž. No. 11105/2005(2)). Therefore, we may only hope that this kind of mistake will not be repeated in future by courts dealing with this issue. Obviously, the issue of valuation of the shares received in consideration for such capital contributions and their weighing against the fair market value of the transferred assets is a complex economic and financial issue that would have to be resolved by the court (with the help of expert witnesses) in each individual case.

Key words: Article 452 of the Law on Obligations, liability of the acquirer of assets for debts / liabilities related to those assets, accession to debt in case of asset transfer.

UDK: 347.626(497.11)

Др Драган Д. Пантић

адвокат у Великом Градишту

ИМОВИНСКИ ОДНОСИ СУПРУЖНИКА И ЗАШТИТА ПРАВА САВЕСНИХ ТРЕЋИХ ЛИЦА

Сажетак:

У раду аутор даје критички осврт на нека решења из брачно-имовинских односа у вези са заштитом права савесних трећих лица. Посебно су анализирана питања одговорности супружника за обавезе према трећим лицима и одговорност супружника за причињену штету трећим лицима. Ова два питања се презентују кроз приказ позитивно-правних решења, упоредноправни преглед, а посебан акценат је стављен на анализу решења која предвиђа Преднацрт грађанског законика и на предлоге *de lege ferenda*.

Кључне речи: имовински односи супружника, одговорност за обавезе, накнада штете, Преднацрт Грађанског законика Србије

І. Увод

Брачна заједница представља не само емоционалну, већ и економску заједницу у којој се свакодневно задовољавају различите животне потребе. Имовински односи између супружника представљају једну од важнијих области породичног законодавства. Такви односи се кроз историју стално мењају и развијају упоредо са развојем друштва. Ради се о деликатним односима који обухватају две гране права, јер се на њих истовремено примењују правила општег имовинског права и одредбе брачног права. Посебно значајна питања из области имовинских односа супружника представљају њихов однос према савесним трећим лицима и одговорност за доспеле обавезе и насталу штету.

Нова грађанскоправна регулатива би требало да уреди и област имовинских односа супружника. У Преднацрту Грађанског законика Србије се у вези са одговорношћу за обавезе супружника према трећим лицима и одговорношћу за насталу штету углавном сугерише наставак правног континуитета са Породичним законом. У раду су приказана позитивно-правна решења у нашем законодавству која се тичу имовинских односа супружника са посебним освртом на заштиту права савесних трећих лица; указано је на нека решења из упоредног права и дате су одређене сугестије и предлози којима би се могло доћи до побољшања сада важећих позитивноправних одредби.

II. Одговорност супружника за обавезе према трећим лицима настале управљањем и располагањем заједничком имовином

1. Породични закон Србије

У породичном законодавству Србије позитивноправни пропис је Породични закон Републике Србије из 2005. године.¹ Њиме су свеобухватно регулисани породични односи као и област брачних имовинских односа.

Управљање и располагање заједничком имовином регулисано је чл. 174 Породичног закона.²

Супружници су титулари права на заједничку имовину.³ Суштинско обележје правне природе заједничке имовине је да су познати власници-супружници, али није познат њихов власнички удео. Удели супружника су неопредељени у стварним и облигационим правима која потичу из њихове заједничке имовине. Оваква заједничка имовина супружника је специфична и разликује се од других облика својине. За разлику од сувласништва где је познат идеални удео, или етажне својине где је познат реални удео титулара права, код заједничке имовине супружника

¹ Породични закон – ПЗ, Службени гласник РС, бр. 18/05, 72/2011 и 6/2015.

² ПЗ, чл. 174 (1) „Заједничком имовином сујружници ујрављају и располажу заједнички и сјоразумно. (2) Смајтра се да јослове редовној ујрављања сујружник увек јредузима уз сајласноси другој сујружника. (3) Сујружник не може располајати својим уделом у заједничкој имовини, нији та може ојшерејији јравним јослом међу живима.”

³ У правној теорији се поставило питање тачности законског титулисања ове имовине као заједничке имовине, са примедбом да би тачнији термин био „брачна сувојина” (као оборива правна претпоставка); вид. Слободан Панов, *Породично јраво*, Београд 2012, 329.

постоји неодређеност њихових удела. Све док не дође до деобе заједничке имовине супружници том имовином управљају и располажу заједнички и споразумно. Уколико наведене послове предузима само један супружник, неопходна би била писана сагласност другог супружника у форми закључења уговора, којим би се уговорило само управљање или само располагање. Уколико се уговор односи на непокретност, исти се уписује у јавни регистар права на непокретностима, и у циљу веће правне сигурности мора бити оверен од стране јавног бележника.⁴

Ради лакшег правног промета законом је установљена претпоставка да за све послове у вези са редовним управљањем стварима и правима из заједничке имовине, један супружник има претходну сагласност другог супружника.

Супружник не може располагати својим неодређеним уделом у заједничкој имовини правним послом међу живима, али може располагати својим уделом правним послом *mortis causa* (нпр. тестаментом) ако није повређен удео другог супружника у заједничкој имовини. Уколико би један супружник без сагласности другог супружника отуђио ствар из заједничке имовине, такав уговор би био ништав, јер је противан императивној законској норми. Савесни стицалац би једино могао стећи право својине на тим стварима по основу општих правила о стицању својине одржајем, односно стицању својине од невласника. Притом постоји битна разлика у правилима о стицању својине на покретним стварима и стицању својине на непокретностима⁵ У правној теорији преовладава став да код отуђења покретних ствари један супружник то увек чини уз изричиту или прећутну сагласност другог супружника, јер би у супротном дошло до кочења правног промета и правне несигурности имајући у виду да се свакодневно закључује велики број правних послова у вези са покретним стварима.⁶

У породичном законодавству Србије нормирана су правила која се тичу одговорности супружника за сопствене обавезе – чл. 186 ПЗ,⁷ и одговорности за заједничке обавезе – чл. 187. ПЗ.⁸

⁴ ПЗ, чл. 189.

⁵ Марија Драшкић, *Коментар Породичног закона*, Београд 2016, 432.

⁶ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1996, 166.

⁷ ПЗ чл. 186 (Одговорност за обавезе): „За сопствене обавезе преузете пре или након закључења брака одговара супружник који их је преузео својом посебном имовином, као и својим делом у заједничкој имовини.”

⁸ ПЗ, чл. 187 (Одговорност за заједничке обавезе): „(1) За обавезе преузете ради подмирења потреба заједничког живота у браку, као и обавезе које по закону ширење оба супружника, одговарају супружници солидарно својом заједничком и посебном имовином,

2. Преднацрт Грађанског законика Србије

У нашој држави је током претходних година постојао интензиван рад на кодификацији грађанскоправне области који је требало да у догледно време резултира доношењем Грађанског законика.⁹ У будућој грађанскоправној регулативи посвећена је пажња имовинским односима супружника, а у оквиру тога о правном регулисању питања управљања и располагања заједничком имовином и обавезама супружника према трећим лицима. До сада су објављене две верзије Преднацрта Грађанског законика. У првој, која је објављена 2015. године, било је 468 алтернативних предлога појединих законских решења.¹⁰ Након јавне расправе о Преднацрту, која је уследила после објављивања Преднацрта, и на основу добијених сугестија и предлога, Комисија за израду Грађанског законика је 2019. године објавила другу верзију Преднацрта, која ће, такође, бити предмет јавне расправе у циљу припреме што бољег финалног текста Преднацрта.¹¹

а) Располагање и управљање заједничком имовином

У Преднацрту Грађанског законика у вези са управљањем и располагањем заједничком имовином нормирана је одредба члана 2322 који је компаративан са досадашњим решењем из члана 174 Породичног законика.¹²

(2) Сујружник који је из своје посебне имовине подмирио заједничку обавезу има право на накнаду од другој сујружника сразмерно његовом уделу у заједничкој имовини."

⁹ Влада Републике Србије је образовала Комисију за израду Грађанског законика 2006. године, а донела је одлуку о престанку рада Комисије закључно са 31. јулом 2019. године.

¹⁰ Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика. *Грађански законик, радни текстови припремљени за јавну расправу са алтернативним предлозима*, Београд, 29. мај.2015. године.

¹¹ Влада Републике Србије. Комисија за израду Грађанског законика. *Преднацрт Грађански законика Републике Србије (друга верзија – радни текстови)*, Београд, мај-јун 2019. године. Друга верзија Преднацрта је ради потпунијег информисања правничке јавности са концепцијом и предложеним решењима објављена у два посебна броја *Бранича*, и то Општи део и поглавље о Облигационим односима у броју: 3/2918, а поглавље о Стварном праву, Породичним односима и Наслеђивању у броју: 4/2018 (оба броја су објављена у 2019. години).

¹² Чл. 2322. Преднацрта – управљање и располагање – (1) *Заједничком имовином сујружници управљају и располажу заједнички и сјоразумно. (2) Сматра се да полове редовној управљања сујружник увек преузима уз сагласношћу другој сујружника. (3) Сујружник не може располагати својим уделом у заједничкој имовини, ништи га може ошшерешити правним пословом међу живима.*

Овде се законодавац изјаснио у вези са редовним управљањем заједничком имовином за коју једном супружнику не треба посебна дозвола од стране другог супружника, и која се сагласност претпоставља. Међутим, код нормирања овог члана законодавац је остао недоречен у погледу питања шта спада у домен редовног управљања и располагања заједничком имовином, а шта у домен ванредног управљања, и који су то послови који премашују обим редовне употребе. Сматрамо да би у законском тексту требало направити јасну разлику у томе шта спада у послове редовног управљања имовином, за шта се претпоставља пристанак другог саговорника, а шта спада у послове ванредног управљања и располагања имовином и на који начин један супружник може предузимати послове већег обима у вези са заједничком имовином. С тим у вези сматрамо да је неопходно да се у законском тексту наведу послови редовне употребе, код којих није потребан пристанак другог супружника, и ванредни послови, за које је потребан пристанак другог супружника. Оваквим поименичим набрајањем послова којима супружници могу располагати самостално, односно за који им је потребан пристанак другог супружника, постигла би се и практична корист утолико што би се сви супружници, од којих највећи део нису правници, упознали са пословима за чије предузимање им је потребна сагласност другог супружника.

Као послове редовног управљања могли би се сматрати послови у вези са редовним одржавањем, искоришћавањем и употребом ствари за њену редовну сврху. За такве послове не би се тражио изричито пристанак другог супружника и сматрало би се да је други супружник дао своју сагласност, уколико се не докаже супротно.

Као послове ванредног управљања на некретнинама или покретним стварима веће вредности, сматрали би се: давање ствари у закуп, најам или залог, успостављање хипотеке или заложног права, успостављање службености, стварног терета или права грађења у корист трећих лица, промена намене ствари, веће поправке или доградње којима се мења целовитост ствари.

У будућој законској регулативи треба задржати правило да супружници заједнички управљају и располажу имовином. Уколико би један супружник у вези са располагањем и коришћењем заједничке имовине и поред овакве обавезне сагласности другог супружника, ипак самостално предузео послове располагања којима би отуђио заједничку имовину, поставило би се питање да ли би такав правни посао производио правна дејства. Притом треба уочити да постоји разлика у томе да ли је супружник располагао покретном ствари или непокретношћу.

У неким законодавствима држава бивше Југославије усвојено је правило да се у односу на трећа лица која ступају у правни однос са једним супружником као одлучујућа околност за утврђивања пуноважности тог правног посла цени њихова савесност. У законодавству Хрватске је Обитељским законом из 2015. године усвојено правило да непостојање сагласности за послове редовног и ванредног управљања имовином не утиче на права и обавезе савесне треће особе.¹³ Према оваквој регулативи, један супружник би могао без сагласности другог супружника располагати и отуђити осим покретних ствари и непокретности, те уколико би треће лице било савесно, такав недостатак не би могао утицати на његова стечена права и правни посао би био пуноважан, с тим што би супружник био у обавези да другом супружнику надокнади сву штету која би за њега проистекла из тог правног посла.¹⁴ У законодавству БиХ – Републике Српске ово питање је уређено стварноправном регулативом, те се код располагања покретним стварима осим савесности захтева и испуњење другог кумулативног услова који се односи на правну природу закљученог посла, па се услов сматра испуњеним само ако је располагање учињено на основу теретног правног посла.¹⁵ Код располагања непокретностима ситуација је нешто сложенија, нарочито ако је супружник који располаже имовином уписан у земљишним књигама као искључиви власник. Тада долази до колизије два важна начела имовинског права: начела да нико не може на другом пренети више права него што сам има и начела поверења у земљишне књиге. Овде је законодавац дао предност начелу поверења у земљишне књиге и прописао да ће треће лице стећи својину у пуном обиму на предметној непокретности ако је поступало у доброј вери и када у земљишним књигама није била уписана заједничка својина супружника.¹⁶ Оправдање за овакав приступ правна теорија налази првенствено у заштити интереса савесних трећих лица и поштовању начела правне сигурности. Осим тога,

¹³ Обитељски закон Хрватске, *Narodne novine*, бр. 103/15, и 98/19, чл. 37 ст. 3.

¹⁴ Оваква одредба није постојала у ранијим Обитељским законима Хрватске из 1999. године (*Narodne novine*, бр. 162/98) и 2003. године (*Narodne novine*, бр. 116/03), где је било прописано да је један супружник без сагласности другог супружника може да предузима само послове редовног управљања заједничком имовином, али не и ванредног управљања. У хрватској правној теорији у вези са таквим новим решењем постоје аргументовани приговори – вид. Томислав Аралица, *Брачна стечевина и дрући имовински односи брачних другова у судској пракси: имовински односи изванбрачних другова и животињних партнера: законски текстови и бојаша судска пракса*, Загреб 2017, 33.

¹⁵ Закон о стварним правима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр.124/08, чл. 47 ст. 2 тач. а.

¹⁶ Закон о стварним правима Републике Српске, чл. 47 ст. 2 тач. б.

сматра се да овакво решење погодује и интересима самих супружника, јер би у супротном трећа лица са значајном резервом улазила у односе са лицима која су у браку, па би могло евентуално доћи и до избегавања закључења правних послова са њима.¹⁷

Оваква решења из упоредног права су дискутабилна из више разлога. Најпре, она су у супротности са неким начелима и правилима стварног и облигационог права. Једно од основних начела грађанског права је да нико не може на другом пренети више права него што сам има.¹⁸ Поред тога, оваква располагања би била и супротна правилима о ништавости уговора уколико су закључени противно принудним прописима. Уколико је неспорно да би наша будућа законска регулатива требало да садржи обавезну писану сагласност другог супружника за ванредно управљање и располагање заједничком имовином, онда би давање пуноважности закљученом правном послу без такве сагласности било у супротности са принудним прописима који такве правне послове сматрају ништавим. Располагање странака се у одређеним случајевима ограничава принудним прописима. Зато закључење правног посла у коме је предмет обавезе недопуштен не производи правно дејство и суд му не даје правну заштиту. Забраном путем принудних прописа штити се законитост односно друштвени и правни поредак. Иако су према Закону о облигационим односима странке слободне да облигациони однос уреде према својој вољи,¹⁹ ипак за неке односе закон прописује одређене услове, којих се странке морају придржавати. Тиме је ограничена аутономија воље странака у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.²⁰ Тако и у овом случају, ако је уговором или на други начин један супружник, без писане сагласности другог супружника, располагао одређеним делом заједничке имовине, суд таквом правном послу неће дати правну заштиту јер је противан принудном пропису, и самим тим је такав правни посао ништав.²¹

Стога сматрамо да би наш законодавац у будућој законској регулативи требало најпре да у тексту закона прецизира шта спада у послове редовног, а шта у послове ванредног управљања заједничком имовином. Затим би требало да усвоји правило да послове ванредног управљања и

¹⁷ Дарко Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука 2016, 169.

¹⁸ Позната је латинска изрека: „*Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*” која изражава основно начело грађанског права да само титулар права може то право пренети на друго лице.

¹⁹ Закон о облигационим односима – ЗОО, чл. 10.

²⁰ ЗОО, чл. 49.

²¹ ЗОО, чл. 103.

располагањима непокретностима или покретним стварима веће вредности односно покретним стварима уписаним у јавни регистар (моторно возило, пловило...), могу само заједнички предузимати оба супружника или уколико наведене послове предузима само један супружник, неопходна би била писана сагласност другог супружника, која би морала бити оверена од стране јавног бележника. У супротном би такав правни посао био ништав. Усвајањем оваквог правила спречиле би се ситуације у којима би могло да дође до угрожавања материјалне стабилности породице, што би било у складу са интенцијом нашег законодавца.

Код редовног управљања заједничком имовином таква сагласност другог супружника не би била неопходна. Закључени правни посао једног супружника без сагласности другог супружника не би утицао на права и обавезе савесног трећег лица, јер би се у таквим ситуацијама сагласност другог супружника подразумевала.

Једнострано располагање једног супружника ван редовног управљања и располагања могло би се сматрати и пословодством без налога.²² Једино ако предузети посао није трпео одлагање, ако је био нужен да би се отклонила опасност од наступања штете, или би се њима остварила корист за титуларе имовине, супружник не би трпео правне последице. У супротном, оштећени супружник би се штитио облигационоправним захтевом којим би захтевао накнаду вредности отуђеног добра сразмерно његовом уделу. Такав захтев би могао да оствари у судском поступку за накнаду штете поштујући законске рокове,²³ или у поступку деобе заједничке имовине, где би се приликом утврђивања и обрачуна деобне масе ово потраживање урачунало у посебну имовину оштећеног супружника.

б) Одговорности за обавезе према трећим лицима

У савременом друштву појединац је оптерећен различитим обавезама које су део свакодневице, а дугови представљају саставни део реалног живота. Када настане одређена обавеза супружника према трећим лицима, поставља се питање ко је одговоран за настале дугове. Разјашњење такве дилеме је нарочито важно за повериоце, који пре покретања принудне наплате морају знати ко је пасивно легитимисан у будућем извршном поступку, односно да ли наплату могу захтевати од оба брачна друга солидарно или само од једног супружника.

²² ЗОО, чл. 751 и 752.

²³ Захтев за накнаду штете би морао да поднесе у оквиру субјективног рока од једне године односно објективном року од три године у смислу чл. 117 ЗОО.

У вези са одговорношћу за обавезе супружника према трећим лицима наш законодавац је у Преднацрту грађанског законика у члановима 2335 и 2336 прихватио преузимање одредби из досадашњег позитивног породичног законодавства из чланова 186 и 187 Породичног закона.

Из наведених одредби се може видети да је законодавац уочио разлику између одговорности једног супружника за сопствене обавезе и одговорности оба супружника за заједничке обавезе. Што се тиче насталих обавеза према трећим лицима у вези са коришћењем и употребом заједничке имовине, наш законодавац је правилно разграничио у којим случајевима оба супружника за настале обавезе одговарају солидарно, а за које обавезе одговара само један од супружника.

Законодавац је у вези са питањем одговорности супружника за заједничке обавезе дао значај утврђивању чињенице да ли је правни посао из којег је настала обавеза према трећем лицу, предузет у циљу задовољавања потреба заједничког живота или у неку другу сврху. Тиме је дато до знања да се правила о солидарној одговорности супружника примењују само на оне обавезе које су резултат имовинске и животне заједнице супружника. Међутим, из законског текста се не може детаљније закључити шта спада у потребе заједничког живота, што може у пракси створити одређене недоумице. Сматрамо да би у потребе заједничког живота спадале све потребе једне породице и то: егзистенцијалне, образовне, културне или друге природе. Такве обавезе могу бити периодичног карактера у смислу редовног плаћања режија (струја, вода, комуналије, интернет), пореза, најма стана, као и текућих потреба исхране, одевања, поправке кућних апарата, лечења, итд. Осим периодичних обавеза, такве потребе би могле бити и једнократне у смислу куповине стана, аутомобила итд. Све ове потребе су субјективног карактера и зависе од економских прилика и животног стандарда супружника. У том случају би за настале обавезе ради задовољавања потреба заједничког живота солидарно одговарала оба супружника заједничком имовином или својом посебном имовином. Ово све под условом да је у тренутку преузимања обавезе егзистирала заједница живота, јер у супротном не би постојала солидарна одговорност већ појединачна.

Уколико би један од супружника предузео самостално и без сагласности другог супружника послове већег обима из којих би настале обавезе према трећим лицима, или уколико би одређена обавеза била несоразмерно велика у односу на квалитет њиховог животног стандарда, навика и уобичајеног понашања у потрошњи добара и услуга, онда би се таква обавеза сматрала појединачном обавезом једног супружника. За такву обавезу би он самостално одговарао и био би једини пасивно

легитимисан као дужник према трећим лицима. У таквим случајевима би наш законодавац могао да као основ одговорности за настале обавезезначи лоше управљање једног од супружника заједничком имовином. За разлику од упоредног законодавства, у нашем породичном законодавству није том проблему дат посебан значај. Сматрамо да би у случају лошег управљања заједничком имовином које би проузроковало непотребне обавезе за брачну заједницу, одговорност требало да сноси искључиво супружник који је такве обавезе својим лошим управљањем скривио. У том случају би тај супружник самостално одговарао за доспеле обавезе према трећим лицима, а био би и у обавези да накнади штету другом супружнику.

Поред тога један супружник би био самостално обавезан према трећим лицима у вези са накнадом штете код уговорне или деликтне одговорности, код плаћања новчане казне и судских трошкова у прекршајном или редовном судском поступку, обавезе из уговора о јемству итд. Повериоци би се у том случају могли намирити из посебне имовине тог супружника, као и из заједничке имовине али само до висине вредности удела тог супружника у заједничкој имовини. Повериоци би били овлашћени да иницирају код суда поступак деобе заједничке имовине у циљу тачног утврђивања удела супруга – дужника у заједничкој имовини, и то само уколико претходно нису могли намирити своја потраживања из његове посебне имовине.²⁴

Уколико поверилац, након деобе заједничке имовине, иницира поступак принудне наплате према једном супружнику, други супружник би имао право прече куповине на ствари која је предмет јавне продаје у извршном поступку, сходно члану 700 ст. 3 и члану 701 Преднацрта. Пошто би Грађански законик представљао јединствену целину, правила која регулишу законско право прече куповине примењивала би се у таквим случајевима и на супружнике, јер деобом заједничке имовине супружници постају сувласници у смислу члана 2326 Преднацрта. Могућност примене оваквог правила за супружнике је важна из разлога што би у неким случајевима било корисно да се у оквиру домаћинства сачува одређена ствар која је од значаја за њихове свакодневне потребе.

3. Упоредно право

У Швајцарској су посебним поглављем у Грађанском законуку регулисани имовинскоправни односи између супружника.²⁵ Такве односе

²⁴ Такво решење је већ прописано позитивним законодавством у чл. 181 ПЗ.

²⁵ Прво поглавље шестог дела Швајцарског грађанског законика садржи опште

супружници могу уредити према законском или уговорном режиму.²⁶ У швајцарској грађанској регулативи се код законског режима уређења имовинскоправних односа уочава постојање посебне и заједничке имовине супружника.²⁷ За разлику од нашег законодавства, у Швајцарској је детаљније прописано шта спада у заједничку, а шта у посебну имовину супружника. Заједничку имовину као брачну тековину представљају приходи од сопственог радног ангажовања, добијене накнаде од социјалне помоћи и социјалног осигурања, износи накнаде штете по основу неспособности за рад, приходи од сопствене имовине и добра стечена од поновног улагања заједничке имовине.²⁸ Насупрот томе, посебну имовину супружника представљају вредносни папири искључиво намењени за личну употребу тог супружника, добра која је супружник поседовао пре ступања у брачну заједницу или су му касније припала наслеђивањем или бесплатно по другом основу, потраживање накнаде нематеријалне штете и добра стечена поновним улагањем сопствене имовине.²⁹ Супружници могу уговорити брачним уговором да добра стечена обављањем професије или радом предузећа могу представљати део сопствене имовине, а могу уговорити и да приходи или добит из сопствене имовине неће представљати брачну тековину.³⁰ Сваки супружник који тврди да одређена имовина припада једном или другом супружнику то мора доказати. Уколико такав доказ не постоји, сматра се да је брачна тековина сувласништво оба супружника.³¹ Сваки супружник има право на управљање, коришћење и располагање брачном тековином, али један супружник не може располагати својим делом без сагласности другог супружника.³² Швајцарски грађански законик се посебно бавио обавезама супружника према трећим лицима, те је прописао да сваки супружник одговара за дугове на својој имовини.³³ Посебно је назначено да уколико један супружник одговоран за настанак дугова, за такве своје дугове одговара целом својом имовином.³⁴

одредбе којима су регулисани имовинскоправни односи у браку, док је у другом поглављу регулисано питање режима учешћа супружника у брачној тековини.

²⁶ Швајцарски грађански законик из 1907. године ступио на снагу 1912. године (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*), чл. 181 – даље ШГЗ.

²⁷ ШГЗ, чл. 196.

²⁸ ШГЗ, чл. 197 ст.1 и 2.

²⁹ ШГЗ, чл. 198.

³⁰ ШГЗ, чл. 199 ст. 1 и 2.

³¹ ШГЗ, чл. 200.

³² ШГЗ, чл. 201.

³³ ШГЗ, чл. 202.

³⁴ ШГЗ, чл. 249.

У италијанском законодавству важећа је претпоставка постојања законског режима заједничке својине и подразумева се да имовина стечена у браку припада супружницима.³⁵ Уколико један од супружника сматра да има искључиво право над одређеном заједничком имовином, потребно је доказати то право валидном документацијом, сваки пут када је за пуноважност правног посла потребна писана форма.³⁶ Без обзира што је један од супружника учествовао у правном послу којим је стечена непокретност, сматра се да је правни посао учињен у име и за рачун брачне тековине, те тиме други брачни друг стиче читав низ права на тој имовини.³⁷

О одговорности према трећим лицима нарочито се говори у члану 189 и 190 Италијанског грађанског законика. Тако је у члану 189 прописано да сваки супружник одговара имовином која улази у заједничку тековину супсидијарно и то до висине вредности која одговара уделу брачног друга који се обавезао, а све то у случају обавезе која је настала због непоштовања правила о ванредном управљању заједничком имовином или ради испуњења обавеза насталих ради задовољавања потреба различитих од породичних интереса. Овде је законодавац желео да регулише питање одговорности супружника за обавезе које нису настале ради задовољења породичних интереса, као и да дефинише питање пасивне легитимације према повериоцима за намирење таквих обавеза. Чланом 190 Законика је прописано да се повериоци у правном односу који је настао ради задовољења одређеног породичног интереса, могу за половину дуга намирити на посебној имовини брачних другова. Овде се уочава разлика између намирења дугова насталих у циљу породичних интереса и дугова насталих изван тога. Кроз дугогодишњу судску праксу дошло се до става да би, уколико је обавеза настала у циљу остваривања одређеног интереса породице, таква обавеза коју је предузео један брачни друг обавезала другог, потребно да се код треће особе – повериоца, створи чврсто уверење да се један супружник обавезао и у име другог, а да је други супружник хтео прихватање такве обавезе.³⁸

У француском праву је на снази режим заједнице имовина који представља комбинацију режима посебне имовине и режима заједнице

³⁵ Италијански грађански законик из 1942. године (*Codice Civile*), чл. 219 – даље ИГЗ.

³⁶ ИГЗ, чл. 2725.

³⁷ Lucia Ruggeri, Sandra Winkler, „Neka pitanja o imovinskim odnosima bračnih drugova u hrvatskom i talijanskom obiteljskom pravu”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, 1/2019, 188.

³⁸ L. Ruggeri, 183.

стечене имовине, уколико супружници не закључе предбрачни уговор.³⁹ О неким питањима која су значајна за интересе породице искључена је слобода уговарања, те супружници не могу споразумно уређивати имовинска права и обавезе у погледу одгоја деце, вођења заједничког домаћинства и породичног дома, на које односе се примењује обавезни законски брачно-имовински режим.⁴⁰ Имовина коју је један супружник поседовао пре брака остаје његова посебна имовина, као и имовина стечена у браку личним поклоном родитеља, рођака или других лица искључиво једном супружнику,⁴¹ али и новостечена имовина располагањем из посебне имовине.⁴² Заједничком имовином се сматра оно што су супружници заједно или одвојено стекли у току трајања брака и оно што је проистекло од њихових личних прихода.⁴³

У вези са управљањем и располагањем заједничком имовином прописано је да сваки супружник може предузимати послове редовног управљања и располагања, али ако учини том приликом одређене пропусте, самостално за њих одговара.⁴⁴ Предузети правни посао обавезује и другог супружника који није учествовао у његовом закључењу, осим ако се ради о пословима у вези са занимањем супружника. Када је у питању располагање вреднијом заједничком имовином, постоје законска ограничења утолико што један супружник без сагласности другог не може продати ни оптеретити непокретност, пословну имовину, непреносива права у привредном друштву и покретне ствари за чије отуђење се захтева овера нотара, нити може дати у закуп пољопривредно газдинство и непокретности које се користе у комерцијалне или индустријске сврхе.⁴⁵

Уколико један од супружника чини пропусте и грешке у управљању и располагању имовином у мери у којој се угрожавају интереси породице, други супружник је овлашћен да затражи деобу заједнице добара чиме би се ушло у режим одвојених имовина.⁴⁶ Када један супружник прекорачи овлашћења у управљању и располагању заједничком имовином постоје две санкције: у случају преваре (*fraude*) правни посао не производи правне последице према другом супружнику и постоји

³⁹ Француски грађански законик из 1804. године (*Code civil*), чл. 1400 – даље ФГЗ.

⁴⁰ ФГЗ, чл. 212–226.

⁴¹ ФГЗ, чл. 1405.

⁴² ФГЗ, чл. 1406.

⁴³ ФГЗ, чл. 1401.

⁴⁴ ФГЗ, чл. 1421 ст. 1.

⁴⁵ ФГЗ, чл. 1424–1425.

⁴⁶ ФГЗ, чл. 1449.

могућност да савесни оштећени супружник у том случају поднесе захтев за накнаду штете. Француско право познаје правило да ако један брачни друг грубо занемарује своје обавезе и угрожава интересе породице, суд може одредити да тај супружник не може да закључује правне послове располагања заједничком или чак својом посебном имовином без сагласности другог супружника. Ова мера максимално траје три године.⁴⁷

III. Одговорност супружника према трећим лицима за насталу штету

Супружници одговарају према општим правилима грађанског права за насталу штету трећим лицима солидарно или појединачно.

Супружник одговара самостално за насталу штету уколико је штету причинио пре закључења брака или уколико је својим самосталним радњама, без доприноса другог супружника, начинио штету. У случају појединачног дуга због настале штете, поверилац може тражити наплату из посебне имовине одговорног супружника или из сувласничког дела брачне имовине.

Солидарно одговарају трећим лицима оба супружника за штету коју посредно или непосредно заједнички проузрокују и за штету коју трећим лицима причини њихово дете.

1. Одговорност супружника за штету коју заједнички проузрокују

Према правилима грађанског права о одговорности за насталу штету супружници спадају у лица која заједничким деловањем могу трећим лицима причинити штету. Њихову солидарну одговорност предвиђа чл. 206 ЗОО.⁴⁸

Оваква правила облигационог права обавезују супружнике да надокнаде штету уколико су је заједнички проузроковали. Штету могу учи-

⁴⁷ Ирена Мајсторовић, *Брачни уговор*, Загреб 2005, 102–103.

⁴⁸ Чл. 206. ЗОО: (1) „За штету коју је више лица проузроковало заједно, сви учесници одговарају солидарно. (2) Подсирекач и помаћач, као и онај који је помогао да се одговорна лица не открију, одговарају солидарно са њима. (3) Солидарно одговарају за проузроковану штету и лица која су проузроковала радећи независно једно о другој, ако се не могу утврдити њихови удели у проузрокованој штети. (4) Кад је несумњиво да је штету проузроковало неко од два или више одређених лица која су на неки начин међусобно повезана, а не може се утврдити које је од њих штету проузроковало, та лица одговарају солидарно.”

нити непосредно заједничким деловањем или деловањем независно једно од другог при чему се не могу утврдити њихови удели у насталој штети.

Међутим, штета може бити причињена трећим лицима и без непосредне делатности супружника, односно када се не може утврдити ко је од њих непосредно одговоран за насталу штету. У том случају је њихова одговорност објективна. На пример, уколико животиња власништво оба супружника причини штету трећем лицу, или уколико падне цреп или део фасаде са куће супружника и нанесе физичку штету трећем лицу или причини штету његовој имовини (нпр. оштети аутомобил) – у тим случајевима за насталу штету солидарно одговарају оба супружника и поверилац се може наплатити појединачно од сваког супружника или из њихове заједничке имовине.

Након што би само један од супружника намирио настали дуг, њихови међусобни односи би се решавали према општим правилима облигационог права. Уколико би њихов допринос насталој штети био једнак или у некој другој утврђеној сразмери, супружник који је самостално намирио штету из своје посебне имовине имао би право да од другог брачног друга захтева исплату разлике сразмерно његовом учешћу у насталој штети.

2. Одговорност супружника за штету коју проузрокује њихово дете

Према правилима облигационог права родитељи солидарно одговарају за штету који причини трећем лицу њихово дете. У судској пракси је заузет став да је одговорност родитеља солидарна без обзира на то да ли су закључили брак или не, да ли живе у заједници живота или таква заједница дуже времена не постоји, као и без обзира на то да ли су разведени и ком родитељу је дете поверено на негу, чување и васпитање.⁴⁹

За штету коју причини дете до седме године старости родитељи одговарају према објективној одговорности, без обзира да ли су криви за насталу штету, осим ако не постоје законом прописани разлози за искључење одговорности. Правило о објективној одговорности родитеља за штету коју причини дете таквог узраста је примењивано у судској пракси и пре усвајања ЗОО.⁵⁰

⁴⁹ Бојан Пајтић, Сања Радовановић, Атила Дудаш, *Облигационо право*, Нови Сад 2018, 496.

⁵⁰ Одлука Савезног врховног суда Рев. 696/1960, нав. према: Стојан Цигој, у:

Одговорност родитеља за штету коју причини дете до седме године старости у нашем праву је постављена веома строго – строже од централног случаја објективне одговорности за опасну ствар. Родитеље не ослобађа одговорности ни уколико је надзор над дететом био препуштен другом нпр. болници или обданишту. Овакво решење нашег законодавца одступа од уобичајених решења у европским правима. У највећем броју европских држава одговорност родитеља за штету коју причини дете заснива се на њиховој кривици. У неким правима се кривица родитеља обориво претпоставља (белгијско, немачко, чешко, италијанско, португалско), док у другим правима кривицу родитеља доказује оштећеник (аустријско, енглеско, шведско). Изузетак је француско право у коме је одговорност родитеља објективна.⁵¹

Правни положај родитеља се битно разликује у зависности од узраста детета. Наш законодавац је прихватио објективну одговорност родитеља за штету коју проузрокује дете млађе од седам година.⁵² Родитељи се могу ослободити одговорности само ако постоји неки разлог који искључује објективну одговорност.⁵³

За штету коју причини дете старије од седам година постоји законска претпоставка да су родитељи одговорни, при чему је њихова кривица релативна и они могу доказивати супротно. За дете узраста од седам до 14 година постоји претпоставка да није способно за расуђивање, те сходно томе не може да одговара за штету, већ за штету одговарају родитељи. Оваква одговорност родитеља није објективна већ субјективна, јер се родитељи могу ослободити одговорности ако докажу да је штета настала без њихове кривице.⁵⁴ Поред родитеља за штету може да одговара и сам малолетник јер претпоставка о његовој неспособности за расуђивање није необорива. Оштећеник може да има правни интерес за обарање ове претпоставке ако, на пример, малолетник има сопствену имовину из које може да се наплати штета. Уколико родитељи не успеју да оборе претпоставку своје кривице, а оштећеник обори претпоставку

Коментар закона о облигационим односима (ур. Врлета Круљ, Борислав Благојевић), Београд 1983, 599.

⁵¹ Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, 225–226.

⁵² Чл. 165 ст. 1 ЗОО: „Родитељи одговарају за штету коју проузрокује другом њихово дете до навршене седме године, без обзира на своју кривицу.”

⁵³ Чл. 165 ст. 2 ЗОО: „Они се ослобађају одговорности ако постоје разлози за искључење одговорности према правилима о одговорности, без обзира на кривицу.”

⁵⁴ Чл. 165 ст. 4 ЗОО: „Родитељи одговарају за штету коју проузрокује другом њихово малолетно дете које је навршило седам година, осим ако докажу да је штета настала без њихове кривице.”

деликтне неспособности детета, онда за штету одговарају родитељи по основу одговорности за другог, а дете по основу одговорности за сопствене поступке. У тим случајевима је наш законодавац прописао правило да је одговорност родитеља и детета солидарна.⁵⁵

Дете које је навршило 14 година одговара за штету према општим правилима одговорности по основу кривице, што значи да се претпостављају његова способност за расуђивање и његова кривица. Међутим, то не ослобађа родитеље одговорности, јер они одговарају по основу претпостављене кривице. И у овом случају је могуће да родитељи оборе претпоставку о својој кривици, а могуће је и да малолетник обори претпоставку своје кривице. Тако су могући исходи да за штету одговарају само родитељи или само малолетник или да заједно одговарају солидарно.⁵⁶

Међутим, у пракси може доћи до ситуације да претпоставку о властитој кривици оборе и родитељи и дете. Тада за штету нико не би одговарао, што би било неправично, јер оштећеник и поред претрпљене и доказане штете не би могао да добије накнаду. Стога је законодавац неправичност оваквог исхода ублажио установом одговорности по основу правичности. У ЗОО су прописана два случаја одговорности за другог по основу правичности. Први се тиче накнаде штете од деликтно неспособног лица, у случајевима када се накнада не може добити од лица које је било дужно да води надзор над њим, ако малолетник поседује имовину из које би се могло наплатити потраживање.⁵⁷ Други случај тиче се одговорности родитеља за штету коју проузрокује њихово малолетно дете, које је способно за расуђивање, али није у стању да надокнади штету. Тада суд може, када то правичност захтева, а нарочито с обзиром на материјално стање родитеља и оштећеника, обавезати родитеље на надокнаде штету у потпуности или делимично, иако за њу нису криви.⁵⁸

⁵⁵ Чл. 166 ЗОО: „Ако поред родитеља одговара за штету и дете, њихова одговорност је солидарна.”

⁵⁶ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, 496.

⁵⁷ Чл. 169 ст. 1 ЗОО: „У случају штете коју је проузроковало лице које за њу није одговорно, а накнада се не може добити од лица које је било дужно да води надзор над њим, суд може, кад то правичност захтева, а нарочито с обзиром на материјално стање оштећеника и оштећеника, осудити оштећеника да накнади штету, потпуно или делимично.”

⁵⁸ Чл. 169 ст. 2 ЗОО: „Ако је штету проузроковао малолетник способан за расуђивање који није у стању да је надокнади, суд може, кад то правичност захтева, а нарочито с обзиром на материјално стање родитеља и оштећеника, обавезати родитеље да накнаде штету, потпуно или делимично, иако за њу нису криви.”

IV. Закључак

У области имовинских односа супружника значајно место припада управљању и располагању заједничком имовином и одговорности супружника за обавезе према трећим лицима. Наведена питања смо анализирали кроз упоредноправни преглед и позитивноправна решења, дајући притом сугестије и предлоге *de lege ferenda*.

У упоредном праву је брачно-имовинским односима дат посебан значај. У раду смо приказали како су у законодавствима Швајцарске, Италије и Француске решавана питања из брачног имовинског права у вези са управљањем и располагањем заједничком имовином и одговорношћу супружника за преузете обавезе, која поједина решења би могла бити корисна за наше будуће право.

Породични закон Србије прописује правило да супружници заједнички управљају и располажу имовином, што треба задржати и у будућој законској регулативи. Један супружник би могао без сагласности другог да обавља само послове редовног управљања имовином. За ванредно управљање и располагање непокретном имовином или покретним стварима веће вредности, односно покретним стварима које се уписују у јавни регистар, била би неопходна писана сагласност другог супружника оверена од стране јавног бележника. Без постојања такве сагласности закључени правни посао био би ништав. Притом би било корисно да се у законском тексту наведу послови редовне употребе, код којих није потребан пристанак другог супружника, и ванредни послови, за које је такав пристанак потребан. Супружник би без потребне сагласности другог супружника изузетно могао да ванредно располаже заједничком имовином само у оправданим случајевима компаративним поступању налогопримца без налога (ако поступајући са пажњом доброг домаћина и по процени свих околности основано сматра да то захтевају интереси супружника, ако предузети посао није трпео одлагање, ако је био нужан да би се отклонила опасност од наступања штете или би се њиме остварила корист за супружнике).

У будућој законској регулативи би требало задржати правило према коме постоји посебна одговорност за преузете обавезе једног супружника и солидарна одговорност оба супружника за заједничке обавезе. Посебна одговорност једног супружника би постојала уколико супружник лоше управља и располаже заједничком имовином и тиме проузрокује непотребне обавезе за породичну заједницу. Појединачна обавеза супружника би била и уколико супружник без сагласности другог супружника предузима послове већег обима из којих би настале обавезе

према трећим лицима, или уколико је одређена обавеза била несразмерно велика у односу на њихов животни стандард и уобичајено понашање у потрошњи. Осим што би самостално одговарао према трећим лицима, супружник би у тим случајевима био у обавези и да накнади штету другом супружнику. Поред тога, један супружник би био самостално обавезан према трећим лицима у вези са накнадом штете код уговорне или деликтне одговорности, код плаћања новчане казне и судских трошкова у прекршајном или редовном судском поступку, обавезе из уговора о јемству итд. У случају принудне наплате према једном супружнику, други супружник може остварити законско право прече куповине на ствари која је предмет јавне продаје.

Супружници одговарају према општим правилима грађанског права за насталу штету трећим лицима солидарно или појединачно. Један од супружника одговара самостално за насталу штету уколико је штету причинио пре закључења брака или уколико је својим самосталним радњама, без доприноса другог супружника, начинио штету. Уколико је само један супружник одговоран за насталу штету, поверилац може тражити наплату из његове посебне имовине или из сувласничког дела брачне имовине. Супружници одговарају солидарно за штету коју заједнички проузрокују – непосредно или посредно.

Оба супружника одговарају солидарно трећим лицима за штету коју причини њихово дете и то без обзира на то да ли су закључили брак или не, да ли живе у заједници живота или таква заједница дуже времена не постоји, као и без обзира на то да ли су разведени и ком родитељу је дете поверено на негу, чување и васпитање. За штету коју причини дете млађе од седам година одговорност родитеља је објективна. За штету коју причини дете старије од седам година постоји законска претпоставка да су родитељи одговорни, при чему је њихова кривица релативна и они могу доказивати супротно. Дете које је навршило 14 година одговара за штету према општим правилима одговорности по основу кривице, што значи да се претпостављају његова способност за расуђивање и његова кривица. Међутим, то не ослобађа родитеље одговорности, јер они одговарају по основу претпостављене кривице. Тако је могуће да за штету одговарају само родитељи или само малолетник или да заједно одговарају солидарно. Међутим, уколико претпоставку о својој кривици оборе и дете и родитељи, наш законодавац је неправичност оваквог исхода ублажио могућношћу утврђивања њихове одговорности по основу правичности.

Dragan D. Pantić, PhD

attorney at law, Veliko Gradište

PROPERTY RELATIONS OF THE SPOUSES AND PROTECTION OF THE
RIGHTS OF CONSCIENTIOUS THIRD PARTIES

Summary:

In this paper, the author gives a critical review of some solutions from marital and property relations in connection with the protection of the rights of conscientious third parties. In particular, the issues of liability of the spouses for obligations towards third parties and liability of the spouses for damages to third parties were analyzed. These two issues are considered through the presentation of positive legal solutions and comparative legal review. Special emphasis is placed on the analysis of the solutions envisaged in the Preliminary Draft of the Civil Code and on the proposals *de lege ferenda* in that regard.

Key words: property relations of spouses, liability for obligations, compensation for damages, Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia

UDK: 342.722:347.962.6(497.11)

Др Борђе Сарапа

адвокат у Београду

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Сажетак:

Право на правично суђење јемчи непристрасно и објективно суђење пред на закону установљеним судом, поштовање права на употребу језика који учесник у поступку говори или разуме, јавност судског поступка и суђење у разумном року. Наведене категорије су међународним правом призната људска права. Поштивање права на правично суђење доследно је спроведено у Уставу и законодавној регулативи Републике Србије. Уставна и законодавна решења у потпуности су у складу са међународноправном регулативом и општеприхваћеним принципима међународног права.

Кључне речи: правично суђење, суђење у разумном року, људска права, владавина права, парнични поступак, кривични поступак

I. Увод

Право на правично суђење је једна од цивилизацијских тековина. Елемент је начела владавине права, као темеља демократског друштва. Без права на правично суђење незамисливо је остварење правде.

Демократизација друштва претпоставља поштовање људских права. Право на правично суђење је једно од људских права. Признато је и зајемчено међународним правом, те уставним и законским прописима Републике Србије, који су у највећој мери рецепција међународноправне регулативе.

Због комплексности материје, која представља део међународног права од изузетног значаја, поред уставне и законодавне регулативе у

Републици Србији, у раду је дат и преглед темељних међународноправних докумената у вези са правом на правично суђење.

II. Међународноправна регулатива

1. Општа декларација о људским правима

Општа декларација о људским правима,¹ је најзначајнији документ Уједињених нација и темељни међународноправни документ о људским правима; основ је за све остале, донете у оквиру Уједињених нација и на регионалном нивоу. У члану 10 одређује:

„Свако има потпуно једнако право на правично јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега.”

2. Међународни пакт о грађанским и политичким правима

Општа декларација о људским правима није документ легислативног карактера. Зато је у оквиру Уједињених нација донесен Међународни пакт о грађанским и политичким правима,² који има међународноправно обавезујућу снагу. Садржи принципе и права из Опште декларације о људским правима. У члану 14 дато је одређење права на правично суђење. За материју парничног поступка релевантна је одредба става 1, која се односи на правично суђење генерално, док се одредбе осталих ставова члана 14 односе на процесна права у кривичном поступку, као део права на правично суђење у кривичном поступку.

Члан 14 став 1 Међународног пакта гласи:

„Сви су једнаки пред судовима. Свако има право на правично и јавно саслушање пред надлежним, независним и непристрасним судом, установљеним законом, који ће одлучити о основаности ма какве оптужбе кривичноправне природе против њега, и у споровима о његовим правима и обавезама грађанске природе. Штампана и јавност могу се искључити у

¹ Општа декларација о људским правима – *Universal Declaration on Human Rights*; усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III) од 10. децембра 1948. године.

² Међународни пакт о грађанским и политичким правима – *International Covenant on Civil and Political Rights*; додаток резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација 2200 А(XXI) од 16. децембра 1966. године, ступио на снагу 23. марта 1976. године, Закона о ратификацији, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71 (UN Doc. A/6316(1966), 999 UNTS 171).

току целог или једног дела суђења било у интересу морала, јавног поретка или националне безбедности у демократском друштву, било када то захтевају интереси приватног живота страна у спору, или ако суд то сматра апсолутно неопходним, када би због посебних околности случаја јавност штетила интересима правде; али свака пресуда у кривичним или грађанским стварима биће јавна, сем ако интерес малолетника захтева да се поступа другачије, или ако се ради о брачним споровима или старатељству над децом.”

3. Конвенција о заштити људских права и основних слобода

Конвенција о заштити људских права и основних слобода³ (у даљем тексту: Европска конвенција) је темељни акт Савета Европе о људским правима. Право на правично суђење одређено је чланом 6 („Право на правично суђење”). Одредба става 1 овог члана односи се на правично суђење генерално, а одредбе осталих ставова члана 6 на процесна права у кривичном поступку.

Члан 6 став 1 Европске конвенције:

„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 изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с 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, нужно потребна у *посебним околностима када би јавности могла да нашкоди интересима правде*”.

Европска конвенција је састављена по узору на Међународни пакт о грађанским и политичким правима, који је основни легислативни акт Уједињених нација о људским правима. Зато је текст члана 6 став 1 Европске конвенције готово идентичан са текстом члана 14 став 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Међутим, одређење у члану 6 Европске конвенције је шире у односу на одређење из члана 14 став 1 Међународног пакта о грађанским и политичким правима утолико што Европска конвенција као једно од права које

³ Позната као Европска конвенција о људским правима – *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Рим, 4. новембра 1950. године, ступила на снагу 3. септембра 1953. године; текст Конвенције измењене у складу са Протоколом 11, Закон о ратификацији, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр.; *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 (*ETS No. 005*).

одређује садржај права на правично суђење укључује и право на суђење у разумном року.

Колики је значај права на правично суђење доказује одлука Европског суда за људска права⁴ у случају *Delcourt* против Белгије из 1970. године.⁵ Суд сматра да право на правично суђење из члана 6 став 1 Европске конвенције у нормалним околностима не може бити дерогирано ни због интереса националне или јавне безбедности, у циљу спречавања нереда или злочина, заштите здравља или морала или ради заштите права или слобода других. Одредбе члана 6 о праву на правично суђење су одредбе које намећу обавезу држави да активно уреди правосуђе и начин заштите људских права.

III. Устав Републике Србије

У складу са начелом уставности, уставне одредбе су основ за позитивна законска решења.

Право на правично суђење зајемчено је чланом 32 (Право на правично суђење) Устава Републике Србије;⁶ рецепција је међународно-правних одредаба, које директно или индиректно, одређују право на правично суђење.

Члан 32 Устава:

„Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. // Свакоме се јемчи право бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и право на бесплатног тумача, ако је слеп, глув или нем. // Јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, у складу са законом.”

⁴ *European Court of Human Rights (ECHR); Cour européenne des droits de l'homme*. Седиште суда је у Стразбуру. Установљен је на основу члана 19 Европске конвенције, као наддржавни орган за заштиту људских права. Иако је међународни суд, може да прима представке од сваког лица, невладине организације или групе лица који тврде да су жртве повреде права установљених Европском конвенцијом или протоколима уз њу, учињене од стране државе уговорнице. Обраћање суду условљено је претходним неуспешним коришћењем свих домаћих правних лекова.

⁵ Случај *Delcourt* против Белгије. *Judgment of 17 January 1970, Delcourt v. Belgium, Application No. 2689/65, Publication A 011*.

⁶ Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

У смислу члана 32, елементи и садржај права на правично суђење су: независан, непристрасан и законом већ установљен суд, суђење у разумном року, употреба језика који учесник у поступку говори или разуме и јавност поступка.

1. Независан, непристрасан и законом већ установљен суд

Независност судства елементарна је претпоставка непристрасности и објективности. Темелји се на владавини права. У смислу члана 3 Устава „*владавина права је основна претпоставка Устава и почива на неошумљивим људским правима*” (став 1), а остварује се „*уставним јемствима људских и мањинских права, поделом власти, независном судском влашћу и њовиновањем власти Уставу и закону*” (став 2).

Независна судска власт може се као таква остваривати само у правосудном систему који је утемељен на законом установљеним судовима. Само такви судови могу судити објективно и непристрасно, јер не зависе од управне власти и утицаја политике. То искључује могућност да поступке спроводе органи који би номинално били одређени као судови, али установљени на основу прописа нижег ранга од закона. Тиме би било омогућено установљавање судова који би били контролисани од стране управних органа, и отварало могућност утицаја на ток поступка и коначну одлуку, што је у директној супротности са начелом независности и непристрасности судова.

2. Правично расправљање пред судом

Правично расправљање је један од елемената права на правично суђење. Правично расправљање претпоставља и подразумева доследну примену процесноправних одредаба и објективност при доношењу одлуке о меритуму. Независност и непристрасност суда јемче правично расправљање и доношење судских одлука у складу са законом.

3. Суђење у разумном року

Сврха правне заштите је остварење правног интереса. Међутим, реализација правне заштите огледа се и у томе да буде остварена без непотребног одлагања, а то се постиже суђењем у разумном року.

Суђење у разумном року је релативно новији правни појам. Није садржан у Општој декларацији о људским правима ни у Међународном пакту о грађанским и политичким правима.

Устав следи одређење Европске конвенције, јер она као један од елемената правичног суђења, укључује и суђење у разумном року.

4. Употреба језика који учесник у поступку говори или разуме

Да би странке равноправно учествовале у поступку мора им бити омогућено предузимање процесних радњи. Претпоставка за то је да говоре или разумеју језик на којем се води поступак. Зато Устав јемчи право на преводиоца ако странке не говоре или не разумеју језик који је у службеној употреби у суду. То је и начин да се испоштује једнакост пред судом, прокламована већ у Општој декларацији о људским правима, а одређена у Међународном пакту о грађанским и политичким правима и Европској конвенцији.

5. Јавност поступка

Право на јавно суђење подразумева јавност у току поступка и јавно изрицање одлуке. У демократској држави јавност мора имати могућност да надзире вршење правосуђа. Зато су и разлози за искључење јавности врло рестриктивно одређени: искључиво ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку.

Да би се ограничила могућност неосноване ширине тумачења уставне одредбе о искључењу јавности ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала, Устав је преузео одређење из Европске конвенције, ограничавајући искључење јавности из тих разлога уводећи критеријум демократског друштва.

6. Заштита уставног права на правично суђење

С обзиром да је право на правично суђење једно од људских права зајемчених Уставом, ужива заштиту у смислу одредаба члана 22 Устава.

Ставом 1 овог члана одређено је да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су настале повредом.

Поред заштите од стране домаћих судова, грађани имају и право да се обратe међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајемчених Уставом (став 2).

IV. Закон о Уставном суду

Законом о Уставном суду⁷ установљен је институт уставне жалбе. Она је процесно средство ради заштите Уставом зајемчених људских или мањинских права и слобода, када су повређени или ускраћени појединачним актом или радњом државног органа или организације којима је поверено јавно овлашћење (члан 82). На изјављивање уставне жалбе активно је легитимисано свако лице које сматра да му је на тај начин повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом (члан 83 став 1).

С обзиром да је право на правично суђење Уставом зајемчено људско право, свака повреда права на правично суђење је основ за уставну жалбу.

Истовремено са подношењем уставне жалбе може се поставити и захтев за накнаду материјалне или нематеријалне штете наступеле као последица повреде или ускраћивања уставом зајемчених права и слобода (члан 85 став 3).

V. Закон о уређењу судова

Одредбе Закона о уређењу судова⁸ усаглашене су са Уставом и међународноправним документима у вези са оснивањем и положајем судова, и односом судова према осталим видовима власти.

У смислу одредбе члана 1 („Судска власт“) *„судови су самостални и независни државни органи који штите слободу и права грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост“* (став 1), а *„суде на основу Устава, закона и других оштрих аката, када је то предвиђено законом, оштрих прихваћених правила међународној права и потврђених међународних уговора“* (став 2).

Судови се оснивају и укидају искључиво законом. Не могу се основати привремено, преки или ванредни судови (члан 2). Овим је искључена могућност да било који други орган преузме и злоупотреби судску власт и повреди уставом, законима и међународним правом зајемчена људска права.

⁷ Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015, 40/2015 – др. закон.

⁸ Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018, 88/2018 – одлука УС.

Судска власт припада судовима и независна је од законодавне и извршне власти, а судске одлуке су обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле (члан 3).

Да правни субјекти не би били ускраћени у праву да остварују своје интересе у судским поступцима јемчи одредба члана 4 став 2 према којој „суд не може одбити да постоји и одлучује у ствари за коју је наглажан.”

У складу са Уставом је одредба члана 7, по којој је расправљање пред судом јавно, а може се ограничити само законом, у складу са Уставом.

Један од начина контроле рада судова, а тиме и спречавања повређивања права која су супстрат права на правично суђење, је и право на притужбу. На право на притужбу активно су легитимисане странке и други учесници у поступку када сматрају да се поступак одуговлачи, да је неправилан или да постоји недозвољен утицај на ток и исход поступка (члан 8).

VI. Закон о судијама

Радњама које представљају повреду права на правично суђење може наступити штета за лице чије је право повређено. С обзиром да судије суде у име Републике Србије, у смислу одредбе члана 6 став 1 Закона о судијама,⁹ за штету коју судија проузрокује незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија. Према томе, ако је радњама које представљају повреду права на правично суђење наступила штета за лице чије је право повређено, за штету одговара Република Србија.

VII. Закон о заштити права на суђење у разумном року

Значајан напредак у могућности остваривања права на суђење у разумном року је доношење Закона о заштити права на суђење у разумном року.¹⁰ У смислу одредбе члана 1 став 2 сврха овог закона је да пружи судску заштиту права на суђење у разумном року и тиме предупреди повреду права на суђење у разумном року.

⁹ Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС, 47/2017.

¹⁰ Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/2015; ступио на снагу 1. јануара 2016. године.

Право на суђење у разумном року има свака странка у судском поступку, што укључује и извршни поступак, сваки учесник по закону којим се уређује ванпарнични поступак, а оштећени у кривичном поступку, приватни тужилац и оштећени као тужилац само ако су истакли имовинско-правни захтев (члан 2 став 1). Јавни тужилац као странка у кривичном поступку нема право на суђење у разумном року (став 2). Ова одредба је основана из разлога што јавни тужилац није представник грађанског правног лица него државни орган гоњења.

Правна средства којима се штити право на суђење у разумном року су приговор ради убрзавања поступка, жалба и захтев за правично задовољење (члан 3).

Странка која је стекла право на правично задовољење може поднети тужбу против Републике Србије за новчано обештећење (члан 26).

VIII. Законик о кривичном поступку

1. Независан, непристрасан и законом већ установљен суд

Независност и непристрасност суда произилази из неколико одредаба Законика о кривичном поступку.¹¹

Члан 1, који одређује предмет законика, наводи да законик „*ушврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичној дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеној правосудној*”. У овој законској одредби не наводи се независан и непристрасан суд. Међутим, независност и непристрасност су *conditio sine qua non* за законито и правично спровођење кривичног поступка.

Право на непристрасно суђење је једно од права окривљеног у смислу одредаба члана 68. Поред осталих права, члан 68 став 1 тачка 5) одређује да окривљени има право „*да у најкраћем року буде изведен пред суд и да му буде суђено непристрасно, правично и у разумном року.*”

С обзиром да је за суђење у кривичним поступцима надлежан искључиво суд, искључена је могућност да кривични поступак води било који други орган.

Непристрасност у поступању се подразумева не само у поступку пред судом, него у свим фазама кривичног поступка. У том смислу је одредба члана 6 став 4, по којој су јавни тужилац и полиција дужни да

¹¹ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 34/2013, 55/2014, 35/2019.

непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист.

2. Правично расправљање

Поред права на непристрасно суђење и суђење у разумном року, право на правично расправљање садржано је у одредби члана 68 став 1 тачка 5). Користи се формулација „*да ... буде суђено ... љавично ...*”, а не уставна формулација из члана 32 став 1 „*да ... суд ... љавично ... расљрави и одлучи*”. Међутим, очигледно је да се ради само о различитој формулацији, а не о садржинској разлици.

3. Суђење у разумном року

У смислу члана 14 став 1 законика „*суд је дужан да кривични љосљуйак сљроведе без одуљовлачења и да онемољући сваку злоуљосљребу љрава усмерену на одуљовлачење љосљуйка*”. С обзиром да притвор значи лишење слободе лица за кога постоји претпоставка невиности, ставом 2 члана 14 је одређено да је кривични поступак против окривљеног који је у притвору хитан.

Да би се спречило одуговлачење поступка, чланом 374 одређене су мере за спречавање одуговлачења поступка; односе се на браниоца, оштећеног, законског заступника, пуномоћника, оштећеног као тужиоца, приватног тужиоца и јавног тужиоца и лица које га замењује:

„Браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће се изрећи опомену. // О неблаговременом или неодговарајућем поступању јавног тужиоца или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама. // Председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору о опомени изреченој адвокату због одуговлачења поступка, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама.”

У члану 68 став 1 тачка 5) експлицитно се наводи суђење у разумном року, као једно од права окривљеног у кривичном поступку.

У случају повреде права на суђење у разумном року странке у поступку могу се користити правним средствима из Закона о заштити права на суђење у разумном року.

4. Употреба језика који учесник у поступку говори или разуме

Језик и писмо у поступку одређени су чланом 11 законика. У поступку су у службеној употреби српски језик и ћирилско писмо, а други језици и писма у складу са Уставом и законом (став 1). У складу са тим, ставом 3 је одређено:

„странке, сведоци и друга лица која учествују у поступку имају право да у току поступка употребљавају свој језик и писмо, а ако се поступак не води на њиховом језику и ако, након поуке о праву на превођење, не изјаве да знају језик на коме се поступак води и да се одричу права на превођење, обезбедиће им се на терет буџетских средстава превођење онога што они или други износе, као и превођење исправа и другог писаног доказног материјала.”

Право на употребу језика који окривљени разуме гарантовано је одредбом члана 68 став 1 тачка 1). Окривљени има право да „*подробно и на језику који разуме буде обавештен о делу које му се ставља на шерећ...*”

5. Јавност поступка

Одредба члана 362 законика је опште правило о јавности главног претреса. Искључење јавности је изузетак. У смислу члана 363:

„од отварања заседања па до завршетка главног претреса, веће може, по службеној дужности или на предлог странка или браниоца, али увек након њиховог изјашњења, искључити јавност за цео главни претрес или за један његов део, ако је то потребно ради заштите: 1) интереса националне безбедности; 2) јавног реда и морала; 3) интереса малолетника; 4) приватности учесника у поступку; 5) других оправданих интереса у демократском друштву.”

Формулација из тачке 5) „*других оправданих интереса у демократском друштву*” је прилично неодређена. Као таква, омогућује различита тумачења, а тиме и могућност злоупотребе. Међутим, имајући у виду да се ради о одређењу критеријума „демократско друштво”, то ипак у некој мери ограничава могућност тумачења које би излазило из оквира прихватљивости по утврђеним демократским стандардима. Осим тога, ускраћивање права на јавност поступка оправдан је разлог за обраћање Европском суду за људска права. И кад постоје наведени разлози за искључење јавности, искључење се не односи на странке, браниоца, оштећеног и његовог заступника и пуномоћника тужиоца (члан 364 став 1).

6. Повреда права на правично суђење као разлог за изјављивање правних лекова

а) Жалба

У смислу члана 438 став 1 тачка 5) битна повреда одредаба кривичног поступка, као разлог за изјављивање жалбе, постоји ако „*је оштраженом, браниоцу, оштраженом или приватном тужиоцу, противно његовом захтеву, ускраћено да на главном претресу ујоштребљава свој језик и да на свом језику прати шок главної претреса.*”

б) Захтев за заштитију законитости

Члан 485 став 1 тачке 2) и 3) одређује да се захтев за заштиту законитости може поднети ако је правноснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу:

„2) примењен закон за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима; // 3) повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права.”

Одредба тачке 2) односи се на несагласност примењеног закона са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. С обзиром да је право на правично суђење гарантовано Уставом и Европском конвенцијом, а постало је и општеприхваћено правило међународног права, повреда права на правично суђење је основ за подношење захтева за заштиту законитости.

Одредба тачке 3) се односи на повреду и ускраћивање људског права или слободе у поступку, а које право је зајемчено уставом или Европском конвенцијом и додатним протоколима. Овде се не ради о несагласности примењеног закона са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, него о повређивању и ускраћивању људског права и слободе гарантованих Уставом или Европском конвенцијом. Зато је основ за утврђење повређивања или ускраћивања права не само одлука Уставног суда, него и одлука Европског суда за људска права.

IX. Закон о парничном поступку

Закон о парничном поступку¹² не дефинише право на правично суђење. Међутим, садржај и елементи права на правично суђење, одређени међународноправним документима и Уставом, садржани су у одредбама ЗПП-а.

1. Независан, непристрасан и законом већ установљен суд

Независност, непристраност и установљење суда на основу закона је материја уставног права и закона у вези са организацијом правосуђа; с обзиром да је ЗПП процесни закон, не садржи експлицитне одредбе о томе. Међутим, одредбе ЗПП-а јемче учесницима у парничном поступку остваривање уставних и законских права и непристрасност у суђењу, као претпоставку права на правично суђење.

2. Правично расправљање

Правично расправљање пред судом зајемчено је одредбом члана 2 ЗПП-а. У ставу 1 одређено је да странке имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права. Законитост и једнакост су претпоставке правичности.

Да би се остварила судска заштита, битно је да суд поступа. То је гарантовано одредбом става 2, по којој суд не може одбити да одлучује о захтеву за који је надлежан. Према одредбама Закона о уређењу судова, Закона о Уставном суду и ЗПП-а, прецизно је утврђена надлежност судова за суђење у парничном поступку.

3. Суђење у разумном року

Обавеза суђења у разумном року је одређена у члану 10 ЗПП-а, који је део поглавља о основним одредбама. Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року (став 1), а суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, у складу са претходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи (став 2).

Да би се осигурало поступање суда у смислу напред наведених одредаба, непоступање судије у временском оквиру за предузимање парнич-

¹² Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/1011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020.

них радњи је основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама (члан 10 став 3).

4. Употреба језика који учесник у поступку говори или разуме

Члан 6. је једна од основних одредаба ЗПП-а. Даје генерално одређење о употреби језика у поступку:

„У парничном поступку у службеној употреби је српски језик и ћирилично писмо. Други језици и писма службено се употребљавају у складу са Уставом и законом. // У судовима на чијим подручјима живе припадници националних мањина, у службеној употреби су и њихови језици и писма, у складу са Уставом и законом. // Странке и други учесници у поступку имају право да се служе својим језиком и писмом, у складу са одредбама овог закона.”

У складу са одредбама члана 6 су одредбе Главе VI („Језик у поступку”).¹³ Оне представљају детаљнију регулативу у вези са употребом језика.

Одредбе ЗПП-а о потреби језика су у складу са уставним и међународноправним одредбама у вези са мањинским правима и употребом језика.

5. Јавност поступка

Од коликог је значаја јавност поступка указује то што је одређена чланом 4, који је један чланова основних одредаба ЗПП-а:

„Суд одлучује о тужбеном захтеву по правилу на основу усменог, непосредног и јавног расправљања, ако овим законом није другачије прописано. // Суд може да искључи јавност само у случајевима прописаним законом.”

Искључење јавности са главне расправе је врло рестриктивно. Разлози за искључење, одређени чланом 322, идентични су разлозима наведеним у члану 32 став 3 Устава. Међутим, и у случају искључења јавности са целе или дела главне расправе, искључење се не односи на странке, њихове законске заступнике, пуномоћнике и умешаче (члан 323 став 1). Странке и умешачи су лица о чијим правима и интересима се расправља у поступку и доноси мериторна судска одлука. Законски заступници наступају у име странке која нема парничну способност, а пуномоћници су лица која странкама пружају стручну правну помоћ. Зато би искључење било које од наведених категорија лица представљало

¹³ ЗПП, чланови 95 до 97.

грубо кршење права на правично суђење. У смислу члана 325, одредбе о јавности главне расправе сходно се примењују и на осталим рочиштима.

Значај јавности поступка потврђује и одредба члана 353 став 3 ЗПП-а по којој се, и кад је јавност била искључена на главној расправи, изрека пресуде увек јавно чита, а суд може одлучити да ли ће јавност били искључена приликом објављивања разлога пресуде.¹⁴

6. Повреда права на правично суђење као разлог за изјављивање правних лекова

а) Жалба

Право на употребу језика који учесник у поступку говори или разуме је једно од права која чине корпус права на правично суђење, гарантовано Уставом и међународним правом. Кршење тог права представља битну повреду одредаба парничног поступка и разлог је за изјављивање жалбе у смислу одредбе члана 374 став 2 тачка 8) ЗПП-а, ако *„је ирошивно одредбама закона суд одбио захтев странке да у иосиуику слободно уиошребљава свој језик и иисмо ...”*

б) Ревизија

Према члану 407 став 1 тачка 2) ЗПП-а и разлог за изјављивање ревизије је битна повреда одредаба парничног поступка из члана 374 став 2 тачка 8).

в) Понављање иосиуику

Понављање поступка је један од ванредних правних лекова по ЗПП-у. Поред осталих наведених разлога за понављање поступка, у смислу одредаба члана 426 став 1, тачке 11) и 12), поступак који је одлуком суда правоснажно окончан може се по предлогу странке поновити ако:

„11) странка стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке; // 12) је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке.”

¹⁴ Наведене одредбе односе се и на поступак по тужби ради сметања државине, у којем се коначна одлука доноси у форми решења.

Право на правично суђење је једно од људских права гарантованих Европском конвенцијом и Уставом. Према томе, повреда права на правично суђење је разлог за обраћања Европском суду за људска права. У случају повреде права на правично суђење, утврђене од стране Европског суда за људска права, као и у поступку по уставној жалби, странка чије је право на правично суђење повређено стиче могућност да, након правоснажности одлуке, поднесе предлог за понављање поступка.

Х. Закључак

Поштовање права на правично суђење доследно је спроведено у Уставу и законодавној регулативи Републике Србије. Уставна и законодавна решења су у складу са међународноправном регулативом и опште-прихваћеним принципима међународног права.

Dorđe Sarapa, PhD

attorney at law in Belgrade

RIGHT TO A FAIR TRIAL

Summary:

The right to a fair trial guarantees an impartial and objective trial before a court established by law, respect for the right to use the language spoken or understood by the participant, the publicity of the court proceedings and the trial within a reasonable time. Stated categories are internationally recognized human rights. Respect of the right to a fair trial has been consistently implemented in the Constitution and laws of the Republic of Serbia. Constitutional and legislative solutions are fully in accordance with international law and generally accepted principles of international law.

Keywords: fair trial, trial in reasonable time, human rights, rule of law, civil procedure, criminal procedure

UDK: 316.775/.776:7.097(497.11)

Др Драјана Пејовић

адвокатица у Новом Саду

ПРЕДСТАВЉАЊЕ ПРОСТИТУЦИЈЕ КАО ПРОФЕСИЈЕ У РИЈАЛИТИ ПРОГРАМИМА – ПУТ КА ЛЕГАЛИЗАЦИЈИ ПРОСТИТУЦИЈЕ?

Сажетак:

У континуитету, у Србији су ријалити програми као програмски формат присутни петнаест година. Приказују се на телевизијским каналима са националном фреквенцијом и до дванаест сати дневно. У последњих неколико година, у ријалити програмима учествују и жене које се баве проституцијом. Оне су у ријалити програмима представљене као пословне жене, жене које се баве пословном пратњом, старлете, а све са намером да се проституција представи гледалишту као занимање, упркос томе што је у складу са Законом о јавном реду и миру проституција регулисана као прекршај против јавног реда и мира. Циљ овог рада је да укаже на објективну опасност коју носи представљање проституције као занимања кроз ријалити програме. Ова опасност се, с једне стране, огледа у томе што жене у проституцији „пристајањем” на учешће у ријалити програмима заправо постају жртве сексуалне експлоатације медијских сводника који желе да створе привид о проституцији као професији која омогућава лагодан живот.

Са друге стране, овако креирана слика о проституцији као професији, доводи у опасност младе жене без животног искуства јер, вођене сликом о проституцији као занимању, олако могу постати жртве сексуалне експлоатације. Презентовање проституције као професије у ријалити програмима без адекватне реакције стручне јавности, намеће и питање да ли се тиме „припрема терен” за легализацију проституције у Републици Србији.

Кључне речи: медијски сводници, проституција, ријалити програм, Закон о јавном реду и миру, жене у проституцији

I. Увод

Годинама уназад приметни су покушаји да се проституција у медијима представи као занимање. У сврху промовисања проституције као занимања редовне учеснице најпознатијих ријалити програма у Србији постале су и жене које се баве проституцијом. У ријалити програмима оне се представљају као пословне жене, старлете или успешне елитне проститутке, док се корисници услуга проституције називају клијентима.¹ Жене које се баве проституцијом пружање сексуалних услуга за новац описују у ријалити програмима као „дружење” за које зарађују и неколико хиљада евра месечно. Оваквом презентацијом проституције покушава се изменити представа о проституцији као прекршају и као, пре свега, неприхватљивој друштвеној појави за друштво које се залаже за равноправност полова и поштовање људских права.

У ријалити програмима, жене у проституцији пружају сексуалне услуге другим учесницима, док се гледалишту ово представља као саставни део емотивне везе коју је жена у проституцији наводно успоставила током учешћа у програму. Пример једне жене у проституцији која је након сексуалног односа у ријалити програму једина јавно признала да јој је за сексуални однос продукција ријалити програма исплатила новац, указује да су ријалити програми постали место не само за пропагирање, него и за организовање проституције.

У првом делу овог рада анализираћемо како је проституција законски регулисана у Републици Србији, кривично дело посредовање у проституцији и релевантне одредбе Закона о електронским медијима. У другом, централном делу рада, на примеру четири жене у проституцији, учеснице у ријалити програму, приказаћемо како се проституција представља као занимање у ријалити програмима и то злоупотребом жена у проституцији које услед сиромаштва пристају на учешће у овим програмима. На крају рада, пружићемо наша закључна запажања и дати препоруке.

Ауторка има за циљ да овим радом скрене пажњу на проблем презентовања проституције као професије кроз ријалити програме, те

¹ О терминологији која се користи са циљем да се измени представа о проституцији више видети у: Драгана Пејовић, „Медијско представљање елитне проституције као пожељне професије за жене”, *Медији и јавне полиџике – између прокламованог и праксе*, (ур. Динко Грухоњић и Бранкица Драшковић), Нови Сад: Филозофски факултет, 2020, 169–185. Преузето 10. јануара 2021. са <http://digitalna.ff.uns.ac.rs/sadrzaj/2020/978-86-6065-593-8>.

да укаже на потребу да стручна јавност са много више пажње приступи овом проблему, јер презентовање проституције као професије у континуитету може имати за исход измену законског решења у складу са којим би проституција била легализована.

II. Законодавство Републике Србије релевантно за проституцију и електронске медије

У Закону о јавном реду и миру Републике Србије² проституција је дефинисана као пружање сексуалних услуга уз накнаду у новцу или другу вредност.³ Одавање проституцији,⁴ коришћење услуга проституције и уступање просторија ради проституције представља прекршај против јавног реда и мира за који је прописна новчана казна у висини од 50.000 или 150.000 динара или казна затвора од 30 до 60 дана.⁵

У Кривичном законнику Републике Србије⁶ прописано је кривично дело посредовање у проституцији.⁷ Извршилац кривичног дела је лице које наводи или подстиче друго лице на проституцију или учествује у предаји неког лица другоме ради вршења проституције или које путем средстава јавног информисања и других сличних средстава пропагира или рекламира проституцију. За кривично дело посредовање у вршењу проституције прописана је затворска казна у распону од шест месеци до пет година и новчана казна.⁸

Тежи облик кривичног дела посредовање у вршењу проституције постоји уколико је ово кривично дело извршено према малолетном лицу. У том случају, учинилац ће се казнити затворском казном у трајању од једне до десет година и новчаном казном.⁹

Према законодавству Републике Србије, одавање проституцији,

² Закон о јавном реду и миру – ЗЈРМ, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016 и 24/2018.

³ ЗЈРМ, чл. 3 ст. 1 тач. 15

⁴ Ауторка је поборница неоаболиционистичког приступа у регулисању проституције који су прихватиле нордијске државе. У складу са овим приступом, особе које пружају сексуалне услуге не подлежу законском санкционисању, а законски се санкционишу корисници услуга проституције. Видети више: Драгана Пејовић, *Правни положај жена у проституцији у Републици Србији*, докторска дисертација. Универзитет у Новом Саду – УЦИМСИ, Центар за родне студије, 2020.

⁵ ЗЈРМ, чл. 16 ст. 1.

⁶ Кривични законик – КЗ, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

⁷ КЗ, чл. 184.

⁸ КЗ, чл. 184 ст. 1.

⁹ КЗ, чл. 184 ст. 2.

коришћење услуга проституције и уступање просторија ради проституције подлеже прекршајном санкционисању, док уколико се друго лице наводи или подстиче на проституцију или учествује у предаји неког лица другоме ради вршења проституције или уколико се путем средстава јавног информисања и других сличних средстава пропагира или рекламира проституција постоји кривично дело посредовање у вршењу проституције. Све наведене радње у вези са проституцијом недвосмислено се могу подвести под насиље, криминално или друго недозвољено понашање које, према Закону о електронским медијима,¹⁰ пружалац медијске услуге кроз програмске садржаје не сме да истиче и подржава.¹¹ Покушаји стварања привида о проституцији као занимању у ријалити програмима супротни су одредби ЗЕМ-а која прописује да пружалац медијске услуге не сме да пружа програмске садржаје који злоупотребљавају лаковерност гледалаца и слушалаца.¹²

Према одредбама ЗЕМ-а, медијска услуга се пружа на начин којим се поштују људска права а нарочито достојанство личности.¹³ Регулатор се стара да се у свим програмским садржајима поштује достојанство личности и људска права, а нарочито се стара да се не приказује понижавајуће поступање и сцене насиља и мучења, осим ако за то постоји програмско и уметничко оправдање.¹⁴ Садржаји који могу да шкоде физичком, менталном или моралном развоју малолетника морају бити јасно означени и не могу да се објављују у време кад се основано може очекивати да их малолетници прате, имајући у виду уобичајени распоред њихових активности, осим изузетно као заштићена услуга са условним приступом на начин предвиђен овим законом.¹⁵ Према одредбама ЗЕМ-а, пружалац медијске услуге одговара за програмски садржај, без обзира на то да ли га је произвео пружалац или друго лице (на пример, независна продукција, закупљени термин, програмска размена, најаве програма, СМС и друге поруке публице и сл.).¹⁶

У складу са одредбама анализираних законских прописа Републике Србије, пропагирање и рекламирање проституције путем медија је

¹⁰ Закон о електронским медијима – ЗЕМ, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014 и 6/2016 – др. закон, између осталог, уређује услове и начин пружања аудио-визуелних медијских услуга, чл.1.

¹¹ ЗЕМ, чл. 47 ст. 1 тач. 4.

¹² ЗЕМ, чл. 47 ст. 1 тач. 4.

¹³ ЗЕМ, чл. 50 ст. 1.

¹⁴ ЗЕМ, чл. 50 ст. 2.

¹⁵ ЗЕМ, чл. 50 ст. 3.

¹⁶ ЗЕМ, чл. 54.

кажњиво. Осим што је пропагирање и рекламирање проституције кажњиво, сама проституција потиरे људско достојанство као „урођено својство људске личности из којег проистичу основна права и слободе”.¹⁷ Људско достојанство је „потреба човека да га друштво уважава и поштује као конкретну личност која има своје конкретне потребе, жеље, настојања, карактеристике и сл.”¹⁸ те је стога неспојиво са проституцијом.

III. Презентовање проституције као занимања у ријалити програмима

Упркос законодавству у вези са проституцијом и електронским медијима, у ријалити програмима у Србији, као учеснице, појављују се жене у проституцији, а које су гледалишту, као што смо већ навели, представљене као старлете, анимир даме или успешне пословне жене без правог занимања. Од продукције добијају за „задатак” да проституцију представе као „атрактивно” занимање које са једне стране представља забаву а уједно доноси велики новац. Њиховима учешћем у ријалити програмима које „по налогу” медијских сводника обухвата и пружање сексуалних услуга другим учесницима, проституција се релативизује а гледалиште „забавља”.

Према тако добијеном „задатку”, једна од учесница у ријалити програму, жена која се бавила проституцијом пет година, изјавила је да је њена зарада од проституције на месечном нивоу износила од 3.000 до 5.000 евра, те да су јој клијенти били нормални људи.¹⁹ Промовисање проституције као пожељног занимања за жене у Србији настављено је на порталу телевизије која емитује овај ријалити програм објавом текста под насловом „ШОК! СЛАВЉЕНИЦА ОТВОРИЛА ДУШУ: Сања Мирков зарађивала и до 5.000 ЕВРА од ПРОСТИТУЦИЈЕ”.²⁰ У самом тексту проституција је представљена као „дружење” по основу ког је учесница

¹⁷ Зилка Спахић Шиљак, Јадранка Ребека Анић, *И вјернице и траћанке*, Сарајево: ТПО фондација: ЦИПС Универзитета у Сарајеву, 2009, 7.

¹⁸ Родољуб Етински, Сања Ђајић, Бојан Тубић, *Међународно јавно право*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 2017, 461.

¹⁹ „Парови 8 – МЕСЕЧНО ЗАРАЂИВАЛА ОД 3000 ДО 5000 евра – Сања открива како је упала у свет проституције!” <https://www.youtube.com/watch?v=sJo-EXK5050&t=106s>, посећено 28.01.2021.

²⁰ „ШОК! СЛАВЉЕНИЦА ОТВОРИЛА ДУШУ: Сања Мирков зарађивала и до 5.000 ЕВРА од ПРОСТИТУЦИЈЕ” <http://www.happytv.rs/rijaliti-parovi/164886/%C5%A1ok-slavljenica-otvorila-du%C5%A1u-sanja-mirkov-zara%C4%91ivala-i-do-5000-evra-od-prostitucije-video>, посећено 28. јануара 2021.

ријалити програма зарађивала високе новчане своте. Употреба термина „клијенти” за кориснике сексуалних услуга такође треба да допринесе стицању привида да је реч о професији.²¹ Циљ овог текста је да подржи измену поимања проституције које се врши кроз ријалити програме. Да би се створио привид о проституцији као занимању, гледалишту је потребно са што више медија послати поруку да проституција не представља губитак достојанства, идентитета и насиље него занимање, које женама у Србији може да обезбеди натпросечне приходе кроз „дружење”, односно не тражи никакве квалификације, ни радно ангажовање. Док се у фокус ставља висина зараде, потпуно се (не)намерно занемарује део изјаве ове учеснице који се односи на разлог уласка у проституцију. Наиме, ова учесница је у проституцију ушла на наговор пријатељице која се већ бавила проституцијом, и то након развода, са 22 године, јер јој је плата у продавници износила 200 евра, што је било недовољно да подмири своје и дететове основне потребе.

Учешће у ријалити програму жене у проституцији старе 48 година, а која се већ 31 годину бави проституцијом, било је пропраћено сензационалистичким насловима у дневним новинама о броју корисника који је имала током дугогодишњег бављења проституцијом и величином стеченог иметка од исте.²² Остао је у другом плану податак да ова жена није сама одабрала да се бави проституцијом, него да је са 17 година породични пријатељ одвео у Италију под изговором да ће се бавити чувањем деце. Када је стигла у Италију, овај ју је принудио да се бави проституцијом. Из тога закључујемо да је ова жена заправо као малолетна била жртва трговине људима у циљу сексуалне експлоатације иако, ни она сама, што примећујемо из њене исповести „*После Италије су ме водили у Холандију, Немачку и широм Европе*”, нема до краја

²¹ Свенка Савић наводи да се ови изразили настали пре свега „у најору да се кроз језик или помоћу језика измени меншална презентација пре свега о актерима у чину проситиције” – вид. Свенка Савић, „Терминологија везана за трговину женама”, *Трговина људима-приручник за новинаре*. Београд: АСТРА – Акција против трговине људима, 2008, 137–142.

²² „Блиц”, 14. октобар 2019: „КО ЈЕ ВИДА, ПРОСТИТУТКА ИЗ „ПАРОВА”: „Спавала сам са 50.000 мушкараца, трудна сам се проситицијисала, имам десеторо деце и не знам ко су очеви”; преузето 20. јануара 2021. са <https://www.blic.rs/zabava/ko-je-vida-kokic-prostitutka-oralno-zadovoljavala-urosa-andjelica-parovi/hcn1t0h>.

„Ало”, 2019: „СПАВАЛА СА 50.000 МУШКАРАЦА, НЕ ЗНА КО СУ ОЧЕВИ ЊЕНЕ ДЕЦЕ. Ево ко је Вида из Парова! Имала се*с 3 сата пред порођај, зарадила милионе, а он ју је увукао у свет проституције!” Преузето 20. јануара 2021. са <https://www.alo.rs/vip/estrada/evo-ko-je-vida-iz-parova-imala-se-s-3-sata-pred-porodaj-zaradila-milione-a-on-ju-je-uvukao-u-svet-prostitucije/258504/vest>.

изграђену свест о томе. Како би се проституција представила као „атрактивно занимање”, намерно се занемарује да је жена у проституцији била жртва трговине људима, док се нагласак ставља на зараду коју је остваривала током бављења овом „професијом”. Према њеном исказу, у време када се бавила проституцијом у Немачкој, зарађивала је и до 16.000 немачких марака.²³ Током ријалити програма, у програму уживо, ова учесница је пружила услугу оралног секса једном од учесника.²⁴ Чин пружања сексуалне услуге је код једног дела јавности изазвао пораст интересовања за овај ријалити програм, а код друге половине је изазвао огорчење због преноса пружања услуге оралног секса уживо. Истовремено, део стручне јавности је сматрао да је сексуални чин који је преношен уживо повод за измену законске регулативе како би се ријалити програми приказивали искључиво у касним вечерњим терминима; међутим Регулаторно тело за електронске медије није видело ништа проблематично у емитовању сексуалног односа. Приметно је да је део стручне јавности која је остала „згрожена” овим догађајем погодило само неприхватљиво понашање у програм уживо, али се она није осврнула на злоупотребу жене у проституцији управо верујемо из разлога јер је у питању жена која се бави проституцијом „неморална” и „посрнула” жена, којој је у „опису посла” да се тиме бави, али не јавно. Водитељка овог ријалити програма је након пружања сексуалне услуге у програм уживо у име телевизије изјавила „*Ми тврдим да је то био шоу!*”.²⁵ Ради „шоуа”, претпоставља се, према унапред осмишљеном сценарију, злоупотребљена је жена у проституцији (која је по сопственом признању без средстава за живот)²⁶ на начин што је у програму уживо за мизерни износ „пристала” да пружи сексуалну услугу. Телевизија на којој се приказује ријалити програм је на тај начин рела-

²³ Пропагирањем проституције као професије, покушава се искључити могућност да је жена купљена, увучена, гурнута у проституцију „у циљу сексуалној или економској искоришћавања ради профитна или користи групах (а пре свега мушких) особа”. Свенка Савић, 138.

²⁴ „ПАРОВИ – ШОК!! ВИДА У СРЕД ЕМИСИЈЕ ОРАЛНО ЗАДОВОЉАВАЛА УРОША”, <https://www.youtube.com/watch?v=ttORf4aUQKY>, посећено 10. јануара 2021.

²⁵ „Блиц”, 13. октобар 2019: „СРАМНО ПРАВДАЊЕ. Након уживо преноса оралног задовољавања у „Паровима” огласили се актер и телевизија, и ИМАЈУ СВОЈУ ВЕРЗИЈУ ПРИЧЕ”; преузето 17. јануара 2021. са <https://www.blic.rs/zabava/hepi-televizija-oralno-zadovoljavanje-uros-andjelic/zpv7zpc>.

²⁶ Из текста под насловом „КО ЈЕ ВИДА, ПРОСТИТУТКА ИЗ „ПАРОВА””: „Спавала сам са 50.000 мушкараца, трудна сам се проституисала, имам десеторо деце и не знам ко су очеви” (видети фусносту 22), сазнајемо да је повод жене у проституцији да уђе у ријалити програм недостатак средстава за живот.

тивизовала проституцију и стекла енормне приходе одузевши жени у проституцији и последњи атом достојанства.

Учесница ријалити програма била је и малолетна девојка стара 17 година, која се, како је сама изјавила, бави елитном проституцијом од своје 14 године.²⁷ С обзиром на то да је у питању малолетна особа, дозволу за учествовање у ријалити програму дали су родитељи. Њен улазак у ријалити програм пратили су бројни новински текстови управо због тога што је као малолетна ушла у ријалити програм. Из ових текстова дошли смо до сазнања да је мајка покушавала малолетну учесницу ријалитија да спаси из проституције.²⁸ Наводи о покушају мајке да помогне својој ћерки да изађе из проституције опречни су пристанку који је мајка дала за њено учешће у ријалити програму, а у којем као учесници преовлађују особе проблематичне прошлости. Ова малолетна учесница је такође имала сексуалне односе у ријалити програму са једним од учесника који је од ње деценију старији, што намеће питање да ли је ова малолетна девојка искључиво својом вољом ушла у овакав програм или је заправо била „гурнута” у њега од стране породице а у циљу зараде. Њена наводно самостално донета одлука за улазак у ријалити програм посебно се доводи у питање ако се узму у обзир поједина истраживања која су показала да чланови породице знају да изврше притисак на жену како би ушла у проституцију и пружањем сексуалних услуга издржавала породицу.²⁹

Упркос томе што се приликом уласка у ријалити програме жене у проституцији представљају као пословне жене, старлете или анимир даме, учешће у ријалити програму на крају „разоткрије” да се баве проституцијом, као и то да су од стране продукције доведене како би пружањем сексуалне услуге другим учесницима, подигле гледаност програма. Међутим, само је једна учесница ријалити програма јавно признала да је добила новац за пружање сексуалне услуге у програму. Она је на почетку учешћа у ријалити програму гледалишту била представљена као старлета, да би након сексуалног односа са једним од учесника у

²⁷ Биографија Анастасије Станојевић Палчице. Преузето 10. јануара 2021. са <https://www.biografija.org/televizija/anastasija-stanojevic-palcica/>.

²⁸ Јован Илић, 22. новембар 2019: „АЛО.РС САЗНАЈЕ! Палчица из „Парова” се проституисала од 14. године, мајка покушала да је избави из канци матораца! Водила је у цркву на исцељење, потресна прича!” 22. новембар; преузето 5. јануара 2021. са <https://www.alo.rs/vip/parovi/palcica-iz-parova-se-prostituisse-od-14-godine-majka-pokusala-da-je-izbavi-iz-kandzi-matoraca-vodila-je-u-crkvu-na-isceljenje-potresna-prica/267359/vest>.

²⁹ Бојан Жикић, *Ризик и насиље: антрополошко истраживање сексуалног рада у Београду*. Београд: Српски генеалогски центар и Одељење за етнологију и антропологију Филозофског факултета у Београду, 2008, 96.

ријалити програму, признала да је за тај чин добила од продукције износ од 1.500 евра,³⁰ односно да је пружила сексуалну услугу уз накнаду у новцу. Ово је још један пример како се у циљу веће гледаности односно веће зараде у ријалити програмима злоупотребљавају жене у проституцији које, ради прибављања средстава за преживљавање, губе своје достојанство. Истовремено, сексуални однос пред камерама за новац постаје све учесталији при чему се испуњава циљ медијских сводника да проституција постане прихватљива друштвена појава, а тиме у скорој будућности и легално занимање.

IV. Закључак

Анализирани примери показују да жене у проституцији „пристају” да буду део ријалити програма јер другу алтернативу немају. Проституција је, како су показали и примери жена учесница ријалити програма заправо „*йраишилац нейовольној друшћивеној йоложаја жена који нуди ‘решење’, када жена објективно друћих ойција за йромену нейовольној йоложаја ни нема*”. Павловић и Цветинчанин Кнежевић стога оправдано негирају постојање слободног избора приликом одабира проституције, јер жена у моменту „избора” других опција заправо није ни имала.³¹ Проституција представља „*избор у сийуацији без избора*”.³²

Медијски сводници злоупотребљавају тешку животу ситуацију жена у проституцији за своје циљеве, ослобођени од било какве одговорности упркос постојећој законској регулативи. Жене у проституцији користе као средство да би друге младе жене увукли у проституцију. Повећање гледаности и енормне приходе медијски сводници остварују минималним улагањем колико износи „цена” достојанства жена у проституцији, које су без средстава, без образовања, без подршке породице, друштва и државе, те стога подложне злоупотреби. Учествовање у ријалити програмима за жене у проституцији подразумева поновно губљење достојанства али на још суровији начин, пред милионским гледалиштем.

³⁰ Курир, 9. марта 2016, „СКАНДАЛ ДАНИЈЕЛА ПРИЗНАЛА: Ево колико су ми платили секс са Змајем!”; преузето 10. јануара 2021. са <https://www.kurir.rs/stars/2165937/skandal-danijela-priznala-evo-koliko-su-mi-platili-seks-sa-zmajem>.

³¹ Sanja Pavlović, Hristina Cvetinčanin Knežević, *U ime muškog naroda*, Beograd: Autonomni ženski centar, 2018, 39.

³² Бурђица Коларец, *Узроци йростийиуције и йрйовања женама, расйраве у Хрвайској и свијету*. Загреб: Центар за жене жртве рата – РОСА, 2007, 28. Преузето 10. новембра 2018. са http://www.petra-nvo.net/images/publikacije/prostitucija_CZZR_lowres.pdf

Вести о „новостима” из ријалити програма објављују се на порталима дневних новина и телевизија под рубриком „*jetset*” или „*VIP*”³³ што младе особе доводи у заблуду да учеснике у ријалити програмима виде као узоре чији систем вредности треба прихватити, па и усвојити. Младе жене без искуства, гледајући жене у проституцији које захваљујући медијским сводницима заузимају све већи простор у свим медијима, стичу искривљену слику о проституцији, што их доводи у опасност. Особе мушког пола кроз ријалити програме формирају слику о жени као предмету који је могуће купити и продати. Дехуманизација жена које се баве проституцијом у ријалити програмима неминовно ће утицати и на однос мушкарца према женама, те је стога неопходно да стручна јавност активно учествује у процесу деконструкције проституције као „женске професије”. Борба против проституције је један од показатеља да се држава искрено залаже за женска људска права и слободе и спроводи у пракси начело родне равноправности, што одликује сваку истинску демократску државу. Проблем промовисања проституције који нараста у нашем друштву захтева да се стручна јавност укључи, укаже на опасност коју са собом носи улазак у проституцију и супротстави се даљем промовисању проституције као пожељне професије, пре свега за младе жене у Србији.

Dragana Pejović, PhD
attorney at law in Novi Sad

PRESENTATION OF PROSTITUTION AS A PROFESSION IN REALITY PROGRAMS – A WAY TO LEGALIZATION OF PROSTITUTION?

Summary:

In continually, reality programs, as a program format, have been presented in Serbia for fifteen years. They are broadcasted on television channels with the national frequency of up to twelve hours a day. In the last few years, women engaged in

³³ Јован Илић. 22. новембар 2019, „АЛО.РС САЗНАЈЕ! Палчица из „Парова” се проституисала од 14. године, мајка покушала да је избави из канци матораца! Водила је у цркву на исцељење, потресна прича!”; преузето 5. јануара 2021. са <https://www.alo.rs/vip/parovi/palcica-iz-parova-se-prostituisse-od-14-godine-majka-pokusala-da-je-izbavi-iz-kandzi-matoraca-vodila-je-u-crkvu-na-isceljenje-potresna-prica/267359/vest>.

„Информер”, 3. октобар 2019, УЧЕСНИЦА ПАРОВА ПРИЗНАЛА ДА СЕ БАВИЛА ПРОСТИТУЦИЈОМ У НЕМАЧКОЈ: ОБРАЂИВАЛА ШЕСТ МУШТЕРИЈА дневно, дрогирала сам се да преживим! (ВИДЕО); преузето 15. јануара 2021. са <https://informer.rs/dzets-et/rijaliti/462907/ucesnica-parova-priznala-bavila-prostitucijom-nemackoj-obradjivala-sest-musterija-dnevno-drogirala-sam-prezivim-video>.

prostitution have also participated in reality shows. They are presented in reality shows as business women, women engaged in business escorts, starlets, all with the purpose of presenting prostitution to the audience as a profession, despite the fact that, in accordance with the Law on Public Order and Peace, prostitution is regulated as a misdemeanor against public order and peace.

The aim of this paper is to point out the objective danger posed by the representation of prostitution as an occupation through reality shows. On the one hand, this danger is reflected in the fact that women in prostitution „by agreeing” to participate in reality programs, actually become victims of sexual exploitation of media pimps who want to create the illusion of prostitution as a profession that allows a comfortable life.

On the other hand, the created image of prostitution as a profession endangers young women without life experience, because guided by the image of prostitution as a profession, they can easily become victims of sexual exploitation. Presenting prostitution as a profession in reality programs without an adequate reaction of the professional public, raises the question of whether the „ground is being prepared” for the legalization of prostitution in the Republic of Serbia.

Key words: Law on Public Order and Peace, media presenters, prostitution, reality show, women in prostitution.

UDK: 340.134:347.96(497.11)

*Др Ијор Мишровић**

ПОЛОЖАЈ ПРАВОБРАНИЛАШТВА КАО ЗАКОНСКОГ ЗАСТУПНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Сажетак:

У раду се разматра питање положаја правобранилаштва као законских заступника Републике Србије, Аутономне покрајине, града и општина. Применом компаративне методе, поред положаја правобранилаштва, у раду је обрађен и положај судија и јавних тужилаца као категорије правосудних органа. Посебан је значај правобранилаштва, као законског заступника у заштити имовинских права и интереса Републике, Покрајине, града и општина и заштити јавне својине уопште, па је самим тим и одговорност лица која обављају послове правобранилаца и заменика правобранилаца, велика. Због тога се у раду износе ставови и мишљења о неопходности да се правобранилаштво, као орган који обавља послове заштите јавне својине, законски уреди и сврста у категорију правосудних органа, са свим правима и обавезама која у том смислу имају судије и тужиоци.

Кључне речи: законски заступник, правобранилаштво, судије, тужилаштво.

І. Увод

Правобранилаштво је орган који обавља послове правне заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе.

Послове правобранилаштва за заштиту имовинских права и интереса Републике Србије обавља Државно правобранилаштво, док послове правобранилаштва за заштиту имовинских права и интереса аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе обављају правобранилаштва аутономних покрајина и правобранилаштва јединица локалне самоуп-

* Заменик градског правобраниоца града Београда, Одељење: Вождовац, Раковица и Чукарица

праве. Уређење, организација, делокруг рада као и друга питања од значаја за рад правобранилаштва аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе утврђују се одлуком аутономне покрајине, односно одлуком јединице локалне самоуправе, у складу са основама за уређење и организацију правобранилаштва прописаних законом.

Континуитет развоја правобранилаштва, као органа који штити имовинско правне интересе Републике Србије, и поред великих промена правног система кроз историју, говори о томе да правобранилаштво има посебну улогу у развоју правног система српске државе.

И поред чињенице да је правобранилаштво, кроз историју, претрпело велике промене, које су у једном тренутку биле такве природе да су условиле и његово укидање, правобранилаштво је, као орган, врло брзо обновљено, што нас само додатно уверава у констатацији да је правобранилаштво јако битан елемент у правном систему наше државе и представља битан фактор у заштити јавне својине.

С обзиром на значај правобранилаштва, као законског заступника, као и степен одговорности лица које врши правобранилачке послове у циљу заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, као носилаца права јавне својине, поставља се питање (не)довољне законске уређености положаја самих правобранилаца и заменика правобранилаца.

Наиме, законом о правобранилаштву јесте одређен појам правобранилаштва као државних органа, међутим, због самог значаја заштите јавне својине и степена одговорности у том смислу, мишљења сам да је неопходно додатно унапредити положај и заштиту права правобранилаца и њихових заменика.

Правобранилаштво, као појам, представља независан и самосталан државни орган који послове из своје надлежности обавља у складу са Уставом и законом.

Правобранилаштва у Републици Србији подељена су на републичко, покрајинско, градско и општинско правобранилаштво и у том смислу, законом и подзаконским актима, уређена је организација, делокруг, надлежност и правни и материјални положај свих правобранилаца и заменика правобранилаца.

Упоредујући функцију правобраниоца, као државног адвоката и посао адвоката уопште, најћи ћемо на доста сличности и повезаности ове две правничке професије, како у погледу правних радњи које и једни и други предузимају пред судовима и државним органима, тако и у другим сегментима који су везани за ове две правничке професије.

Међутим, ако упоређујемо посао правобраниоца и послове осталих правничких професија, не можемо а да не поменемо које све то услове, у стручном и моралном смислу, један правник мора да испуни да би постао правобранилац или заменик правобраниоца. Овде се пре свега мисли на стручне квалификације, опште и посебне услове, начин и поступак избора и трајање мандата правобраниоца и заменика правобраниоца.

Сложеност послова које обавља правобранилаштво, као и одговорност правобраниоца у свакодневном обављању својих послова је велика. Због тога сматрам, да је неопходно да држава побољша положај правобранилаца и заменика правобранилаца до те мере да правобранилаштво буде у сваком смислу рангирано као орган правосуђа.

Разлог за доношење постојећег Закона о правобранилаштву,¹ био је, према образложењу предлагача, тај што Закон о јавном правобранилаштву, који је престао да важи 31. маја 2014. године, није одредио појам правобранилаштва и правобраниоца, нити је утврдио основна начела на којима би требало да се заснива рад правобранилаштва као органа који обавља послове правне заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе – начело самосталности и начело заштите поверљивих података.

Ранијим законом, такође, није било јасно дефинисано на који начин треба извршити организацију и уређење правобранилаштва, односно закон није садржао прецизније одредбе о овоме. Предлагач новог Закона је сматрао да је и сам назив правобранилаштва неадекватно одређен, додавањем речи „јавно” у називу, с обзиром да да заштита јавног интереса није примарна функција правобранилаштва, које пре свега штити интерес правних лица која заступа (државе, аутономне покрајине, града или општине).

Исто тако, остало је недефинисано у каквом су односу правобранилаштво и правна лица, органи и организације које правобранилаштво заступа, односно да ли је правобранилаштво овлашћено да по сопственој иницијативи предузима све радње заступања које сматра целисходним, или је везано налозима и упутствима заступаних органа. У пракси се јавило и значајно спорно питање о томе да ли правобранилаштво има право да ускрати заинтересованим лицима пружање информација о садржини предмета у којима врши заступање, а у контексту примене Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, односно

¹ Закон о правобранилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014.

спорно је да ли се правобранилаштво може посматрати као орган јавне власти у односу на грађане и у случају када предузима радње заступања у парничном или каквом другом поступку, или у конкретном случају правобранилаштва треба признати право на заштиту информација са којима располаже као заступник странке, у складу са принципом поверљивости односа заступника и заступаног.

Претходни Закон о јавном правобранилаштву, који је престао да важи 31. маја 2014. године, имао је свега 16 чланова о уређењу, делокругу и организацији и раду Републичког јавног правобранилаштва, који не дају уопште, или не дају потпуне и јасне одговоре на сва значајна питања. Надлежност Републичког јавног правобранилаштва није јасно утврђена, а Закон оставља отворено питање у којим све случајевима се то Правобранилаштво појављује као законски заступник, односно које све државне органе и организације заступа и у којим све правним поступцима. Законом уопште није уређено на који начин Републичко јавно правобранилаштво остварује своје надлежности.

Постојећи Закон о јавном правобранилаштву донео је и низ значајних промена у уређењу и организацији државне власти, финансирању јавних потреба, те нарочито у правном уређењу својинскоправних и других имовинскоправних односа. Настојало се да се њиме решавају проблеми који су идентификовани у примени претходног Закона о јавним правобранилаштву. Основни циљ који се доношењем новог закона требало да се постигне, према предлагачу, био је стварање услова за најквалитетнију заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе; тако је на јединствен начин требало и трајно решити питање начина остваривања правобранилачке функције.

Међутим, и поред чињенице да је усвојен Закон о правобранилаштву са таквим претензијама, сматрам да ни овим Законом није на најбољи начин уређен, пре свега, положај правобранилаца и њихових заменика. Штавише, сматрам да је претходним Законом о јавном правобранилаштву положај правобранилаца и њихових заменика био боље уређен, нарочито положај заменика правобраниоца којима је тај закон гарантовао сталност функције.

II. Појам заступања

Заступање као појам представља предузимање правних радњи у име и за рачун лица у чије име се предузимају правне и друге радње, на основу овлашћења за заступање које се заснива на закону, општем акту

правног лица, акту надлежног органа и на изјави воље, односно пуномоћју заступаног лица.

Закон о парничном поступку прописује да странка у поступку може да буде свако физичко и правно лице. Посебним прописима одређује се ко осим физичких и правних лица може да буде странка у поступку. Јавни тужилац има право да учествује у парничном поступку као странка само у случајевима прописаним законом.

Закон, даје могућност странкама да предузимају радње у поступку лично или преко пуномоћника. Пуномоћник физичког лица може бити адвокат, крвни сродник у правој линији, брат, сестра или брачни друг, као и представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе који је дипломирани правник са положеним правосудним испитом.

Пуномоћник запосленог у спору из радног односа може бити и представник синдиката чији је запослени члан, под условом да је дипломирани правник са положеним правосудним испитом.

Пуномоћник правног лица може бити адвокат, као и дипломирани правник са положеним правосудним испитом који је у радном односу у том правном лицу.

Пуномоћник мора бити потпуно пословно способно лице.

Странку мора да заступа адвокат у поступку по ванредним правним лековима, изузев ако је сама адвокат.

Заступање Републике Србије и њених органа, јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе уређује се посебним прописима.²

Значи, институтом заступања, даје се могућност свим лицима која правни посао не могу предузети лично да то учине преко заступника.

III. Правобранилаштво као заступник

Закон о јавном правобранилаштву, који је престао да важи, прописивао је да Републичко јавно правобранилаштво предузима правне радње и користи правна средства пред судовима и другим надлежним органима ради остваривања имовинских права и интереса Републике Србије, њених органа и организација и других правних лица чије се финансирање обезбеђује у буџету Републике или из других средстава Републике. Било је предвиђено да Републичко јавно правобранилаштво у судским и управном поступку заступа Републику Србију и њене органе и организације, ради остваривања њихових имовинских права и инте-

² Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 74 ст. 1 и 2 и чл. 85 ст. 1 до 7.

реса и има положај законског заступника. Оно је могло да заступа и друга правна лица у погледу њихових имовинских права и интереса кад интереси тих правних лица нису у супротности са функцијом коју врши.³

Важећи закон о правобранилаштву, који је ступио на снагу 1. јуна 2014. године, уређује веома одређено: 1) делокруг и положај правобранилаштва, 2) оснивање и надлежност, 3) уређење и организацију Државног правобранилаштва, положај Државног правобраниоца, 4) положај заменика Државног правобраниоца и запослених у Државном правобранилаштву, 5) начин оснивања, надлежности и основе уређења и организације правобранилаштва Аутономне Покрајине и правобранилаштва јединица локалне самоуправе, 6) као и друга питања од значаја за рад свих поменутих правобранилаштва.

Према граматичком, логичком и циљном тумачења Закона, одређен је појам правобранилаштва као државних органа. У том смислу је прописано да је правобранилаштво орган који обавља послове правне заштите имовинских права и интереса Републике Србије, Аутономне Покрајине и јединица локалне самоуправе.

У складу са својим, законом утврђеним надлежностима, Државно правобранилаштво:⁴

- заступа Републику Србију у правним поступцима пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима, када Република Србија има положај странке или умешача о чијим правима и обавезама се одлучује у том поступку;
- може на основу посебно датог пуномоћја заступати у поступку пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима и друга правна лица чији је оснивач Република Србија;
- заступа Републику Србију пред страним и међународним судовима и арбитражама и пред другим надлежним органима у иностранству, те, посебно, пред Европским судом за људска права у складу са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и додатним протоколима уз ову конвенцију;
- прати и проучава правна питања од значаја за рад државних органа, као и примену закона и других општих правних аката, када је то од значаја за заштиту имовинских права и интереса Републике Србије и о уоченим проблемима обавештава Владу и друге надлежне државне органе;

³ Закон о јавном правобранилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 43/91, чл. 7, 9 и 10.

⁴ Закон о правобранилаштву, чл. 2 и чл. 11 до 18.

- овлашћено је да покрене поступак за оцену уставности закона, односно за оцену уставности и законитости других општих правних аката, ако оцени да су законом, односно другим општим правним актом повређена имовинска права и интереси Републике Србије или законом утврђени положај Државног правобранилаштва;
- могу му се доставити ради давања правног мишљења нацрти правних послова које закључују субјекти које заступа, ако ти правни послови за предмет имају имовинска права и обавезе Републике Србије, односно тих субјеката; даје правна мишљења и о другим имовинскоправним питањима субјектима које заступа;
- може на захтев другог правобранилаштва, односно јединице локалне самоуправе пружити стручну помоћ или преузети заступање. Када је поступањем другог правобранилаштва повређен јавни интерес, Државно правобранилаштво може преузети поступање од другог правобранилаштва.

Дајући правна мишљења на уговоре, решења, закључке, одлуке и остале акте, правобранилаштво, такође, штити имовинска права и интересе заступаног субјекта. Правобранилаштво делује и превентивно у циљу мирног решавања спорног односа пре покретања судског поступка, што је новина у нашем правном систему, чиме се, пре свега, постижу уштеде у буџету (судски трошкови, камате и брзина окончања спора).⁵

Правобранилаштво на основу посебних законских овлашћења поступа као самосталан орган, странка у поступку са посебним законским надлежностима која општинском правобраниоцу дају могућност да покрене управни спор уколико су управним актом повређена имовинска права и интереси општине.⁶

Државна ревизорска институција је, у неколико спроведених поступака надзора ревизије у јединицама локалне самоуправе, стала на становиште да правобранилаштво, као законски заступник, између осталог, има законску обавезу и да заступа сва јавна предузећа, установе и остала правна лица која су основана од стране јединице локалне самоуправе и то у својству законског заступника.

Као што државно правобранилаштво, између осталог, може на основу посебно датог пуномоћја заступати у поступку пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима и друга правна лица чији је оснивач Република Србија, тако и остала правобранилаштва могу, на основу посебно датог пуномоћја, да заступају правна

⁵ ЗПП, чл. 193.

⁶ Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, чл. 11 ст. 4.

лица чији је оснивач покрајина, град или општина, али не као законски заступници.

Из напред наведеног, закључујемо, да се, када је у питању обавеза заступања од стране правобранилаштва, као законског заступника, јасно прави разлика у заступању Републике Србије, Аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе и њихових органа, са једне стране, и заступању правних лица која су основана од стране Републике Србије, Аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, са друге стране. У том смислу се, како у самом Закону, тако и у осталим подзаконским актима (одлукама), када су у питању правна лица чији је оснивач Република Србија, Аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, наглашава могућност (не и обавеза) заступања од стране правобранилаштва и то искључиво уз посебно дато пуномоћје. Овде се мора имати у виду, када је статус правобранилаштва, као законског заступника у односу на јавна предузећа, привредна друштва, установе и друге субјекте који послују у привреди и раде на основу Закона о привредним друштвима и Закона о јавним предузећима (који се нису мењали у погледу овлашћења и активне легитимације законског заступника) и посебног закона који уређују рад установа, да је поменути прописима на јасан начин утврђено ко их заступа у правном промету. Дакле, законски заступници ових правних лица, а на основу поменутих прописа, су директори, а не правобранилаштво и у односу на њих, као директора предузећа, односно установа, примењују се прописи Закона о привредним друштвима и Јавним предузећима на све што није уређено посебним прописом. Ово, као неспорно, произилази и из самог Закона о парничном поступку, који недвосмислено утврђује да је заступник правног лица у поступку лице које је уписано у одговарајући регистар, а одређено је посебним прописом, општим и појединачним актом правног лица или одлуком суда.⁷

Дакле, право директора, као законског заступника, је да опуномоћи било кога, тј. да пренесе део овлашћења законског заступника у свим поступцима, тако да, када је реч о пословању и правима и обавезама које проистичу из пословања привредног субјекта, Закон о правобранилаштву и Одлуке о правобранилаштву не могу да дерогирају ове посебне прописе. Штавише, на ову околност идентичан став заузео је и Привредни апелациони суд, када је стао на становиште да градско правобранилаштво може да заступа друга правна лица само као пуномоћник и то на основу издатог пуномоћја за заступање.⁸

⁷ ЗПП, чл. 77.

⁸ Решење Привредног апелационог суда у Београду Пж 4992/15 од 15. маја 2017. године.

Међутим, када су у питању имовинска права и интереси правних лица чији је оснивач Република Србија, Аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, мишљења сам да, у погледу овлашћења за заступање, предност ипак треба дати правобранилаштву (у неким од одлука које се односе на правобранилаштва то је утврђено и као обавеза).

Имовинска права и интересе можемо дефинисати искључиво у контексту обавезе заштите јавне својине. Сходно томе сматрам да јавно предузеће треба да ангажује правобранилаштво у судским поступцима када је у питању спор о имовини тог предузећа, односно о имовини у својини Републике Србије, Аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, којом предузеће располаже одлуком оснивача или када је реч о неком имовинском интересу или имовинском праву у непосредној вези са том имовином (дакле, пре свега о стварном праву). Јавно предузеће, дакле, не мора да ангажује правобранилаштво када је реч о заштити неких других интереса који, на пример, проистичу из привредног пословања предузећа или из неких других видова правних односа, као што су, на пример, радни односи. Јавно предузеће може и да затражи правно мишљење правобранилаштва из области која је предмет уговора.

Интересантно је изнети и податак да је на заједничком састанку апелационих судова, Привредног апелационог суда и Врховног касационог суда, који је одржан дана 22. децембра 2016. године у вези са правобранилаштвом као законским заступником заузет већи број правних ставова. На овом састанку посебно се издвојило питање да ли председник општине, када је општински правобранилац разрешен дужности због одласка у пензију, има овлашћења да изда пуномоћје адвокату за заступање општине и њених органа у судским поступцима. Истина, до оваквих ситуација у пракси тешко долази, с обзиром да се на истој седници скупштине општине на којој се утврђује престанак мандата правобраниоцу због одласка у пензију, обично одмах поставља и именује нови општински правобранилац, а треба нагласити и то да заменици правобраниоца имају сва законска овлашћења као и правобранилац, па у том смислу, и није неопходно да се на истој седници скупштине одмах постави нови правобранилац.

Расправљајући о постављеном питању, сви апелациони судови су сматрали да је председник општине, између осталог, овлашћен да заступа општину, те стога може да овласти адвоката да заступа општину у судским поступцима. Извршни органи општине су председник општине и општинско веће. Председник општине представља и заступа општину, предлаже начин решавања питања о којима одлучује скуп-

штина, наредбодавац је за извршење буџета, усмерава и усклађује рад општинске управе, доноси појединачне акте за које је овлашћен законом, статутом или одлуком скупштине, врши и друге послове утврђене статутом и другим актима општине.⁹ Међутим, представници Привредног апелационог суда нису се сложили са овим ставом, сматрајући да се у конкретном случају морају узети у обзир и одредбе важећег Закона о правобранилаштву. Председник општине, према Закону о локалној самоуправи, представља и заступа општину и овим законом су прописане његове надлежности. С друге стране, Закон о правобранилаштву прописује да државни правобранилац пружа правну заштиту и заступа у судским поступцима, када су у питању имовинскоправни односи, односно интереси локалне самоуправе односно града. Самим тим, председник општине није овлашћен да буде и правни заступник општине, већ се његово овлашћење за заступање односи на оно што није обухваћено Законом о правобранилаштву, тако да председник општине нема овлашћења да ангажује адвоката за заступање општине у судским поступцима. Овлашћење за ову радњу имао би одговарајући орган локалне самоуправе, на пример, скупштина општине, извршно веће или градско веће, односно орган који бира правобраниоце. Председник општине би имао овлашћење да изда пуномоћје адвокату за заступање општине у судским поступцима уколико би му такво овлашћење било дато од Скупштине општине, односно других надлежних органа општине, на начин како је предвиђено статутом општине.¹⁰

IV. Судство, тужилаштво и правобранилаштво

Како бисмо на што бољи начин приказали улогу и положај правобранилаштва Републике Србије, као посебног органа, у овом раду ћемо упоредити положај правобранилаца са положајем судија и тужилаца у Републици Србији, те положај правобранилаштва са судовима и тужилаштвима уопште, као правосудних органа, и то у погледу начина избора, испуњености општих и посебних услова за избор, период мандата на који је извршен избор, имунитета, самосталности и независности у раду и начина престанка радног односа.

⁹ Закон о локалној самоуправи, *Службени гласник РС*, бр. 129/2007, 83/2014 – др.закон и 101/2016, чл. 42 и 44.

¹⁰ Став са састанка апелационих судова, Привредног апелационог суда и Врховног касационог суда који је одржан дана 22. децембра 2016. године.

1. Судије

Устав Републике Србије посебно утврђује начела судства, врсте судова, председника Врховног касационог суда, судске одлуке, сталност судијске функције, избор судије, престанак судијске функције, независност судије, непреместивост судије, имунитет и неспојивост судијске функције; и не само на овај начин, већ и у свим осталим деловима, Устав садржи одредбе о судској власти као што је то случај са делом који се односи на зајемчена људска права у којима се гарантује правично суђење, једнака судска заштита, право на одбрану, двостепеност и сл. Због свог значаја који судска власт има за државу, сви наведени уставни принципи, који су повезани са судском влашћу, одговарају опште-прихваћеним међународним стандардима и вредностима.¹¹

Положај судија утврђен је Уставом Републике Србије, Законом о судијама,¹² другим законима и низом међународних докумената.

За судију може бити изабран држављанин Републике Србије који испуњава опште услове за рад у државним органима, који је завршио правни факултет, положио правосудни испит и који је стручан, оспособљен и достојан судијске функције. После положеног правосудног испита, потребно је радно искуство у правној струци: две године за судију прекршајног суда, три године за судију основног суда, шест година за судију вишег суда, привредног суда и Прекршајног апелационог суда, десет година за судију апелационог суда, Привредног апелационог суда и Управног суда, дванаест година за судију Врховног касационог суда.

Остали услови за избор судије су стручност, оспособљеност и достојност.

Судијска функција траје непрекидно од првог избора за судију до навршења радног века. Судија своју функцију врши као сталну, изузев када се први пут бира за судију.

С обзиром на имунитет који ужива, судија не може бити позван на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке, осим ако се ради о кривичном делу кршења закона од стране судије, нити судија може бити лишен слободе у поступку покренутом због кривичног дела учињеног у обављању судијске функције без одобрења Високог савета судства.

¹¹ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр.98/2006, чл. 142–152.

¹² Закон о судијама, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 – одлука УС, 106/2015, 63/2016 – одлука УС и 47/2017, чл. 43, 44 и 45 ст. 1, чл. 2ст. 1, чл. 5, чл. 10. ст. 1 и 2. и чл. 22.

Судију и председника суда бира и о престанку њихове функције одлучује Народна скупштина, односно Високи савет судства, у складу са Законом о судијама, а број судија и судија поротника за сваки суд одређује Високи савет судства.

Судија је слободан у заступању свог схватања, утврђивању чињеница и примени права у свему о чему одлучује и није дужан да икоме, па ни другим судијама и председнику суда, објашњава своја правна схватања и утврђено чињенично стање, изузев у образложењу одлуке или кад то закон посебно налаже.

Судија је независан у поступању и доношењу одлуке, суди и пресуђује на основу Устава, закона и других општих аката, потврђених међународних уговора, те општеприхваћених правила међународног права. Сви државни органи и функционери дужни су да својим поступањем и понашањем одржавају поверење у независност и непристрасност судија и судова.

Судија је слободан у заступању свог схватања, утврђивању чињеница и примени права, у свему о чему одлучује. Судија није дужан да икоме, па ни другим судијама и председнику суда, објашњава своја правна схватања и утврђено чињенично стање, изузев у образложењу одлуке или кад то закон посебно налаже.

Судија је дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност. Судија је дужан да непристрасно води поступак по својој савести, у складу са властитом проценом чињеница и тумачењем права, уз обезбеђење правичног суђења и поштовање процесних права странака гарантованих Уставом, законом и међународним актима.

2. Јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца

На исти начин као и када је судство у питању, Устав Републике Србије посебно утврђује положај и надлежност јавног тужилаштва, оснивање и организацију тужилаштва, републичког јавног тужиоца, јавне тужиоце и заменике јавних тужилаца, одговорност, престанак функције јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца, имунитет и неспојивост тужилачке функције.

Јавно тужилаштво, као што се види, препознато је, такође, као уставна категорија правосудног органа Републике Србије. Јавно тужилаштво има посебне одлике правне природе имајући у виду, пре свега, чињеницу да је Уставом прописано да је јавно тужилаштво самосталан

државни орган који врши своју функцију на основу Устава, закона, потврђеног међународног уговора и прописа донетог на основу закона.¹³

Јавно тужилаштво своју надлежност врши на основу Устава, Закона о јавним тужилаштву,¹⁴ те међународних уговора који су део правног поретка.

За јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца може бити изабран држављанин Републике Србије који испуњава опште услове за рад у државним органима, који је завршио правни факултет, положио правосудни испит и достојан је функције јавног тужиоца. Закон прописује посебне услове за избор јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца, па тако за јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца може бити изабрано лице које, поред општих услова, има радно искуство у правној струци након положеног правосудног испита, и то: четири године за основног јавног тужиоца и три године за заменика основног јавног тужиоца, седам година за вишег јавног тужиоца и шест година за заменика вишег јавног тужиоца, десет година за апелационог јавног тужиоца и јавног тужиоца посебне надлежности и осам година за заменике апелационог јавног тужиоца и заменика јавног тужиоца посебне надлежности, дванаест година за Републичког јавног тужиоца и једанаест година за заменика Републичког јавног тужиоца.

Јавни тужилац се бира из реда јавних тужилаца или заменика јавних тужилаца, односно међу лицима која испуњавају прописане услове за избор, на период од шест година и може бити поново биран. Одлуку о избору доноси Државно веће тужилаца.

Јавни тужилац коме функција престане на лични захтев или ако не буде поново изабран, обавезно се бира на функцију заменика јавног тужиоца коју је обављао пре избора. Уколико је биран за јавног тужиоца вишег степена из нижег јавног тужилаштва, тада се након престанка функције јавног тужиоца обавезно бира на функцију заменика јавног тужиоца у јавном тужилаштву вишег степена којим је руководио. Ако је јавни тужилац изабран међу лицима која нису били заменици јавног тужиоца, након престанка функције, такво лице се обавезно бира на функцију заменика јавног тужиоца у јавном тужилаштву у којем је био јавни тужилац.

¹³ Устав Републике Србије, чл. 156–163.

¹⁴ Закон о јавном тужилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др.закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 – одлука УС, чл. 45, 51, 55, 56, 57, 76, 77.

Пре истека времена на који је биран или пре навршења радног века функција јавном тужиоцу може престати само под условима и из разлога предвиђених Законом о јавном тужилаштву.

Мандат заменика јавног тужиоца који је први пут изабран на функцију траје три године, а сваки наредни избор је трајан. Пре истека времена на који је биран или пре навршења радног века функција заменику јавног тужиоца може престати само под условима и из разлога предвиђених Законом.

Ако јавно тужилаштво буде укинато, јавни тужилац, односно заменик јавног тужиоца настављају да врше функцију заменика јавног тужиоца у јавном тужилаштву које одреди Државно веће тужилаца, на предлог Републичког јавног тужиоца. Сматра се да је јавно тужилаштво укинато и ако је подручје на којем врши надлежност подељено на два или више јавних тужилаштава.

Ако буде смањен број заменика јавног тужиоца у јавном тужилаштву, заменик јавног тужиоца наставља да врши ту функцију у јавном тужилаштву које одреди Државно веће тужилаца, на предлог Републичког јавног тужиоца.

Јавни тужилац и заменик јавног тужиоца су у вршењу функције самостални од извршне и законодавне власти. Јавни тужилац и заменик јавног тужиоца дужни су да очувају поверење у своју самосталност у раду. Нико изван јавног тужилаштва нема право да одређује послове јавном тужиоцу и заменику јавног тужиоца, нити да утиче на одлучивање у предметима. Јавни тужилац и заменик јавног тужиоца своје одлуке морају да образлажу само надлежном јавном тужиоцу.

И јавни тужилац и заменик јавног тужиоца уживају имунитет, па тако ни јавни тужилац ни заменик јавног тужиоца не могу бити позвани на одговорност за изражено мишљење у вршењу тужилачке функције, осим ако се ради о кривичном делу кршења закона од стране јавног тужиоца, односно заменика јавног тужиоца.

Јавни тужилац, односно заменик јавног тужиоца не могу бити лишени слободе у поступку покренутом због кривичног дела учињеног у вршењу тужилачке функције, односно службе, без одобрења надлежног одбора Народне скупштине.

На основу изнетог може се закључити да је јавно тужилаштво јединствен, самосталан и у вршењу своје надлежности независан правосудни државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела, штити уставност и законитост, људска права и грађанске слободе.

Јавно тужилаштво је у вршењу своје надлежности дужно да користи сва средства која му пружа закон.

Јавна тужилаштва су у вршењу својих овлашћења независна од извршне и законодавне власти, а функционална независност и самосталност јавног тужилаштва уређује се законом.

3. Правобраниоци и заменици правобраниоца

Устав Републике Србије, када је у питању правобранилаштво као законски заступник имовинских права и интереса Републике Србије, Аутономне покрајине, града и општина, само у једном незнатном делу помиње орган надлежан за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, али тај орган не дефинише и не препознаје на исти начин као судство и јавно тужилаштво, нити га у том смислу сврстава у правосудне органе.¹⁵

Закон о правобранилаштву одређује услове за избор државног правобраниоца и заменика државног правобраниоца.¹⁶

Државног правобраниоца, на предлог министра надлежног за правосуђе, поставља Влада на период од пет година и може бити поново постављен. Влада, на предлог министра надлежног за правосуђе, поставља заменика државног правобраниоца, на период од пет година; заменик државног правобраниоца може бити поново постављен. У одлуци о постављењу одређује се да се заменик државног правобраниоца поставља у седишту или у одељењу Државног правобранилаштва, односно да се поставља за заступника Републике Србије пред Европским судом за људска права.

Заменик државног правобраниоца који не буде поново постављен или ако му положај престане на лични захтев има право да буде распоређен на радно место правобранилачког помоћника.

Према општим условима које Закон прописује, за државног правобраниоца и заменика државног правобраниоца може бити постављен држављанин Републике Србије који испуњава опште услове за рад у државним органима, који је завршио правни факултет, положио правосудни испит и достојан је правобранилачке функције. За ове функције, поред општих услова, захтева се да лице има радно искуство у правној струци после положеног правосудног испита, и то: десет година за државног правобраниоца, а осам година за заменика државног правобраниоца. За обављање послова из надлежности Државног правобранилаштва у заступању пред међународним судом или другим међународним

¹⁵ Устав Републике Србије, чл. 138.

¹⁶ Закон о правобранилаштву, чл. 37 ст. 1, 38 ст. 1, 2 и 3, 39 и 40.

телом, поред наведених услова, потребно је да лице поседује одговарајући ниво познавања једног од страних језика на којима се води поступак пред међународним судом или другим међународним телом. За заменика државног правобраниоца који је заступник Републике Србије пред Европским судом за људска права, поред осталих услова, потребно је да лице поседује и потврђено активно знање енглеског, односно француског језика.

Општи услови за постављење правобраниоца у покрајинском, градском или општинском правобранилаштву и њихових заменика су исти као и за постављење у Државном правобранилаштву, док се у погледу посебних услова, они разликују у делу који се односи на радно искуство у правној струци после положеног правосудног испита, а ти услови су прецизније утврђени Одлукама о правобранилаштву.

Према одредбама раније важећег Закона, функцију Републичког јавног правобранилаштва вршио је Републички јавни правобранилац, којег поставља Влада на четири године, с тим да је могао је бити поново постављен, а заменици републичког јавног правобраниоца, које је такође постављала Влада, послове заменика вршили су као сталну дужност.¹⁷

V. Закључак

Из истраживања позиције правобранилаштва у правном поретку Републике Србије, недвосмислено произилази да је правобранилаштво, као посебан орган, ближе државној управи него правосуђу. До овог закључка се долази и на основу тога што су судство и тужилаштво, као категорија правосудних органа, препознати и дефинисани у самом Уставу Републике Србије, што са правобранилаштом није случај.

Основ за доношење закона о правобранилаштву садржан је у Уставу Републике Србије, којим је прописано да Република Србија, поред осталог, уређује и обезбеђује заштиту свих облика својине, организацију, надлежност и рад републичких органа и друге односе од интереса за Републику Србију, у складу с Уставом. Међутим, Устав, како је наведено, само се у једној одредби, у којој се говори о надлежности и делокругу рада заштитника грађана, помиње орган надлежан за правну заштиту имовинских права и интереса Републике Србије, и то у контексту органа чији рад може да контролише заштитник грађана.¹⁸

¹⁷ Закон о јавном правобранилаштву, *Службени гласник РС*, бр. 43/91, чл. 3.

¹⁸ Устав Републике Србије, чл. 97 тач. 7, 16 и 17. те чл. 138.

Када се упореди Уставом и законом уређен положаја судија, тужи- лаца и правобранилаца у Републици Србији, увиђа се неопходност бољег законског регулисања положаја правобранилаца и заменика правобра- нилаца. Ово уређивање је нарочито посебно у погледу поступка именовања, периода трајања мандата, независности и самосталности у раду, имунитета и одговорности у раду.

У претходном Закону о јавном правобранилаштву приметна је била интенција законодавца да, колико толико, правобранилачку професију доведе на ниво правосудних органа, бар када су у питању заменици правобраниоца који су тим законом послове заменика вршили као сталну дужност. Међутим, новим, важећим Законом је и та одредба измењена на начин да и правобранилац и заменик правобраниоца ове послове обављају у мандату који траје 5 година.

У циљу квалитетније заштите јавне својине и имовинских права и интереса Републике, покрајине, града и општине, сматрам да је неоп- ходно спровести темељну реформу правобранилачке функције и то на начин да се она препозна као уставна категорија која ће бити на истом нивоу као и правосудни органи. На овај начин би се елиминисао утицај законодавне и извршне власти на поступак именовања и смене право- бранилаца и заменика правобранилаца и тај поступак, евентуално, по- верио независном органу. На тај начин би се, такође, углед и достојанство правобранилачке функције подигли на ниво осталих правосудних ор- гана, између осталог и у делу који се односи на сталност функције пра- вобранилаца и заменика правобранилаца и имунитета који уживају судије и тужиоци.

У том смислу, на иницијативу правобранилаштава на свим нивоима у Републици Србији, дана 10. новембра 2017. године одржан је и саста- нак са циљем да се оснује Удружење правобранилаца и заменика право- бранилаца у Републици Србији. Ово Удружење би представљало добро- вољну, невладину, недобитну и струковну организацију, основану на неодређено време, ради остваривања циљева у области унапређења положаја и заштите права правобранилаца и њихових заменика. Циљеви Удружења дефинисани су као унапређење и заштита достојанства, подизање угледа и побољшања материјалног и статусног положаја пра- вобранилаца и њихових заменика, континуирано унапређење ефикас- ности, стручности и вештина у обављању правобранилачке функције, јачање међусобне солидарности и колегијалности, успостављање и развијање правобранилачке етике, сарадња са другим удружењима, установама, образовним и научним институцијама у земљи и иностран- ству, сарадња са међународним организацијама и удружењима, као и

сви други циљеви који доприносе успостављању поверења грађана у рад државних органа јачањем правне државе и владавине права.

Ради остваривања ових и других циљева, Удружење би се, по оснивању, нарочито посветило, прикупљању и обрађивању научне и стручне литературе у области заштите имовинских права и интереса Републике Србије, Аутономне покрајине и јединица локалних самоуправа, организовању, самостално или у сарадњи са другим организацијама, стручних скупова, саветовања, семинара и других облика едукација, објављивању публикација о питањима која су од значаја за Удружење, те предузимању свих других активности ради остваривања циљева Удружења и побољшања положаја правобранилаца и заменика правобранилаца у Републици Србији.

Све досадашње промене у нашем правном систему и прописима условиле су повећање броја предмета и ангажовања правобранилаштва на свим нивоима и по свим материјама, па је ово још један показатељ који недвосмислено указује на неопходност реформе правног система наше државе у погледу унапређења положаја правобранилаштва у Републици Србији.

Иако је уређење надлежности правобранилаштва у различитим државама веома разноврсно, ништа мање разноврсности не постоји ни у уређењу организације органа који врше правобранилачку функцију. Осим од различитих правних традиција сваке државе, конкретни облици уређења организације правобранилаштва у многоме зависе од степена демократског развоја друштва, односно од достигнутог нивоа развоја владавине права у конкретној држави. У државама са високим стандардима владавине права постоје разноврсна делотворна правна средства кроз која је обезбеђена самосталност правобранилаштва, у циљу најквалитетније и политички непристрасне заштите имовинских права и интереса државе. Са друге стране, у државама које немају високо развијене институције правне државе не може се очекивати ни постојање самосталности правобранилаштва.¹⁹

¹⁹ Јован Продановић, „Уређење државног правобранилаштва у упоредном праву”, *Билтен Републичкој јавној правобранилаштва*, бр. 1/2014, 50.

Igor Mitrović, PhD

Deputy Public Attorney of Belgrade

POSITION OF THE PUBLIC ATTORNEY'S OFFICE AS A LEGAL
REPRESENTATIVE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary:

The paper deals with the issue of the position of the Public Attorneys as legal representatives of the Republic of Serbia, the Autonomous Province, the city and municipalities. In addition to the position of the Public Attorneys, the paper analyzes, by using a comparative method, the position of judges and public prosecutors as a category of judicial authorities. The Public Attorneys hold particular importance as a legal representatives entrusted with protection of property rights and interests of the Republic, the Province, the city and municipalities, and protection of public property in general; therefore, individuals who perform duties of Public Attorney and Deputy Public Attorney carry considerable responsibility. The author presents the opinion that legal regulations should be improved in order to secure that the Public Attorney' Office, as the authority with tasks of protecting public property and interests, is classified in the category of judicial authorities, substantially with all rights and obligations which in that regard are guaranteed to judges and prosecutors.

Key words: legal representative, attorney's office, judges, prosecutors.

UDK: 336.226.1(497.11)

*Миња Ђокић**мастер права,
адвокат у Београду

ОПОРЕЗИВАЊЕ ПРИХОДА ОД САМОСТАЛНЕ ДЕЛАТНОСТИ У СРБИЈИ

Сажетак:

Предмет овог чланка је анализа пореза на приход од самосталне делатности и доприноса за обавезно социјално осигурање који терете тај приход у Србији. Аутор изложи теоријске концепте дохотка и законски оквир опорезивања дохотка, а затим објашњава положај пореза на приход од самосталне делатности у систему пореза на доходак грађана. У чланку се указује на везу између доприноса за обавезно социјално осигурање и пореза на доходак грађана. Са посебном пажњом излажу се методи за утврђивање пореске основице. Анализира се ефективно пореско оптерећење приликом опорезивања стварно остварене добити наспрам паушално утврђеног прихода, при чему се приказују елементи од којих зависи пореска оптимизација прихода од самосталне делатности.

Циљ чланка је да се прикаже положај пореза на приход од самосталне делатности и доприноса за обавезно социјално осигурање који терете тај приход у пореском систему Србије. Указује се на неке предности и мане метода за опорезивање прихода од самосталне делатности и изнесе *de lege ferenda* предлози који, по мишљењу аутора, могу довести до правичнијег опорезивања прихода од самосталне делатности.

Кључне речи: приход од самосталне делатности, порез, доприноси, ефективна пореска стопа.

* Докторанд Правног факултета Универзитета у Београду, ужа научна област: јавне финансије и финансијско право.

I. Увод

Питање опорезивања дохотка физичких лица се у последње време актуелизовало након што је Пореска управа објавила позив за самоиницијативно пријављивање прихода који физичка лица остварују из иностранства.¹ Тај позив је довео до незадовољства код појединих категорија пореских обвезника, а Пореска управа је покренула велики број пореских контрола над физичким лицима што раније није била пракса. Зато сматрамо неопходним да укратко изложимо систем који Србија примењује приликом опорезивања дохотка физичких лица.

Најпре, важно је указати на то која физичка лица спадају под фискалну сувереност Републике Србије (од кога Србија све може да наплати порез). Тако је обвезник пореза на доходак грађана резидент Републике Србије, за доходак остварен на територији Републике Србије и у другој држави.² Реч је о пуној, односно о неограниченој пореској одговорности која подразумева да резидент плаћа држави резидентства порез на свој „целокупни светски доходак“ (енг. *worldwide income*).³ Када је реч о Србији, њен резидент је физичко лице које испуњава било који од четири алтернативно прописана критеријума.⁴ Примера ради, то значи да ће се српским резидентом сматрати физичко лице које у Србији има пријављено пребивалиште, чак и уколико то физичко лице дужи период ради у другој држави. То физичко лице није престало да буде српски резидент само по основу чињенице да у Србији не борави, јер је за пореско резидентство довољно да у Србији има пријављено пребивалиште.⁵ Када је реч о критеријуму „центра пословних и животних интереса“, он је уведен да би се што шири круг лица обухватио пореским

¹ Вид. <https://www.purs.gov.rs/biro-za-informisanje/novosti/6639/samoinicijativno-prijavljivanje-prihoda-ostvarenog-iz-inostranstva.html>, последњи приступ 19. јануар 2021. године.

² Закон о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001 ... 156/2020 – усклађени дин. изн., чл. 7 ст. 1

³ Arnold Knechtel, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, The Netherlands 1979, 38.

⁴ Српски порески резидент је физичко лице које: 1) на територији Републике има пребивалиште; 2) на територији Републике, непрекидно или са прекидима, борави 183 или више дана у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години; 3) на територији Републике има центар пословних и животних интереса; 4) је из Републике упућено у другу државу ради обављања послова у дипломатском или конзуларном представништву Републике, односно обављања послова за Републику у међународним организацијама; вид. чл. 7 ЗПДГ.

⁵ Dejan Popović, Svetislav V. Kostić, *Ugovori Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja – pravni okvir i tumačenje*, Cekos In, Beograd 2009, 62–64.

резидентством. Према званичном коментару Модел-конвенције о порезима на доходак и на имовину *OECD*, центар животних интереса се дефинише преко обвезникових породичних и друштвених односа, његовог занимања, његових политичких, културних или других активности, места у којем обавља делатност или из којег управља имовином и сл.⁶

Осим резидената, порез у Србији плаћају и физичка лица која су нерезиденти за доходак остварен на територији Републике Србије.⁷ Реч је о ограниченој пореској обавези заснованој на територијалном принципу, која подразумева право државе да пореским захтевом обухвати доходак нерезидената чији је извор на њеној територији.⁸

Из изложеног се наслућује потенцијални сукоб две државе од којих држава резидентства опорезује свог резидента на његов целокупни светски доходак, док држава извора опорезује истог пореског обвезника (нерезидента) за доходак који има извор на њеној територији.⁹ У одсуству другачије одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања, Србија свом резиденту даје право на порески кредит (износ за који се умањује обрачунати порез на доходак грађана). Када резидент Републике Србије оствари доходак у другој држави, на који је плаћен порез у тој држави, на рачун пореза на доходак грађана утврђеног према одредбама српских прописа одобрава му се порески кредит у висини пореза на доходак плаћеног у тој држави.¹⁰ Међутим, постоји ограничење – а то је да порески кредит не може бити већи од износа који би се добио применом одредаба ЗПДГ на доходак остварен у другој држави.¹¹

⁶ *Ibid.* Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину, Српско фискално друштво, Београд 2016, 92–96.

⁷ ЗПДГ, чл. 8.

⁸ А. Knechtle, 38. У овом чланку се нећемо посебно бавити проблематиком утврђивања извора дохотка. Више о томе вид. Дејан Поповић, Гордана Илић-Попов, „Утврђивање извора дохотка у пореском праву”, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 96–120.

⁹ Поред сукоба између ограничене и неограничене пореске јурисдикције, могући су сукоби и између две неограничене пореске јурисдикције (нпр. физичко лице има центар животних интереса у Србији, а истовремено у другој држави борави дуже од 183 дана). Ови сукоби се решавају унилатералним или билатералним мерама. Прве су садржане у домаћим пореским прописима, док су другопоменуте резултат споразума између две државе на основу уговора о избегавању двоструког опорезивања.

¹⁰ ЗПДГ, чл. 12 ст. 1.

¹¹ ЗШДГ, чл. 12 ст. 2. Српски порески законодавац је предвидео изузетак од општег правила како би се спречиле апсурдне ситуације у којима би се, у случају да је порез плаћен у другој држави већи од оног који се утврђује и плаћа применом ЗПДГ, српски резидент нашао у прилици да од Пореске управе тражи да му врати вишак.

Сада је важно да укратко изложимо теоријски и практични појам дохотка и прихода.

Наиме, доходак се схвата на различите начине, у зависности од тога који теоријски концепт прихвата пореско законодавство конкретне државе. Према теорији извора (енг. *source theory*), доходак се одређује као збир чистих приноса које неко лице остварује у одређеном периоду из извора који гарантују њихов редован прилив. У том смислу је нагласак на „извору прихода“ који мора бити трајан.¹² Упоредноправно посматрано, теорија извора је усвојена у прописима о порезу на доходак у немачком, француском, италијанском и британском праву. Концепт чистог приноса (енг. *accretion theory*) одређује доходак као новчану вредност чистог повећања економске снаге лица у датом периоду. Зато, према тој теоријској поставци, доходак представља збир потрошње и акумулације, тј. одређује се као принос који је лице остварило у пореској години. Као репрезентативан представник пореског система који се заснива на тој теорији могу се навести САД.¹³

Српско пореско законодавство намеће порез на доходак грађана на приходе из свих извора, изузев оних који су посебно изузети, при чему доходак представља збир опорезивих прихода које обвезник оствари у календарској години.¹⁴ То значи да се у српском пореском систему појам дохотка темељи на теорији чистог приноса. Опорезују се сви приходи независно од тога одакле они потичу, изузев прихода чије је опорезивање изричитом одредбом пореског закона изузето од опорезивања.¹⁵

У пореском праву прави се разлика између три основна модела опорезивања дохотка. Глобални модел заснива се на томе да се сви бруто приходи пореског обвезника и сви трошкови које је имао узимају заједно, чиме се долази до синтетичког нето прихода на који се плаћа порез на

¹² Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 260.

¹³ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 334.

¹⁴ ЗПДГ, чл. 2 ст. 1 и ст. 3. Доходак је дефинисан као збир свих опорезивих (нето) прихода које порески обвезник оствари у пореској години. У порескоправном контексту приход је вредност реализованих учинака на тржишту и он представља бруто величину. Да би се приход реализовао, било је потребно да обвезник поднесе неке трошкове. Зато је опорезиви нето приход разлика између бруто прихода и трошкова које је обвезник имао приликом остваривања тог прихода. Вид. D. Popović, 286.

¹⁵ Посматрано са рачуноводственог становишта приходи су пословни догађаји који повећавају нето имовину. Вид. у Jovan Ranković, *Teorija bilansa*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1997, 14.

доходак по прогресивним пореским стопама.¹⁶ Чист цедуларни модел подразумева да се бруто приходи и трошкови утврђују за сваку врсту прихода посебно, при чему није могуће пребијање губитака по једном основу са добицима по другом основу.¹⁷ У Србији се примењује тзв. мешовити модел опорезивања дохотка који се заснива на цедуларном опорезивању појединих прихода током године, али се по истеку године плаћа комплементарни прогресивни порез на укупан приход.¹⁸

II. Порез на приходе од самосталне делатности у Србији

Доходак за опорезивање, односно приходи који подлежу опорезивању у Србији се начелно могу разврстати у три категорије: 1) приходи из радног односа; 2) приходи од пословања; и 3) приходи од инвестиција. У том смислу би се приход од самосталне делатности квалификовао као приход од пословања који се опорезује по пропорционалној пореској стопи која износи 10%.¹⁹

1. Порески објекат

Да би се неки приход одредио као приход од самосталне делатности, најпре је потребно дефинисати делатност. У пореској литератури се за делатност употребљава термин „пословање” (енг. *business*) које представља самосталну комерцијалну или индустријску делатност у циљу остваривања добити. Другим речима, да би се установило да ли неки приход потиче из пословања, претходно је потребно одредити да ли активност коју физичко лице обавља представља пословање.²⁰ Зато је у ЗПДГ приход од самосталне делатности дефинисан као приход остварен од привредних делатности, укључујући и делатности пољопривреде и шумарства, пружањем професионалних и других интелектуалних услуга, као

¹⁶ D. Popović, 280.

¹⁷ *Ibid.*, 281.

¹⁸ D. Popović, 283. Тако се током године посебно плаћа порез на зараде, порез на приходе од самосталне делатности, порез на приходе од ауторских права, права сродних ауторском праву и права индустријске својине, порез на приходе од капитала, порез на приходе од непокретности порез на капиталне добитке и порез на остале приходе. Комплементарни прогресивни порез на укупан приход је годишњи порез на доходак грађана. Вид. чл. 87 ЗПДГ.

¹⁹ ЗПДГ, чл. 31 и 38.

²⁰ Lee Burns, Richard Krever, „Taxation of Income from Business and Investment”, *Tax Law Design and Drafting* (ed. Victor Thuronyi), International Monetary Fund 1996, 2.

и приход од других делатности, уколико се на тај приход по том закону порез не плаћа по другом основу.²¹ Таквом дефиницијом порески законодавац наглашава да је реч о приходу који потиче од обављања регистроване делатности.²² Због тога се приход који физичко лице оствари, примера ради, продајом своје непокретности опорезује порезом на пренос апсолутних права.²³ У том случају није реч о приходу који проистиче из пословања односно из делатности, јер је у питању *ad hoc* трансакција. Међутим, уколико је реч о физичком лицу које има регистровану предузетничку делатност, па у склопу те делатности продаје непокретности – биће реч о приходу од самосталне делатности.

ЗПДГ предвиђа изузетак који гласи:

„Приходом од самосталне делатности сматра се и приход остварен трајним или сезонским искоришћавањем земљишта у непољопривредне сврхе (вађење песка, шљунка и камења, производња креча, цигле, црепа, ћумура и сл.), инкубаторском производњом живине, као и другим сличним делатностима, независно од тога да ли су као самосталне делатности регистроване код надлежног органа”.²⁴

2. Порески обвезник

Порески систем Србије познаје три категорије обвезника пореза на приход од самосталне делатности. Прва категорија је физичко лице које

²¹ ЗПДГ, чл. 31 ст. 1. Дефиницију делатности у наведеном контексту можемо „позајмити” из другог пореског прописа. Наиме, у складу са чл. 8 ст. 2 Закона о порезу на додату вредност – ЗПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004, ... 153/2020, делатност је трајна активност произвођача, трговца или пружаоца услуга у циљу остваривања прихода, укључујући и делатности експлоатације природних богатстава, пољопривреде, шумарства и самосталних занимања. Из законске дефиниције делатности која, *inter alia*, подразумева и самостална занимања, примећује се да је трајност кључан критеријум односно *differentia specifica* која делатност одваја од *ad hoc* активности. Порески законодавац је тако прихватио теоријски концепт појма „пословање.”

²² Д. Роровић, 301. Чињеница да ЗПДГ приход од самосталне делатности везује за обављање регистроване делатности не значи да приход који се остварује од нерегистроване делатности не подлеже опорезивању. Напротив, порески третман таквог прихода би се утврђивао у складу са начелом фактицитета према којем се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини, а када су на прописима супротан начин остварени приходи, односно стечена имовина, Пореска управа ће утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза. Вид. чл. 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији – ЗПППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, ... 144/2020.

²³ Закон о порезима на имовину, *Службени гласник РС*, бр. 26/2001, ... 144/2020, чл. 23 ст. 1 тач. 1.

²⁴ ЗПДГ, чл. 31. ст. 2.

је уписано у регистар код надлежног органа, при чему порез на приход од самосталне делатности плаћа на опорезиву добит (предузетник) или на паушално утврђени приход (предузетник паушалац).²⁵ Други тип пореског обвезника је физичко лице које је носилац породичног пољопривредног газдинства уписано у регистар пољопривредних газдинстава, које води пословне књиге и порез на приходе од самосталне делатности плаћа на опорезиву добит (предузетник пољопривредник).²⁶ На крају, трећа категорија пореског обвезника је физичко лице које је обвезник пореза на додату вредност, као и свако друго физичко лице које обавља делатност независно од тога да ли је та делатност регистрована и порез на приходе од самосталне делатности плаћа на опорезиву добит (предузетник друго лице).²⁷ Све термине из дефиниције пореског обвезника је потребно језички тумачити, односно у складу са опште-прихваћеним значењем речи и термина осим уколико конкретном термину није дато посебно значење у ЗПДГ или другом пореском пропису.²⁸ Зато ћемо, за потребе овог чланка, све обвезнике означавати генеричким појмом „предузетник.”

3. Пореска основица

Начин на који се утврђује пореска основица је један од критеријума према којем се у науци пореског права деле порези. Зато ћемо на тре-

²⁵ ЗПДГ, чл. 32. ст. 2.

²⁶ ЗПДГ, чл. 32. ст. 3.

²⁷ ЗПДГ, чл. 32 ст. 4.

²⁸ Чињеница да се, примера ради, адвокат не дефинише као предузетник већ као вршилац „независне и самосталне службе пружања правне помоћи физичким и правним лицима” не утиче на његов пореско-правни положај који подразумева да га порески законодавац одређује као предузетника – вид. чл. 2 и чл. 4 Закона о адвокатури, *Службени тласник РС*, бр. 31/2011 и 24/2012 – одлука УС. Исто важи и за јавног бележника чија је делатност одређена као „служба од јавног поверења” и који ту делатност „обавља у јавнобележничкој канцеларији.” Вид. чл. 2, ст. 1 и чл. 14, ст. 1 Закона о јавном бележништву, *Службени тласник РС*, бр. 31/2011, ... 106/2015. У оба случаја реч је о физичким лицима која су уписана у одговарајући регистар. Докле год та физичка лица обављају регистроване делатности они остварују приходе из тих делатности и сматра се да пружају професионалне и друге интелектуалне услуге, без обзира на то што адвокати пружају правну помоћ, а јавни бележници врше службу од јавног поверења. Једном речју, иако се њихово пословање не одређује као пружање услуга – то нема пореског ефекта јер их ЗПДГ дефинише као обвезнике пореза на приход од самосталне делатности (предузетник или предузетник паушалац у зависности од начина опорезивања о чему ће бити више речи у наставку). Подсећамо да ЗПДГ прихвата концепт „пословања” као самосталне и регистроване комерцијалне делатности без обзира на то чиме се обвезник бави (правна помоћ, оверавање изјава, чување исправа, консалтинг, трговина, производња итд.).

нутак скренути са главног излагања како бисмо указали на неке појединости које могу да буду значајне за правилно разумевање пореског облика који је тема овог чланка.

Претпостављени порези су они код којих се пореска основица утврђује на основу претпоставке да је порески обвезник остварио приход одређене величине.²⁹ Порески законодавац може да посегне за увођењем претпостављених пореза из неколико разлога. Један од тих разлога свакако је административна једноставност будући да пореска контрола таквих пореза не захтева да се ангажује превише људских ресурса.³⁰ Други разлог је борба против нелегитимне пореске евазије и незаконите пореске евазије.³¹ Треће, уколико се пропишу објективни индикатори за процену пореске основице, то може довести до равномерније расподеле пореског терета. Четврто, у системима који познају тзв. „обориве претпоставке” (енг. *rebuttable presumptions*) предузетници се подстичу да воде уредну пословну евиденцију, јер само на основу те евиденције могу да побијају претпоставке на којима им је утврђена пореска основица. Пето, претпостављени порези „ексклузивног типа” се могу сматрати пожељним због њиховог подстицајног ефекта – предузетник који успева да оствари више од процењених прихода неће морати да плати више пореза.³²

Аргументи против увођења претпостављених пореза превасходно се тичу уставних ограничења заснованих на универзалним цивилизацијским принципима, као што су једнакост пред законом или забрана увођења конфискационих пореза.³³ С друге стране, код фактичких пореза пореска основица се утврђује на основу података којима предузетник доказује стварно остварени приход.³⁴ На тако утврђену пореску основицу се затим примењује одговарајућа пореска стопа. Реч је о административно захтевнијем пореском облику, јер би пореска контрола подразумевала проверу пословне документације предузетника. Међутим, аргумент у

²⁹ Гордана Илић-Попов, „Порези и њихове врсте”, *Правни и рачуноводствени аспекти пореског саветовања* (ур. Гордана Илић-Попов), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 20.

³⁰ Пореска контрола се суштински своди на провере да ли обвезник плаћа утврђени порез у прописаним роковима.

³¹ Уколико су параметри за процењивање пореске основице лако уочљиви (нпр. просечна зарада), онда порески обвезници не могу да „сакрију” њихово постојање.

³² Victor Thuronyi, „Presumptive Taxation,” *Tax Law Design and Drafting*, (ed. Victor Thuronyi), International Monetary Fund 1996, 2.

³³ *Ibid.*, 3. Превелика дискреција Пореске управе приликом утврђивања претпостављене пореске основице може довести до тога да се та основица прецени у тој мери да порез постане метод конфискације обвезникове имовине.

³⁴ Г. Илић-Попов, 21.

прилог тој врсти пореза је свакако то што се плаћа на стварно остварен приход.

Порез на приход од самосталне делатности у Србији је својеврсни „хибрид”, јер има одлике претпостављеног пореза, али и фактичког пореза.

а) Стварно остварена добит као пореска основица

Предузетник је у обавези да порез на приход од самосталне делатности плаћа на стварно остварену добит уколико му је укупан годишњи промет већи од 6 милиона динара,³⁵ или ако је евидентиран као обвезник пореза на додату вредност.³⁶ Предузетник који није у обавези да порез на приход од самосталне делатности плаћа на стварно остварену добит, ипак може да се определи да порез на приход од самосталне делатности плаћа на тај начин.³⁷ Предузетник који се определи да порез на приход од самосталне делатности плаћа на стварно остварену добит може да се определи за исплату личне зараде.³⁸ Та лична зарада се у пословним књигама предузетника евидентира као његово месечно лично примање.³⁹ У том случају предузетник плаћа порез на зараду по стопи од 10% као и доприносе за обавезно социјално осигурање (доприноси),⁴⁰ при чему је основица за обрачун пореза на зараду и доприноса остварена односно исплаћена лична зарада.⁴¹ Порез на личну зараду и доприноси плаћају се без обзира на то да ли је предузетник себи исплатио личну зараду или не.⁴²

³⁵ ЗПДГ, чл. 40 ст. 2 тач. 4.

³⁶ ЗПДГ, чл. 40 ст. 2 тач. 5.

³⁷ ЗПДГ, чл. 33 ст. 1.

³⁸ ЗПДГ, чл. 33а ст. 1.

³⁹ ЗПДГ, чл. 33а ст. 2.

⁴⁰ ЗПДГ, чл. 13 ст. 3.

⁴¹ Чл. 18[с6] Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004 ... 153/2020 и чл. 15а ЗПДГ.

⁴² Предузетник се може одлучити да личну зараду себи исплати једанпут годишње, уместо сваког месеца. Зато је важно да порез на зараду и доприноси буду плаћени, јер би исплата са предузетничког рачуна на лични рачун, или, пак, подизање готовине са предузетничког рачуна без претходно обрачунатих и плаћених пореза на личну зараду и доприноса имало негативан порески третман. Таква трансакција би се третираола као узимање из пословне имовине за приватне потребе и личну потрошњу, услед чега би се (иако је реч о одливу новчаних средстава) третираола као пословни приход предузетника – вид. чл. 37б ст. 1 ЗПДГ. У једном примеру је предузетник био купац аутомобила, али је желео да накнадно уради пренос права својине над тим аутомобилом тако да као власник буде уписан он као физичко лице. Закључио је „уговор са сáмим собом” (у

Пореска основица пореза на приход од самосталне делатности је опорезива добит која се утврђује у пореском билансу усклађивањем добити исказане у билансу успеха, сачињеном у складу са прописима којима се уређује рачуноводство за обвезника који је дужан да води двојно књиговодство, односно у складу са пословним књигама и евиденцијама које се воде по систему простог књиговодства.⁴³ Тако се усклађивање прихода и расхода, утврђивање капиталних добитака и губитака, утврђивање износа капиталних добитака који се укључују у опорезиви приход од самосталне делатности и порески третман губитака из ранијих година начелно исказују у пореском билансу предузетника у складу са одговарајућим одредбама закона којим се уређује порез на добит правних лица.⁴⁴ Међутим, код дуга према повериоцу са статусом повезаног лица или кредита који предузетник узима од повериоца са статусом повезаног лица, камата која се признаје у расходе у пореском билансу не може бити већа од оне по којој би предузетник могао да се задужи на тржишту.⁴⁵ То значи да предузетник мора да води рачуна о трансферним ценама.⁴⁶ Порез се плаћа по пропорционалној пореској стопи од 10%.

својству продавца је наведен предузетник са његовим матичним бројем и ПИБ, док је у својству купца наведено исто физичко лице са својим личним подацима). Такву трансакцију је Пореска управа исправно оценила као пословни приход предузетника са образложењем да наведени уговор „не производи правно дејство” јер на основу њега „не долази до преноса права својине” – вид. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-00412/2019-04, од 24. јануара 2020. године. Порески третман узимања из имовине за приватне потребе и личну потрошњу би се могао оценити као „анти-абузивни” механизам чији је циљ да спречи злоупотребе.

⁴³ ЗПДГ, чл. 33 ст. 2.

⁴⁴ Закон о порезу на добит правних лица – ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, ... 153/2020.

⁴⁵ Лицима повезаним са предузетником сматрају се: 1) чланови породице обвезника; 2) браћа и сестре предузетника; 3) родитељи брачног друга и пасторци; 4) физичко или правно лице у чијим се односима са предузетником јавља могућност контроле или значајнијег утицаја на пословне одлуке; 5) брачни или ванбрачни друг, потомци, усвојеници и потомци усвојеника, родитељи, усвојиоци, браћа и сестре и њихови потомци, дедови и бабе и њихови потомци, као и браћа и сестре и родитељи брачног или ванбрачног друга; 6) свако нерезидентно правно лице из јурисдикције са преференцијалним пореским системом – вид. чл. 36 ЗПДГ и чл. 59 ЗПДПЛ.

⁴⁶ Трансферном ценом сматра се цена настала у вези са трансакцијама средствима или стварањем обавеза међу повезаним лицима – вид. чл. 59, ст. 1 ЗПДПЛ. Идеја је да се спречи злоупотреба која се испољава кроз стварање правних основа и трансакција не би ли се нереално повећали пословни расходи и на тај начин умањила опорезива добит. Примера ради, порески обвезник може у својству зајмопримца закључити уговор о зајму са својим крвним сродником у својству зајмодавца, при чему би уговорна одредба предвиђала каматну стопу на тај зајам која се не би могла очекивати у случају да је предузетник подигао кредит код пословне банке. Због тога је неопходно да се посебно

б) Паушално утврђен приход као пореска основица

Предузетник који не обавља делатност из области рекламирања и истраживања тржишта; делатност из области трговине на велико и на мало, хотела и ресторана, финансијског посредовања и активности у вези с некретнинама; у чију делатност не улажу друга лица, при чему његов укупан промет или планирани промет није већи од шест милиона динара и који није евидентиран као обвезник пореза на додату вредност, има право да поднесе захтев да порез на приход од самосталне делатности плаћа на паушално утврђен приход.⁴⁷

Паушални приход утврђује се тако што се предузетници разврставају у групе, при чему једну групу чине сви предузетници који обављају исту претежну делатност.⁴⁸ Полазна основица за утврђивање висине паушалног прихода по групама одређује се у односу на просечну месечну зараду по запосленом остварену у Републици, граду, општини, односно градској општини, према објављеним подацима републичког органа надлежног за послове статистике за последњих 12 месеци, која се помножи са бројем запослених у Републици, граду, општини, односно градској општини и са коефицијентом делатности, а затим подели са бројем становника у Републици, граду, општини, односно градској општини.⁴⁹ Корективни елементи који се примењују на полазну основицу су: 1) регистровано седиште предузетника; 2) период који је протекао од регистрације предузетника; 3) старост предузетника и његова радна способност; и 4) остале околности које утичу на остваривање добити.⁵⁰

Порески законодавац се определио за фиксне нормиране критеријуме који одређују висину паушално утврђене пореске основице, при чему су ти критеријуми дефинисани подзаконским актом.⁵¹ То значи да се у српском пореском систему примењује метода необоривих критеријума за утврђивање претпостављеног пореза (без обзира на то што предузетник можда поседује пословну документацију која сведочи о томе да је

прикаже вредност истих трансакција по ценама које би се оствариле на тржишту таквих или сличних трансакција да се није радило о повезаним лицима. Та цена се у пореском праву назива ценом „ван дохвата руке” (јер тржишну цену предузетник не може да контролише – она је ван његовог дохвата).

⁴⁷ ЗПДГ, чл. 40 ст. 1 и ст. 2.

⁴⁸ ЗПДГ, чл. 41 ст. 1.

⁴⁹ ЗПДГ, чл. 41 ст. 3.

⁵⁰ ЗПДГ, чл. 41 ст. 4.

⁵¹ Уредба о ближим условима, критеријумима и елементима за паушално опорезивање обвезника пореза на приходе од самосталне делатности – Уредба, *Службени гласник РС*, бр. 94/2019, ...156/2020.

његов пословни приход мањи од процењеног, он не може тиме доказивати да му је пореска обавеза мања односно не може да захтева од Пореске управа да спроведе „реконструкцију” његових прихода), а примењује се ексклузивна метода (уколико је стварно остварен приход већи од паушално процењеног прихода предузетник неће морати да плаћа већи порез).⁵² Подсећамо да је предност таквог система у томе што подстиче предузетнике да остварују веће приходе и тако им умањује ефективно пореско оптерећење, али да је мана скривена у његовој инхерентној неправичности јер не узима у обзир особености конкретног предузетника, већ се процена заснива на упросеченим вредностима.

Подзаконски акт садржи одређене олакшице; тако предвиђа да се:

- 1) за предузетнике који су на дан 31. децембра године која претходи години за коју се утврђује пореска основица млађи од 30 година, као и на предузетнике који су на дан 31. децембар године за коју се утврђује пореска основица старији од 55 година, примењује коефицијент који износи 0,9;⁵³
- 2) за предузетнике који су на дан 31. децембра године која претходи години за коју се утврђује пореска основица млађи од 30 година, као и за предузетнике који су на дан 31. децембра године за коју се утврђује пореска основица старији од 60 година, примењује коефицијент који износи 0,7 уколико је реч о предузетницима који се баве специфичним делатностима;⁵⁴
- 3) за предузетнике којима је утврђена смањена радна способност који имају статус особа са инвалидитетом, примењује се коефицијент од 0,85;
- 4) за предузетнике који одсуствују дуже од 90 дана због трудничког боловања, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, примењује се коефицијент од 0,85 током трајања одсуства из наведених разлога.⁵⁵

Ипак, Уредба је на самом почетку примене имала недостатак који

⁵² V. Thuronyi, 3–4.

⁵³ Уредба, чл. 5 ст. 1 тач. 3 алинеја 1.

⁵⁴ Те делатности су правни послови, архитектонска делатност, инжењерске делатности и техничко саветовање, ветеринарска делатност, општа медицинска пракса, специјалистичка медицинска пракса, стоматолошка пракса и остала здравствена заштита.

⁵⁵ У случају трудничког боловања, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, пожељно је обавестити надлежну филијалу Пореске управе о томе да су наступили разлози за примену повлашћеног коефицијента.

би се могао приписати пропусту њеног доносиоца. У наставку следи приказ релевантних одредби Уредбе.

Табела бр. 1. Упоредни приказ релевантних одредби Уредбе

Чл. 6 ст. 2 Уредбе (Службени гласник РС, бр. 94/2019 и 96/2019 – испр.)	Чл. 6 ст. 3 Уредбе (Службени гласник РС, бр. 94/2019 ...156/2020)
„Повећање обавезе веће од 10% ће се применити у случају када је резултат промене шифре делатности, општине и/или места на којем је обвезник регистрован.”	„Не сматра се променом општине када обвезник који има регистровано седиште на једној од општина на територији града Београда (...) изврши промену седишта тако да региструје седиште на другој општини на територији града Београда (...), као и када обвезник који има регистровано седиште на једној од општина на територији неког другог града изврши промену седишта тако да региструје седиште на другој општини на територији тог града.”

Изложена анализа нам говори да је Уредба иницијално имала системски недостатак који се огледао у томе што се ограничење од повећања пореске обавезе до 10% у односу на претходну пореску годину није примењивало на случајеве када предузетник промени шифру делатности или када промени седиште. То значи да би, уколико би предузетник променио седиште тако што би почео да обавља делатност на територији друге општине у истом граду, Пореска управа имала овлашћење да му утврди паушално остварен приход без примене максималног повећања основице до 10% у односу на паушално утврђени приход из претходне пореске године. Изменама Уредбе које су на снази почев од 2. јануара 2021. године отклоњен је поменути системски недостатак, али је остао нерешен проблем правне сигурности. Другим речима, предузетници који су у периоду од 1. јануара 2020. до 1. јануара 2021. године променили седиште, падају под примену чл. 6, ст. 2 Уредбе (Службени гласник РС, бр. 94/2019 и 96/2019 – испр.).

Тај проблем правне сигурности би се могао решити применом правила о временском важењу пореских прописа. Наиме, пореска обавеза се утврђује на основу прописа који су били на снази у време њеног на-

станка, осим ако је, у складу с уставом и законом, за поједине одредбе закона предвиђено да имају повратно дејство.⁵⁶ То значи да је од важности податак о томе када је настала пореска обавеза предузетника. Порез на приход од самосталне делатности применом методе паушално утврђене пореске основице утврђује се и плаћа по решењу Пореске управе.⁵⁷ Када је реч о порезима који се утврђују и плаћају по решењу, то пореско решење има конститутивно дејство. Зато је порески законодавац прописао да до доношења решења о утврђивању пореза за текућу годину, предузетници имају обавезу да плаћају порез у висини обавезе која одговара износу пореза утврђеног решењем за претходну годину.⁵⁸ Тако је Пореска управа овлашћена да приликом доношења решења о утврђивању пореза, након што је предузетник променио седиште у 2020. години, примени члан 6 став 3 Уредбе (*Службени гласник РС*, бр. 94/2019 ... 156/2020) под условом да решење доноси почев од 2. јануара 2020. године.⁵⁹ Када је реч о случајевима у којима је Пореска управа одлучила пре почетка примене Уредбе (*Службени гласник РС*, бр. 94/2019 ... 156/2020), сматрамо да Министарство финансија има законско овлашћење да таква решења по службеној дужности или на захтев предузетника укине због отклањања поремећаја у привреди као и јер укидање у том случају не би било противно јавном интересу.⁶⁰ Укидање решења би отклонило неправичан порески третман предузетника којима је наметнуто несразмерно велико пореско оптерећење, док истовремено таквом одлуком не би дошло до повреде јавног интереса будући да ти предузетници порез и доприносе плаћају према решењу које је донето пре него што су променили седиште. Након укидања спорног решења, Пореска управа је овлашћена да применом члан 6 став 3 Уредбе (*Службени гласник РС*, бр. 94/2019 ... 156/2020) донесе ново решење којим ће предузетнику утврдити пореску обавезу за период након промене седишта закључно са 31. децембром 2020. године.

⁵⁶ ЗПППА, чл. 5 ст. 1.

⁵⁷ ЗПДГ, чл. 100 тач. 1.

⁵⁸ Плаћањем пореза и доприноса према постојећем решењу предузетници остају савесни порески обвезници, а фискус не трпи никакву штету.

⁵⁹ Примера ради, Пореска управа би имала овлашћење да примени чл. 6 ст. 3 Уредбе (*Службени гласник РС*, бр. 94/2019 ... 156/2020) уколико је предузетник променио седиште у новембру 2020. године, а решење се доноси 20. јануара 2021. године. Пореска обавеза настаје доношењем решења, а Пореска управа има законску обавезу да примени порески материјални пропис који важи у тренутку настанка пореске обавезе.

⁶⁰ Вид. чл. 184 Закона о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење.

III. Одабир модела опорезивања и пореска оптимизација

Наше излагање је показало да се предузетници могу одредити за то да ли ће плаћати претпостављени или фактички порез. У овом одељку ћемо изложити параметре које би предузетник требало да има у виду приликом доношења одлуке о томе да ли ће порез на приход од самосталне делатности и доприносе плаћати на стварно остварену добит праћену исплатом личне зараде, или ће се одредити да порез и доприносе плаћа на паушално утврђени приход. Тако долазимо до категорије ефективног пореског оптерећења, односно до величине која показује колико предузетник издваја од свог стварног прихода да би измирио трошкове пословања.

Табела бр. 2. Приказ укупног ефективног оптерећења

Прилив	Књиговођа	Лична зарада	Порез и доприноси	Порез на стварно остварену добит	Ефективно оптерећење
1.200.000	72.000	370.800	126.833	100.116,70	24,87%

Табела приказује импровизовани случај у ком смо пошли од претпоставке да је предузетник у једној календарској години остварио укупан прилив од 1.200.000 динара (100.000 динара месечно). Реч је о примеру предузетника који се одредити да порез плаћа на стварно остварену добит као и за исплату личне зараде у висини минималне зараде (30.900 динара).⁶¹ Предузетник такође има трошак књиговође ког ангажује по цени од 6.000 динара месечно. Уколико ставимо у однос све његове стварне издатке (књиговођа, порез и доприноси и порез на стварно остварену добит) са укупно оствареним приливом у календарској години, долазимо до податка да ће предузетник морати да од свог годишњег прилива издвоји 24,87%.⁶²

⁶¹ Минимална нето цена рада по радном часу за 2021. годину износи 183,93 динара, при чему је број радних часова у јануару месецу 168. Модел који приказујемо заснива се на тим претпоставкама.

⁶² Лична зарада предузетника није узета у обзир из два разлога. Најпре, предузетник не мора да исплати себи личну зараду, чак и уколико се одредити за њу. Затим, чак и ако је исплати, нето ефекат те исплате по њега је неутралан будући да је предузетник физичко лице које обавља делатност.

Табела бр. 3. Приказ ефективног пореског оптерећења предузетника паушалца

Паушално утврђен приход	Стварно остварен приход	Номинална пореска стопа	Ефективно пореско оптерећење
100.000 дин.	50.000 дин.	10%	20%
100.000 дин.	80.000 дин.	10%	12,5%
100.000 дин.	120.000 дин.	10%	8,33%
100.000 дин.	250.000 дин.	10%	4%
100.000 дин.	500.000 дин.	10%	2%

У овој табели смо приказали случај предузетника који порез на приход од самосталне делатности плаћа на паушално утврђену основицу, при чему смо пошли од претпоставке да паушално утврђени приход износи 100.000 динара. Номинална пореска стопа од 10% примењује се увек на паушално утврђени приход, али предузетник порез плаћа из свог стварно оствареног прихода. Тако 10% од 100.000 динара износи 10.000 динара, при чему је тих 10.000 динара 20% од 50.000 динара колико предузетник успева стварно да оствари и из којих издваја новац како би платио порез. Примећујемо тренд да са порастом стварно оствареног прихода опада ефективно пореско оптерећење, при чему ефективна пореска стопа постаје мања од номиналне пореске стопе оног тренутка када предузетник достигне стварно остварен приход који је већи од паушално утврђеног прихода. Ту долази до изражаја тзв. „ексклузивни тип” утврђивања основице код претпостављених пореза о којем је напред било речи. Што је стварно остварени приход предузетника већи – то је његово ефективно пореско оптерећење мање.

Вредности које смо навели у табелама бр. 4 и бр. 5 исказане су применом аутоматског калкулатора узимајући као претпоставку да је физичко лице рођено 1990. године и да се 2021. године први пут региструје за обављање делатности у Београду у екстра зони пословања општине Савски венац.⁶³

⁶³ Калкулатор је доступан на <https://jpd.rs/kalkulator-poreza>, последњи приступ 24. јануара 2021. године.

Табела бр. 4. Прогнозирано укупно оптерећење порезом и доприносима изражено у динарима

Шифра делатности	2021.	2022.	2023.
62.01 Рачунарско програмирање	35.075	36.818	38.033
63.12 Веб портали	26.324	25.818	25.742
69.10 Правни послови	30.622	31.087	31.957

Табела бр. 5. Прогнозирана пореска основица за обрачун пореза и доприноса изражена у динарима

Шифра делатности	2021.	2022.	2023.
62.01 Рачунарско програмирање	75.348	79.093	81.703
63.12 Веб портали	56.551	55.463	55.300
69.10 Правни послови	65.783	66.783	68.652

IV. Закључна разматрања

Приход од самосталне делатности се у Србији може опорезовати на два начина. Плаћање тог пореза на стварно остварену добит подразумева уредно вођење пословних књига при чему се пореска обавеза утврђује у односу на пословни резултат обвезника. Обвезник се у том случају може одредити да себи исплаћује личну зараду на коју је у обавези да обрачуна и плати порез на зараду и доприносе за обавезно социјално осигурање. Одабир могућности плаћања пореза на приход од самосталне делатности на стварно остварену добит подразумева и додатне издатке обвезника који му увећавају ефективно оптерећење.

С друге стране, плаћање пореза на приход од самосталне делатности и доприноса за обавезно социјално осигурање на паушално утврђен приход може бити мач са две оштрице. Уколико обвезник не успева да оствари приход најмање у висини коју му је Пореска управа утврдила као прогнозирани паушални приход – његово ефективно пореско оптерећење ће бити веће чак и од номиналне пореске стопе која износи 10%. Систем опорезивања почива на необоривим законским претпоставкама, што значи да је искључена могућност обвезника да обара утврђену пореску основицу приговором да су његови стварни приходи мањи од оног који му је паушално утврђен. Међутим, уколико обвезник успе да

оствари стварни приход који је већи од паушално утврђеног – његово ефективно пореско оптерећење ће бити све мање.

Системски недостатак који је постојао у погледу горње границе повећања пореза на приход од самосталне делатности је отклоњен. Обвезници који порез на приход од самосталне делатности плаћају методом паушално утврђене пореске основице, а који промене своје седиште, могу да рачунају на то да ће им горња граница повећања процењене основице бити до 10% у односу на претходну годину. Међутим, остало је отворено питање обвезника који су променили седиште пре измене Уредбе и којима је Пореска управа утврдила нову основицу не примењујући поменуто ограничење. Сматрамо да је у питању непримерено велико оптерећење које је супротно Уставом зајемченом принципу опорезивања према економској снази. Пропуст се може отклонити применом правила о временском важењу пореских прописа, као и ванредним укидањем правноснажног решења од стране Министарства финансија.

Сматрамо да би *de lege ferenda* требало размишљати у правцу смањења ограничења до којег се дозвољава паушално опорезивање (шест милиона динара), а истовремено да се једном утврђена основица применом нормираних параметара не мења докле год обвезник има статус паушално опорезованог обвезника. На тај начин би се умањила могућност уласка у спор са Пореском управом поводом утврђивања пореске обавезе, остварила би се правна сигурност и економска извесност те категорије обвезника, при чему би смањено ограничење лимитирало примену паушалног опорезивања на „младе привреднике” са идејом за пословни подухват који желе да тестирају на тржишту. Наше излагање је показало да порез на приход од самосталне делатности који се плаћа на паушално утврђену пореску основицу у Србији спада у категорију претпостављеног пореза „ексклузивног типа” који има стимулишући ефекат јер подстиче обвезника да остварује веће приходе, не би ли умањено ефективно пореско оптерећење. Добра пословна идеја која се тржишно потврди, преместиће обвезника паушалца из те категорије у обвезника који порез плаћа на стварно остварену добит. Ако се пословни концепт, пак, покаже неуспешним, онда ће обвезник задржати порески статус обвезника паушалца, али се неће наћи у ситуацији да због непримерено великог пореског оптерећења престане са обављањем привредне, интелектуалне или какве друге делатности.

Minja Đokić, LL.M.

attorney at law in Belgrade

PhD. candidate at University of Belgrade, Faculty of Law

Field of research: Public Finances and Financial Law

TAXATION OF INDIVIDUAL BUSINESS INCOME IN SERBIA

Summary:

This paper analyzes individual business income tax and social security contributions regarding that income in Serbia. The author presents some theoretical concepts of income, legal framework of income taxation, followed by an explanation of the individual business income tax in Serbian tax system. The author is also pointing out to a connection between social security contributions and individual income tax and particularly focuses to the methods for determining tax basis. Subject of debate in the article is effective tax burden and therefore the author compares presumptive taxation with accounting methods, whereby he endeavors to present some elements which, in his opinion, should be taken into consideration for tax optimization purposes.

Main goal of this article is to present individual business income tax and social security contributions regarding that income in Serbian tax system. Some advantages and disadvantages of individual business income taxation are underlined, and certain changes which could *de lege ferenda* lead to more just taxation are suggested.

Key words: individual business income, tax, social security contributions, effective tax rate.

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

UDK: 336.221(497.11:4-672EU)
339.13:004.738.5(497.11)

Александар Самуиловић
адвокат у Београду*

„ФРИЛЕНСЕРИ” И ОДСУСТВО НОРМИ ЗА ЊИХОВО ОПОРЕЗИВАЊЕ

Сажетак:

У прилогу се разјашњава појам „фриленсера” и набрајају специфични послови које ова лица обављају у иностранству, или у земљи за иностранство, а по том основу остварују девизни прилив из иностранства на своје рачуне у земљи. Анализира се став Пореске управе која настоји да наплати порезе и доприносе на приходе „фриленсера” из иностранства и указује да не постоји правни основ за овакво поступање, те да Управа некритички примењују прописе на ситуацију која се не може подвести под постојеће норме. Аутор износи став да је потребно да се донесе посебан пропис који би доследно, и примерено реалном стању, уредио ову материју.

Кључне речи: фриленсер, девизни прилив из иностранства, опорезивање, порези, доприноси за социјално осигурање

* Прилог је сачињен уз помоћ госпође Татјане Медић, сертификованог књиговође.

I. Увод

Од септембра, а нарочито последњих дана 2020. године, велики број грађана, односно физичких лица која су остваривала девизне приливе из иностранства, добили су позиве да се појаве у надлежној јединици Пореске управе, а „*ради учешћа у ипостројуку пореске контроле остварених прихода и утврђивања одговарајућих јавних прихода ...*” У јавности су ти грађани названи „фриленсерима”, а поступање пореске управе се одредило као „наплата пореза од фриленсера”.

Не улазећи у етимолошко и правно значење речи фриленсер (енгл: *freelancer*), а на основу јавно доступних информација и стања у предметима у које сам имао увид, том речи су означени грађани Републике Србије који су имали прилив из иностранства на своје рачуне, по најразличитијим основама. Но, ако је прилив новца из иностранства био одредница за покретање поступака, иза речи „фриленсер” се „крију” најразличитији профили наших грађана: од „веб” дизајнера, илустратора(ки), преводилаца, компјутерских програмера, конобара на крузерима, професора(ки) енглеског, аутора(ки) компјутерских игара, асфалтера у некој од афричких земаља... углавном запањујуће широк дијапазон људи, сви у потпуно различитим животним, правним и пореским околностима.

II. Шта Пореска управа покушава да наплати?

Све је почело једним захтевом пореских органа који су од пословних банака затражили извештаје о свим трансакцијама на девизним рачунима физичких лица, за период од јануара 2016. до октобра 2020. године. Раније је Управа водила углавном рачуна о трансакцијама у којима је један од учесника из земаља са листе јурисдикција са преференцијалним пореским системом (на пример, Андора, Бахами, Хонг Конг, Монако... од укупно 51 земље), али је, сходно члану 30б Закона о пореском поступку и пореској администрацији (измене од 14. децембра 2019. године),¹ сада Управа затражила „*иодатке о стању и промену*” практично свих рачуна грађана и правних лица, па су тако стигли извештаји о приливима средстава и из Ирске, САД, Велике Британије...

Затим су филијале Пореске управе почеле да позивају грађане да приступе у пореску управу „у року од 5 дана”, те да са собом понесу „сву

¹ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002 ... 144/2020.

документацију о приливима средстава на свој рачун” – у контролисаном периоду – а да, на већини позива, није уопште назначено о ком се периоду ради. На већини позива је, међутим, стајала одредница о „учешћу у износу најлаше пореза”.

Међутим, ако погледамо записнике из поступка и донета решења, правилније би било рећи да је пореска Управа одлучила да, без основа, наплати све јавне приходе, у оквиру којих је порез практично најмања ставка. То, на илустративном примеру, изгледало овако:

Грађанин је примио по основу уписа из иностранства од стране дијиплматичних представништва на девизни рачун износ у противвредности од РСД 100.000,00 – на пример, у фебруару 2018. године. По Закону о порезу на доходак грађана „порезиви приход чини бруто приход умањен за нормиране трошкове у висини од 20%.” Следи да нам је основица за све обрачуне РСД 80.000,00. И сада креће „математика”:

- а) стопа пореза на друге приходе износи 20% – и онда је грађанин у обавези да плати, РСД 16.000,00 – што значи да грађанину преостаје РСД 64.000,00;
- б) стопа доприноса за пензијско и инвалидско осигурање износи(ла) је 26% – и онда је грађанин у обавези да плати РСД 20.800,00 – што значи да грађанину преостаје РСД 43.200,00;
- в) стопа доприноса за здравствено осигурање износи 10,30% – и онда је грађанин у обавези да плати РСД 8.240,00 – што значи да грађанину преостаје РСД 34.960.

Простим сабирањем износа (16.000+20.800+8.240) долазимо до укупне цифре од РСД 45.040,00 који износ „фриленсер” треба да плати на име јавних прихода, док њему преостаје чистих РСД 34.960,00! Али, то није све: ради се о приходу из фебруара 2018. године, што значи да је наш „фриленсер” у доцњи, а ако је у доцњи, онда треба да плати камату. Годишња затезна камата у претходне три године се кретала око 10%; па ако дуг „фриленсера” износи поменутих РСД 45.040,00, камата би, у динарима, износила још РСД 20.232,00 – односно, све укупно обавеза „фриленсера” је РСД 65.272,00 динара.

Да подсетим: „фриленсер” је примио РСД 100.000,00 (брuto износ) у фебруару 2018. године, а у децембру 2021. године, на тај прилив треба да плати јавне приходе Републици од РСД 65.272,00. Стопа захватања је, очигледно, енормна.

III. (Не)постојање основа за плаћање доприноса фондовима

Пређимо на питање: има ли основа за наплату јавних прихода од „фриленсера” или нема?

У стварном животу грађанин стиче својство осигураника социјалног осигурања оног тренутка када га послодавац пријави на осигурање; још једном: када запосленог његов послодавац пријави на социјално осигурање (без те пријаве нема ни пензијског стажа, ни „здравствене књижице”).

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање,² у члану 6, даје дефиниције појмова, али се ни један од тих појмова једноставно не односи на „фриленсере”. Наиме, Закон познаје појам „*домаћеї држављанина зайосленої у иностранству*”, који може стећи својство осигураника у Србији, ако је формално запослен код иностраног послодавца у чијој земљи није осигуран или права из социјалног осигурања не може користити ван те земље. Нико од „фриленсера” није запослен код иностраног послодавца; штавише: поменуте *дигиталне платформе* од којих је „фриленсер” примао новац ни фактички, ни физички, а сигурно ни правно, не могу бити послодавац. (Ако примите новце са неке од *Google*-ових платформи, не значи и да вам је *Google* послодавац).

Иначе, у истој одредби Закона, стоји да је *обвезник* обрачунавања, односно плаћања доприноса *исплатишалац прихода* односно да је он тај који је дужан да обрачуна, односно плати допринос у своје име и у своју корист или у своје име, а у корист осигураника. Још једном: *доприносе плаћа исплатишалац средства, а не прималац!* Дакле, све и да је хтео, није постојао начин (а не постоји ни данас) да „фриленсер”, сам и у своју корист, уплаћује пензијско и здравствено осигурање – поједностављено: „позив на број” код уплате, за такве случајеве, не постоји. Чак и да уплати допринос на неки од рачуна фондова, уплатиоца „фриленсера систем не види”, па нема ни пензијског стажа, а ни здравственог осигурања.

Један други пропис, Закон о пензијском и инвалидском осигурању, изменом од 14. децембра 2019. године,³ као осигуранике самосталних делатности уводи и: „*лица која раде на територији Републике Србије за страног послодавца, који нема регистровано представништво у Репу-*

² Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, *Службени гласник РС*, бр. 84/2005 ... 6/2021. усклађени дин. изн.

³ Закон о пензијском и инвалидском осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 34/2003 ... 86/2019.

блици Србији, код која за обављени посао остварују накнаду (у даљем *тексту*: уговорена накнада), а нису осигурани по другом основу” (члан 12, тачка 3а). И у овом пропису стоји реч „послодавац”! – што значи да би морало да постоји неко, правно или физичко, лице, као послодавац у иностранству. Не би требало да је спорно да су „фриленсери” „сами своје газде”, те да послодавца немају; зато и јесу „слободњаци”. С друге стране: шта да се ради са „фриленсерима” који раде на крузеру или нафтној платформи и имају послодавца? Они дефинитивно не раде на територији Републике, па самим тим нема ни основа за наплату овог јавног прихода.

Но, карактеристично је за поступак и решења која су донета након контроле, да изгледа не постоји, односно да није донето ни једно решење у коме би се поступајући орган позвао на Закон о пензијском и инвалидском осигурању – разлог је једноставан: ако би се позвали на тај Закон, обавезу плаћања Фонду пензијског и инвалидског осигурања могли би да креирају само од децембра 2019. године, када је наведена измена ступила на снагу, али не и за све године пре тога (мада је и даље немогућ закључак да *Google* платформа уопште може бити послодавац).

У оба наведена Закона постоји још сијасет одредби из којих се може извући закључак да је могуће направити само незакониту конструкцију и за „фриленсере” практично измислити обавезу плаћања Фонду пензијског и инвалидског осигурања и Фонду здравственог осигурања. Правно ваљаног основа за такву наплату нема, ни у Закону о обавезном социјалном осигурању, ни у Закону о пензијском и инвалидском осигурању.

IV. (Не)постојање основа за наплату пореза

Као што сам навео у иницијалном примеру, пропорција износа предвиђених за плаћање је приближно 2 за фондове: 1 за порез. Сада бих покушао да утврдим – по пропису који сада постоји, а „постојао је и претходних 20 година” – дакле, да одговорим на питање: да ли постоји обавеза плаћања пореза на доходак грађана у случају „фриленсера” (или бар већине „фриленсера”) у претходних пет година?

Порез на доходак грађана плаћају, у складу са одредбама Закона о порезу на доходак грађана,⁴ физичка лица која остварују доходак, а обвезник је резидент Републике, за доходак остварен на територији Републике и у другој држави. Ако обвезник – резидент Републике оствари

⁴ Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001 ... 6/2021.

доходак у другој држави на који је плаћен порез у тој држави, одобрава му се порески кредит у висини пореза на доходак плаћеног у тој држави. У оквиру пореза на доходак грађана, опорезују се различите врсте дохотка. Кренимо редом:

Порез на зараде. Под зарадом се сматра зарада која се остварује по основу радног односа, дефинисана законом... Како већ знамо да „фриленсери“ нису у радном односу, овај основ се не може применити.

Порез на приходе од самосталне делатности. Овде се приходом сматра све што је остварено од привредних делатности, пружањем професионалних и других интелектуалних услуга, као и приход од других делатности. Даље у пропису стоји да је обвезник уплате оно физичко лице које је уписано у регистар код надлежног органа. Како већ знамо да „фриленсери“ нису у уписани ни у један регистар, обавезу регистрација немају ни по једном пропису Републике.

Порез на приходе од ауторских права и права сродних ауторском праву. Приходом се сматра накнада коју обвезник оствари на основу различитих врста делања (члан 52), а обвезник је физичко лице које као аутор остварује накнаду по основу ауторског и сродног права. Сигурно је да постоји одређени број „фриленсера“ који би могли бити опорезовани по овом основу, али смо у поступцима сусретали, рецимо тако, врло креативна тумачења Закона о ауторским и сродним правима од стране пореских инспектора. Како је плаћање јавних прихода по овом основу, у новчаним износима, мање него што је то Управи одговарало, у поступцима су тражили (пазите сад!): уговор о ауторском делу, у писаној форми, наравно. Никакви покушаји разјашњавања да аутор не мора имати ни регистровано дело, а још мање писани уговор са корисницима да би био аутор, нису помагали. Реална, фактичка, објашњења да поступак коришћења ауторског дела на интернету, *worldwide*, подразумева слање шифре од 6 карактера, те да је у том тренутку закључен уговор, нису уопште прихватана. Није помагала ни стварна околност да, ако фриленсерову апликацију „скине“ 1.762 корисника, који апликацију могу да употребљавају само уз шифру коју им аутор шаље, те да није могуће, а ни потребно, са свима њима закључити писани уговор о ауторском делу, није узимано ни у разматрање. А када је поменута чињеница да новци стижу само са једног рачуна (платформа *хостована* у Лос Анђелесу или Тимбуктуу, а дознаке стижу на пример, из Ирске), те да је немогуће да стижу од појединачних уговора/корисника – то нико није хтео ни да саслуша. Поједностављено: ауторство као основ пријема новца није прихватано у поступцима *јер* – „нема писаног уговора о ауторском делу!?”

Порез на остале приходе. Појам „осталих прихода“ је дефинисан члановима 81 и даље Закона („Осталим приходима се сматрају приходи које обвезник оствари давањем у закућ ојреме, транспортних средстава и других покретних ствари, добици од ирана на срећу, приходи спортиста...“) У овој одредби нема нити једне тачке у којој бисмо, макар и натегнуто, могли да „нађемо фриленсере“. Међутим, у члану 85 дефинисани су тзв. „други приходи“ који су увек узимани као основ за наплату јавних прихода од „фриленсера“. У том члану постоји тачка 16, према којој се опорезују „сви други приходи који нису опорезовани по другом основу или нису изузети од опорезивања или ослобођени плаћања пореза по овом закону“. Ако не примењујете основна правила тумачења правне норме, на основу овакве одредбе, истргнуте из контекста, не уважавајући остале одредбе истог прописа и других закона, дакле, ако направите квази-правну конструкцију – можете покушати да наплатите све и по било ком основу; дословно сваки новац који је пристигао на ваш рачун може, ригидним тумачењем, бити опорезован (па и дознака од, на пример, тетке из Канаде).

Ти „други приходи“ обухватају пријем новца за делање које се не може подвести под остале тачке те норме; на, пример, комисиона продаја ствари, антиквитета, новац стечен од часова припремања за правосудни испит или неку уметничку школу, чишћење или спремање простора, изношење шута, итд. – углавном, има сијасет послова које грађани Србије међусобно наплаћују, а не раде ни кроз привредна друштва, ни кроз предузетничке радње. Али ако сам сачинио алгоритам, све на серверу постављеном ван Србије, или ако сам радио на крузеру који плови водама централне Америке и новац сваког месеца, поштено и не кријући, примао на свој рачун у српској банци, уз постојање и поштовање свих осталих одредби истог прописа, мислим да, у највећем броју случајева, нема места овој врсти опорезивања, а поготову не још и плаћању доприноса фондовима.

V. Уместо закључка – потреба за доношењем новог прописа

Промене у свим облицима људске делатности се, у последњој деценији, дешавају невероватном брзином и сасвим је нормално да легислатива једноставно не може да буде „ажурна“ и прати све промене у тренутку када се оне дешавају. Неке делатности се „гасе“, а нове креирају сваки дан; чињеница је да је цео свет постао „глобално село“, да све више

људи ради из своје куће, а да се резултати тог рада виде у другој земљи и на другом континенту. У том контексту, верујем да наш законодавац просто „није стигао” да донесе, промени или допуни пропис како би биле обухваћене и нове животне и пословне ситуације које би требало да буду у фокусу пажње порезника. Међутим, и у таквим околностима, органи извршне власти су се одлучили да спроводе поступке против својих грађана и без постојања норми које би тај поступак оправдавале.

Ако смо били у стању да донесемо, међу првима у свету, Закон о дигиталној имовини (21. децембра 2020. године),⁵ верујем да смо могли да препишемо пропис (на пример, Велике Британије или Холандије), о начину опорезивања новца пристиглог са дигиталне платформе. У нашем случају, за наплату пореза од „фриленсера” не видим правни основ, а ни поступање Пореске управе се не може окарактерисати као делање „по правди и правичности”. Наши фриленсери су паметни људи и врло брзо ће наћи начин да *новици са дигиталне платформе* остану у некој другој земљи или ће и они, по препоруци надлежних, поћи „трбухом за дигиталном платформом”.

Пратећи логику размишљања „порез мора да се плати” – па иако нема одредбе која ту наплату утврђује – Управа је могла да буде реалнија па да, чак и без норме, утврди и наплати „фриленсерима” *годишњи порез на доходак грађана* (само порез, а не и доприносе).

Закон о порезу на доходак грађана у члану 5 одређује: „*Годишњи порез на доходак грађана плаћа се по решењу надлежној пореској органи на доходак остварен у календарској години ...*” Плаћају га физичка лица која су у календарској години остварила доходак већи од троструког износа просечне годишње зараде по запосленом исплаћене у Републици, у години за коју се утврђује порез, према подацима републичког органа надлежног за послове статистике. Стоји, такође, да тај порез плаћају ... „*резиденци за доходак остварен на територији Републике и у другој држави*” (члан 7 став 1).

Закон садржи одредбе и о пореској основици и о пореским стопама; но, поједностављено, ствари стоје, на пример. овако: Неопорезиви износ дохотка за 2019. годину је РСД 2.729.304,00, а преко тог износа се плаћа порез по стопи од 10% односно 15% у односу на основицу која је одређена чланом 88 Закона. И то је једини порез који би „фриленсери” требало да плате.

У сваком случају, верујем да је законодавац био у прилици и на време је требало да донесе нови пропис о опорезивању наших грађана

⁵ Закон о дигиталној имовини, *Службени гласник РС*, бр. 153/2020.

који остварују приход радећи у иностранству (били фактички или виртуелно), да се тај пропис једнако примењује на све грађане, а да грађани на време сазнају о припреми прописа, да узму учешће у јавној расправи о том пропису, како би сви, на време и у складу са законом, могли да знају: какве их обавезе према држави очекују у будућности. Овако, доведени смо у ситуацију да чиновници из Пореске управе, који раде за плату о трошку грађана, одлучују о правима тих истих грађана односно од људи који су одлучили да своју „судбину узму у своје руке“ и да се, као „фриленсери“, сами старају о томе како ће преживети, и они и њихове породице, у овим озбиљно тешким временима, не чекајући да им неко исплати плату, а понајмање да им послодавац буде држава у било ком свом појавном облику.

Aleksandar Samuilović
attorney at law in Belgrade*

FREELANCERS AND LACK OF RULES FOR THEIR TAXATION

Summary:

The paper explains the notion „freelancers” and enumerates specific jobs undertaken by these persons abroad, or in Serbia for foreign customers, and who are paid for these jobs in foreign currencies to their accounts in domestic banks. In the article the position of Tax Authorities, attempting to impose taxes and contributions on these revenues, is examined; it is suggested that this attitude lacks legal ground and that certain legal rules are arbitrarily applied to the situation which is, strictly considering the issue, outside the scope of existing laws. The author proposes promulgation of the new law which would, comprehensively and realistically, regulate the matter.

Key words: freelancer, income in foreign currency, taxation, taxes, contributions for social security

* Article is prepared with the assistance of Ms Tatjana Medić, certified accountant.

UDK: 347.724

Душан Пејкић
адвокат у Београду*

ИСТУПАЊЕ ЧЛАНА ИЗ ДРУШТВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Сажетак:

Закон о привредним друштвима је предвидео два модалитета за иступање члана друштва са ограниченом одговорношћу, односно, услови, поступак и накнада за удео код иступања су регулисани законом, али могу бити и предмет регулисања аутономном регулативом (оснивачким актом). На основу закона се из друштва са ограниченом одговорношћу може иступити без потраживања накнаде за удео (без разлога) и са потраживањем ове накнаде (са разлогом). Ранији прописи нису познавали први облик иступања, односно иступање на основу закона је било могуће услед постојања оправданог разлога. Изменама и допунама Закона о привредним друштвима суштински су промењене одредбе о иступању без разлога и уведена је практично неограничена могућност иступања из друштва са ограниченом одговорношћу у овом случају (једини услов је да је основни капитал уплаћен, односно унет). У раду се ближе анализирају ове одредбе и потенцијални проблеми приликом примене законских норми у пракси. Нарочито се указује да су измене Закона о привредним друштвима у погледу иступања без разлога спорне и да могу довести до злоупотреба од стране несавесних чланова друштва без обзира што се не потражује накнада за удео.

Кључне речи: друштво са ограниченом одговорношћу, иступање члана д.о.о., оправдан разлог за иступање, накнада за удео

I. Уводна разматрања

Иступање члана друштва представља начин престанка својства члана у друштву са ограниченом одговорношћу (на даље: ДОО) који зависи од самог члана, што га разликује од искључења члана као сродног

* Заједничка адвокатска канцеларија Томић Синђелић Гроза, Београд

института, које се спроводи на основу воље других чланова друштва. Иако постоје правни системи који ово право члана у овом типу друштва не предвиђају, иступање је општеприхваћен институт у упоредном праву.¹

Иступање члана друштва из ДОО је институт који је познат неко време у српском законодавству. Овај институт познавао је и Закон о предузећима², и претходни Закон о привредним друштвима³, али су се услови за иступање члана из ДОО мењали. Примера ради, у претходном Закону о привредним друштвима, законски режим иступања члана друштва из ДОО је био ограничен на иступање члана из оправданог разлога. Оснивачким актом или уговором чланова друштва с ограниченом одговорношћу могли су се одредити основи, поступак и последице престанка својства члана друштва, укључујући уговорну казну или накнаду штете по основу искључења или непрописног иступања из друштва.⁴

За разлику од претходног, важећи Закон о привредним друштвима⁵ од свог доношења разликује два основна начина иступања члана из друштва: (1) иступање без накнаде за удео, у ком случају није потребан разлог за иступање из друштва, а иступање је могуће у свако доба, и (2) иступање са накнадом за удео, када је иступање могуће из оправданог разлога. Законом о изменама и допунама Закона о привредним друштвима⁶ промењене су и одредбе о иступању члана друштва из ДОО, а нарочито су поједностављене одредбе у вези са иступањем члана без потраживања накнаде за удео. Према Образложењу уз Нацрт предлога ЗИД разлог за законодавну интервенцију је што су ове одредбе Закона о привредним друштвима биле непримењиве у пракси.

Такође, ЗПД предвиђа да се само иступање може спровести на два основна начина: (1) у складу са законским режимом прописаним ЗПД,⁷ те (2) у складу са режимом предвиђеним оснивачким актом.⁸

¹ Јелена Адамовић, „Иступање из друштва са ограниченом одговорношћу”, *Право и привреда*, бр. 10–12/2010, 157.

² Закон о предузећима, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96, 33/96 – испр., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 – одлука СУС и 36/2002 и *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 – др. закон).

³ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 – др. закон.

⁴ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004 – др. закон, чл. 177 и 178.

⁵ Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018 и 91/2019.

⁶ Закон о изменама и допунама Закона о привредним друштвима – ЗИД, *Службени гласник РС*, бр. 44/2018.

⁷ ЗПД, чл. 187–193.

⁸ ЗПД, чл. 188 ст. 3.

II. Законски режим иступања

ЗПД су детаљно регулисана оба начина за иступање члана из ДОО у односу на (1) услове за иступање, (2) поступак иступања, а (3) у вези са иступањем са накнадом и у погледу начина утврђивања накнаде за удео.

1. Иступање члана друштва без потраживања накнаде за удео

Након измена ЗПД, доношењем ЗИД 2018, члан ДОО може у свако доба на основу изјаве о иступању достављене друштву иступити из друштва без навођења разлога за иступање: (1) ако нема неизмирене обавезе по основу неуплаћеног односно неунетог улога у друштво, те (2) ако не захтева накнаду за свој удео у друштву.⁹ Осим тога, друштво из кога се иступа не може бити једночлано ДОО.¹⁰

У складу са наведеним, регистрација иступања члана друштва се врши само на основу изјаве члана да иступа из друштва без потраживања накнаде за удео.¹¹ Ради регистрације иступања из друштва неопходно је доставити и доказ да је изјава о иступању достављена друштву у складу са управно-правном праксом Министарства привреде.¹² Потребно је напоменути да ова пракса нема упоришта у позитивним прописима. Према Закону о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, лице овлашћено за подношење пријаве је лице овлашћено за заступање правног лица, односно само друштво преко свог органа управљања.¹³ С обзиром на то, друштво не би ни могло да достави изјаву о иступању члана друштва, а да члан ову изјаву није претходно доставио друштву.

Пре измена ЗПД-а, било је предвиђено да члан друштва не може иступити ако би друштво тиме претрпело штету или би дошло до непоштовања посебних дужности тако да је било неопходно да скуп-

⁹ ЗПД, чл. 187, ст. 1.

¹⁰ Ово је последица правила да једночлано ДОО не може стећи сопствени удео. Види: ЗПД, чл. 157, ст. 5.

¹¹ Агенција за привредне регистре, Промене везане за чланове, [¹² Решење Министарства привреде број 720-00-145/2019 од 7. јуна 2019. године.](https://www.apr.gov.rs/%D1%80%D0%B5%D0%B3%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B8/%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%B2%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%BD%D0%B0-%D0%B4%D1%80%D1%83%D1%88%D1%82%D0%B2%D0%B0/%D1%83%D0%BF%D1%83%D1%82%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0/%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B5-.1060.html#21, 22. децембар 2020. године.</p></div><div data-bbox=)

¹³ Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 83/2014 и 31/2019), чл. 5а.

штина донесе одлуку којом дозвољава члану да иступи, односно констатује да не постоје ове сметње.¹⁴

Код иступања без потраживања накнаде, удео члана друштва који је иступио из друштва аутоматски постаје сопствени удео друштва, односно не доноси се одлука о стицању сопственог удела.¹⁵

С обзиром на наведено, ако члан друштва не захтева накнаду за удео, постоје само минимални материјали и формални услови које је неопходно испунити да би се иступило из друштва. Из тог разлога, овај начин би се могао показати као повољнији ако члан друштва иступа због лошег пословања друштва када не постоје оправдани разлози за иступање или због једноставнијег поступка, узимајући у обзир да би утврђивање и исплата накнаде за удео свакако била упитна у том случају. Без обзира што члан ДОО не одговара за дугове друштва, постоје различити мотиви за напуштање друштва које лоше послује. Примера ради, правном лицу чији је оснивач физичко лице које је истовремено оснивач и другог привредног субјекта који има неизмирених обавеза по основу јавних прихода у вези са обављањем делатности не може се доделити ПИБ, што ће онемогућити члана друштва да оснује ново привредно друштво.¹⁶

У овим ситуацијама такође може доћи до утрке између чланова у којима ће они који брже прибегну иступању оставити на цедилу члана који је био најспорији, јер друштво не може остати без чланова. При томе, овим правилом се може користити управо члан који је проузроковао лошу пословну ситуацију, а не постоји никакав механизам којим би га други чланови спречили у томе. Штавише, злоупотребе у том правцу се могу и очекивати. Без обзира што се у овом случају не исплаћује накнада, чини се да потпуна либерализација законског режима код овог облика иступања није оправдана, имајући у виду да се ради о друштву капитала.¹⁷

¹⁴ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1393/2015(2) од 12. априла 2017. године.

¹⁵ ЗПД, чл. 187 ст. 2.

¹⁶ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 и 144/2020), чл. 26 ст. 2 тач. 2.

¹⁷ Видети и код: Вук Радовић, „Невољни престанак привредног друштва због блокаде и угњетавања мањине”, *Ревизија Којаоичке школе природној права*, 1/2020, 102.

2. Иступање члана друштва из оправданог разлога

Оправдани разлози се генерално могу поделити на три групе: (1) структурне промене којима се знатно мењају односи у друштву, (2) разлози који се везују за остале чланове друштва и (3) лични разлози члана који иступа.¹⁸ ЗПД предвиђа да је иступање могуће на основу оправданог разлога, али не дефинише ближе оправдан разлог осим што наводи шта се нарочито сматра оправданим разлогом.¹⁹ Ови разлози су: (1) ако један или више осталих чланова или друштво својим радњама или пропуштањем проузрокује штету члану који иступа, или ако је очигледно да ће таква штета, према редовном току ствари, наступити, (2) ако је члан који иступа у значајној мери онемогућен да остварује своја права у друштву, (3) ако друштво намеће несразмерне обавезе члану који иступа.²⁰ Може се уочити да и код прецизирања оправданих разлога ЗПД користи широке изразе, попут „у значајној мери”, „несразмерне обавезе” и томе слично, који се морају тумачити у сваком конкретном случају. Такође, сви разлози наведени *exempli causa* у ЗПД се могу свести на несавестан или неправичан однос других чланова друштва према члану који иступа. Ранија судска пракса је познавала и оправдане разлоге попут неиспуњење циља друштва или пословања са губитком више година.²¹ Може се поставити питање да ли су ово заиста оправдани разлози за иступање уколико је до ових околности дошло из објективних разлога за које нису одговорни остали чланови друштва, с обзиром да ДОО представља заједнички послови подухват његових чланова који би требало да деле и ризик његовог пословања. Свакако не би требало сматрати да постоји оправдан разлог ако иступање тражи члан који је својим понашањем проузроковао лошу пословну ситуацију. У сваком случају, с обзиром на начин одређивања оправданих разлога, суд би у конкретном случају морао да утврђује да ли су разлози за иступање оправдани, са изузетком разлога који су апострофирани у закону и који су евентуално прописани оснивачким актом, где би суд требало само да констатује њихово наступање.

Члан који жели да иступи дужан је да о томе достави писани захтев друштву, о којем одлучује скупштина.²² Захтев треба да садржи наро-

¹⁸ Ратко Брнабић, Бојан Бркић, „Иступ члана друштва са ограниченом одговорношћу”, *Зборник радова Правног факултета у Силици*, 3/2017, 620.

¹⁹ ЗПД, чл. 188 ст. 1 и 2.

²⁰ ЗПД, чл. 188 ст. 2.

²¹ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 468/98 од 22. септембра 1999. године, *Судска пракса привредних судова*, Билтен бр. 1/2000, 103.

²² ЗПД, чл. 189 ст. 1.

чито: (1) разлоге иступања, (2) износ који се захтева од друштва на име накнаде за удео, (3) рок у коме се захтева исплата накнаде за удео, осим ако је тај рок одређен оснивачким актом.²³ Захтев може евентуално да садржи и предлог да друштво пружи обезбеђење за исплату накнаде за удео путем установљивања залогe на сопственом уделу који ће друштво стећи ако прихвати захтев за иступање из друштва.²⁴

Скупштина је дужна да донесе одлуку о захтеву за иступање у року од 60 дана од дана пријема и да у истом року о томе обавести члана друштва који иступа.²⁵ Доношењем ЗИД 2018 обрисана је одредба по којој се сматрало да је захтев усвојен у целини ако скупштина у овом року не донесе одлуку. Скупштина може само усвојити захтев у целини или одбити захтев, а одлука се доноси већином гласова свих чланова друштва, с тим што се оснивачким актом може предвидети већа већина, али не и мања од прописане.²⁶ Исто као и случају иступања без накнаде за удео, удео члана друштва који иступа постаје сопствени удео друштва по самом закону, односно није потребно доносити посебну одлуку о томе, али само у случају да је удео у целиности уплаћен, односно унет,²⁷ с обзиром да неуплаћивање, односно неуношење улога у друштво није разлог који онемогућава иступање у овом случају. У том случају, удео члана који иступа постаје сопствени удео друштва у сразмери са уплаћеним, односно унетим уделом. За тај износ, друштво је у обавези да изврши смањење основног капитала. Зато се регистрација иступања члана врши у два корака: (1) у првом кораку, друштво је у обавези да донесе, региструје и објави одлуку о смањењу основног капитала за износ неуплаћеног односно неунетог улога, у непрекидном трајању од три месеца почев од дана регистрације, (2) по протеклу овог рока се, уз спровођење смањења основног капитала за износ неуплаћеног, односно неунетог улога, доставља и захтев за иступање члана из оправданог разлога и одлука скупштине о прихватању захтева за иступање ради регистрације.²⁸

²³ ЗПД, чл. 189 ст. 2.

²⁴ ЗПД, чл. 190 ст. 1.

²⁵ ЗПД, чл. 189, ст. 3.

²⁶ ЗПД, чл. 189 ст. 5.

²⁷ ЗПД, чл. 189 ст. 6.

²⁸ Агенција за привредне регистре, Промене везане за чланове,

Друштво може вршити исплату накнаде из средстава која су за то намењена и то искључиво: (1) из средстава резерви друштва које се могу користити за те намене, (2) из средстава остварених продајом сопственог удела друштва стеченог иступањем тог члана друштва.²⁹

До исплате накнаде друштво не може исплаћивати добит својим члановима, односно дужно је да сву остварену добит распоређује у резерве за исплату накнаде, као и да средства која су предвиђена за исплату накнаде користи искључиво у те намене.³⁰ Смисао ових одредби је заштита поверилаца друштва ограничењем извора из којих накнада може да се исплати тако да друштво не може исплаћивати накнаду ако не остварује добит или, другим речима, ако друштво не може из остварених прихода да покрије своје обавезе. Према ставу судске праксе, исплата накнаде се може вршити само у новцу из резерви које се могу користити за те намене, односно исплата накнаде за удео члану друштва не може да се врши преносом имовине друштва на име замене исплате накнаде у новцу.³¹ Једини други извор средстава који друштво може користити за исплату накнаде су средства која оствари продајом удела члана који је иступио. Тада долази до ситуације која је аналогна продаји удела трећем лицу, односно повериоци не могу бити оштећени јер би тај износ свакако припао члану који иступа да је продао удео.

У случају да друштво одбије захтев за иступање или ако пропусти да о захтеву одлучи у року од 60 дана, члан друштва може тужбом надлежном суду против друштва захтевати престанак својства члана друштва због постојања оправданог разлога за иступање и исплату накнаде за свој удео.

Пресудом којом одлучује о престанку својства члана суд ће одредити и: (1) да удео члана који иступа постаје сопствени удео друштва, (2) висину накнаде коју је друштво у обавези да исплати члану који иступа, (3) рок за исплату накнаде за удео, (4) установљивање залогне на сопственом уделу друштва у корист члана који иступа, ако је то тражено и ако суд нађе да је то нужно и оправдано ради обезбеђења исплате накнаде.³² Очигледна је корелација између захтева за иступање из оправданог разлога, одлуке о усвајању тог захтева и садржине пресуде којом одлучује о престанку својства члана, с том разликом што суд не може одредити друго адекватно обезбеђење исплате накнаде већ само залогну на уделу члана који иступа.

²⁹ ЗПД, чл. 191 ст. 1.

³⁰ ЗПД, чл. 191 ст. 2.

³¹ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 6643 /2014 (2) од 24. септембра 2014. године.

³² ЗПД, чл.192 ст. 2.

Суд одређује накнаду за удео у висини тржишне вредности удела на дан подношења тужбе. Додатно правило је да ова накнада не може бити мања од сразмерног дела вредности нето имовине друштва на дан подношења тужбе, што практично представља вредност ликвидационог остатка коју би члан друштва добио у случају ликвидације, али која је фиксирана на дан подношења тужбе. Ова правила се не примењују ако је оснивачким актом предвиђен други начин одређивање накнаде и тада се примењују правила установљена оснивачким актом.³³ С обзиром да удео по правилу нема тржишну вредност, накнада се своди на сразмерни део вредности нето имовине друштва с тим да је суд овлашћен да утврђује и реалну вредност нето имовине друштва, односно да путем економско-финансијског вештачења усклади реалну и рачуноводствену вредност имовине ако је само друштво то пропустило да уради у својим пословним књигама у складу са рачуноводственим прописима.³⁴

Као што је поменуто, услед дејства ових правила, иступање из оправданог разлога из ДОО није најбоља стратегија уколико друштво послује лоше, с обзиром да у овом случају нето имовина друштва може бити мала или непостојећа, што може водити утврђивању безначајне накнаде, одбијању захтева за исплату накнаде од стране суда или немогућности наплате досуђене накнаде. У том случају, члан друштва може иступити из друштва једноставном изјавом воље ако не потражује накнаду, односно не мора се излагати скупим и дуготрајним судским споровима који би водили практично истом резултату.

Рок за подношење тужбе је 6 месеци од дана сазнања за разлог за иступање (субјективни рок), односно 3 године од настанка разлога за иступање (објективни рок).³⁵ У оквиру овог рока тече и рок од 60 дана да скупштина друштва донесе одлуку о иступању, с обзиром да се тужба не може поднети пре него што скупштина друштва одбије захтев за иступање, односно пре него што истекне рок за одлучивање о захтеву. Уколико се захтев за иступање поднесе друштву на одлучивање у року мањем од 60 дана пре истека рока за подношење тужбе, члан који иступа би могао да остане без права на правну заштиту уколико скупштина донесе одлуку о одбијању по истеку рока за подношење тужбе, односно уколико уопште не донесе одлуку у законском року.

³³ ЗПД, чл.192 ст. 3.

³⁴ Одговори на питања привредних судова, утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда, одржаној 26. новембра 2014. и 27. новембра 2014. године.

³⁵ ЗПД, чл. 192 ст. 5.

III. Иступање у складу са оснивачким актом

Оснивачким актом се могу предвидети и (1) други оправдани разлози за иступање члана друштва, (2) поступак иступања и (3) начин одређивања накнаде члану друштва који иступа.³⁶ У вези са наведеним се поставља питање граница до којих оснивачи могу ићи у измени законског режима иступања члана, а у литератури је нарочито спорна могућност да се поступак иступања уреди оснивачким актом.³⁷

1. Разлози са иступање члана друштва предвиђени оснивачким актом

Пошто су оправдани разлози у складу са ЗПД дефинисани на нивоу генерале клаузуле, може се рећи да су сви разлози који се могу сматрати оправданим (важним) већ дефинисани законом. С обзиром на то, право да се оснивачким актом пропишу други оправдани разлози се може тумачити шире, тако да се ради о праву оснивача да се на ниво оправданих разлога подигну и они разлози који се иначе не би сматрали таквим. Из тога следи питање да ли оснивачи имају право да одреде право на иступање без разлога, али уз исплату накнаде, односно да установе неограничено право на иступање.

Посебно треба указати да правну форму ДОО одликује флексибилност и значајне могућности да односи између чланова буду уређени на онај начин како то њима одговара и како они сматрају сврсисходним ради постизања циља друштва. То указује да је оснивачким актом могуће формулисати било који разлог као оправдан разлог, укључујући ту и иступање из друштва без обавезе навођења разлога али са исплатом накнаде. С друге стране, треба имати у виду и да би друштво које би имало ове одредбе у оснивачком акту било крајње нестабилно. Ипак, то не би требало да је разлог због којег оваква одредба не може бити уведена у оснивачки акт, с обзиром на то да до оваквог резултата доводи и правило неограниченој могућности иступања без накнаде за удео, а да се у овом случају ради о вољи самих оснивача друштва, а не о законском правилу на које не могу да утичу.

Друго је питање да ли се оснивачким актом право на иступање може ограничити у односу на законски режим у погледу оправданих разлога. ЗПД не говори изричито о ограничавању овог права, већ само забрањује

³⁶ ЗПД, чл.188 ст. 3.

³⁷ Др Владимир Марјански, „Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу”, *Право и привреда*, број 4–6, Београд, 2016, 136.

да се унапред искључи право члана друштва да захтева иступање из друштва из оправданог разлога, као и да се члан не може унапред одрећи овог права.³⁸ Ипак, ЗПД је јасно прописао да се оснивачким актом могу предвидети и други оправдани разлози, што указује да се разлози за иступање могу само проширивати, односно да не може доћи до сужавања.

2. Поступак иступања предвиђен оснивачким актом

Иако може изазвати одређене недоумице, одређивање оправданих разлога није ни приближно проблематично колико је то одређивање поступка иступања оснивачким актом које је предвиђено истом одредбом. ЗПД је предвидео разрађен и логички кохерентан механизам за иступање члана друштва који је у системској вези и са другим одредбама овог закона (попут одредби о стицању сопственог удела, смањењу основног капитала и тсл.). Одредбе о поступку иступања су и саме за себе императивног карактера, тако да се не види на који начин се може предвидети одступање од њих.

3. Начин одређивање накнаде у складу са оснивачким актом

Оснивачким актом се може уредити и другачији начин одређивања накнаде у односу на закон; међутим то право се не сме користити тако да се фактички искључи право члана друштва на иступање. Све до ове границе оснивачи могу предвиђеним начином обрачуна смањити или повећати износ накнаде који је предвиђен законом. Тешко је утврдити где је тачно ова граница, али свака накнада која је значајно мања од вредности нето имовине друштва сразмерне уделу је проблематична, с обзиром да чак и члан друштва који је искључен из друштва има право на накнаду у тој висини, а овде се ради о члану који иступа из оправданог разлога. С обзиром на то да се ради о заштити поверилаца, не постоји могућност одступања од законом прописаних одредби о начину исплате накнаде тако да ће друштво и даље морати да користи резерве намењене за исплату накнаде, односно средства која је добило на име продаје удела члана који је иступио.

У случају да је начин одређивања накнаде предвиђен оснивачким актом, суд ће применити одредбе оснивачког акта када утврђује накнаду по тужби члана друштва.³⁹

³⁸ ЗПД, чл. 188 ст. 5.

³⁹ ЗПД, чл. 192 ст. 3.

IV. Закључак

Одредбе у погледу иступања без накнаде за удео које је увео ЗИД 2018 су проблематичне с обзиром да потенцијално доводе до додатне дестабилизације ДОО у критичним тренуцима пословања. Такође, она погодују злоупотребама од стране несавесних чланова друштва и повећавају њихов преговарачки капацитет према осталим (савесним) члановима друштва, а не постоји било који механизам да их они у томе спрече.

Што се тиче одредби у погледу иступања са оправданим разлогом у законском режиму, у њиховој примени не би требало да има већих проблема, с обзиром да су оправдани разлози дефинисани генералном клаузулом, да нису новост у нашем правном систему и да је овај облик иступања уобичајен и у упоредним правним системима.

Најзад, требало би размислити да се у некој будућој новели ЗПД измене одредбе о могућности прописивања поступка иступања оснивачким актом, с обзиром да се не види на који начин би тај поступак могао бити другачије уређен у односу на законски режим иступања.

Dušan Pejkić

attorney at law, Belgrade

WITHDRAWAL OF THE MEMBER FROM LIMITED LIABILITY COMPANY

Summary:

Law on Companies envisaged two modes for withdrawal of a member of a limited liability company, *i.e.*, conditions, procedure and compensation for stake are regulated by law, but could also be a subject of autonomous regulations (company bylaws). According to the law, withdrawal from limited liability company is possible without compensation for stake (without reason) and with compensation for stake (in case of justifiable reason). Prior laws did not recognize first mode of withdrawal, *i.e.* withdrawal was only possible if there was a justifiable reason. Amendments of the Law on Companies changed provisions regarding withdrawal without reason in essence and allowed practically unrestricted right to withdraw in this case (only condition is that contributory capital is paid, *i.e.* transferred to the company). Paper analyzes said provisions and potential issues that may arise during their implementation more closely. It is especially stressed that the amendments to the Law on Companies regarding the withdrawal without reason are problematic and that they can be exploited by dishonest members of the company, even though compensation for the stake is not demanded.

Key words: limited liability company, withdrawal of the member of LLC, justifiable reason for withdrawal, compensation for stake.

UDK: 346.545/.546:621.39(497.11)

Владимир В. Хоман

адвокат у Београду

НАПОМЕНЕ О СПОРНОМ СПОРАЗУМУ ИЗМЕЂУ ТЕЛЕКОМА И ТЕЛЕНОРА

Сажетак:

У раду се приказује недавни споразум између *Телекома* и *Теленора* и оцењује се да је суштина удруживања ова два оператора на пољу телекомуникација наношење штете односно искључивање конкуренције са тржишта. Аутор указује да је правни оквир за електронске комуникације у Србији разрађен и да постоје механизми који су сачињени тако да се спрече злоупотребе актера на тржишту, али изражава и сумњу да ће се у конкретном случају доследно применити прописи и да ће државни органи и регулаторна тела делати у оквиру својих надлежности. Аутор такође закључује да овај случај може нанети штету медијским слободама, те довести и до одговорности саме државе пред судовима и међународним арбитражама.

Кључне речи: електронске комуникације, нелојална конкуренција, међупове- зивање, регулаторна тела

І. Увод

У Србији је готово у свим аспектима живота ситуација слична: постоји релативно добар или задовољавајући законски оквир, постоје независна регулаторна или контролна тела и сл.; само, нити се поштују закони, нити су те, по закону независне институције, суштински неза- висне и слободне у одлучивању. Једна област где ова жалосна ситуација нарочито долази до изражаја, имајући у виду комплексност материје, слабо познавање регулативе као и пословичну незаинтересованост јавности, јесте област телекомуникација или електронских комуникација.

Када се на горе описани миље, који је као створен за волонтаризам, дода чињеница да такву ситуацију понајвише користи онај који треба да ради управо супротно – а то је држава, онда долазимо до ситуације да смо врло близу потпуном урушавању целог система регулације електронских комуникација. То ће довести до тога да у будућности неће бити могуће пословање, нити ће бити заинтересованих за пословање на овом пољу у Србији, а то ће даље довести до стагнације и чак назадовања на овом пољу које је сада, а биће још више у будућности, значајно за развој целокупног друштва, имајући у виду да је то поље развоја које има највећи значај и потенцијал.

Под појмом „електронске комуникације” (или до скоро телекомуникације) подразумевају се: интернет (кабловски, сателитски, АДСЛ, оптички итд.), мобилна телефонија, кабловска и терестијална телевизија тј. сигнал и све могуће комбинације и варијације у комбинацијама ових преносника аудио, визуелних и електронских информација и садржаја.

Овај мали увод у свет електронских комуникација треба да послужи да читаоцу олакша сналажење у евентуално компликованој ситуацији у овој сфери, која је настала у Србији, нарочито након фамозне најаве удруживања два моћна оператора, *Телекома* и *Теленора*.

II. Позиција *Телекома*

Телеком је једна од најјачих ако не и најјача државна компанија. Под снагом подразумевам, пре свега, њену финансијску моћ, али и учешће и утицај на пољу којим се бави, у целој земљи па и региону. Ово би било сасвим у реду да се *Телеком* не користи за доминацију од стране државе промовисаних и помаганих пре свега телевизијских програма. До пре извесног времена *Телеком* је био сасвим другачија компанија: имао је, дакле, монопол на фиксну телефонију (и даље га има, али је та грана телекомуникација скоро потпуно изгубила на значају), а био је и мобилни оператор, односно један од пружалаца услуга мобилне телефоније. Развојем технологије, али и добрим планом сопственог развоја, *Телеком* је полако ширио своје поље пословања и проширио га и на посао кабловског оператора као и интернет *провајдера*. Последњих година чак је почео да буквално купује мање *провајдере* свих ових услуга, да финансира производњу и чак производи своје програме. У ту сврху, државна компанија која послује новцем грађана Србије, потрошила је, по сопственом признању, око 300 милиона евра за куповину мањих оператора по Србији, све у циљу ширења своје мреже и свог пословања. Но, значај

куповине тих оператора умањен је сазнањем да је *Телеком*, уместо што их је купио и избрисао из постојања, могао да им изнајми своје капацитете, по повољним условима, као што сада нуди *Теленору*, што би очувало колику толику тржишну утакмицу, а не би умањило приходе *Телекома*; напротив. Поред тога, новац који је утрошен на ту куповину *Телеком* је могао да инвестира у развој. Капацитети *Телекома* су толики да, и поред свега описаног, ова компанија и даље има слободних капацитета које може да изнајми другима како би преко њих они пружали исте и сличне услуге.

И овде се долази до приче око сарадње *Телекома* и *Теленора*.

Али пре тога, треба се вратити неких десетак година у назад, и поменути још једну велику компанију у државном власништву, а то је Медијски јавни сервис Србије или РТС. До 2010. године, РТС је био у исто време емитер и произвођач сопственог програма (радијског и телевизијског), али и емитер свих или велике већине осталих радијских а нарочито телевизијских сигнала, свих медијских кућа, националних, регионалних и локалних, на територији Србије. У то време радило се искључиво о тзв. земаљском емитовању преко предајника велике снаге, а ови сигнали могли су се појединачно примати путем антена. РТС је, дакле, био монополиста у послу емитовања медијског садржаја, а уједно је био и један од пружалаца тог садржаја. Таква доминантна позиција је, сама по себи, као створена за нелојалну тржишну утакмицу и зато је РТС-у морао бити одузет посао око емитовања. То је и учињено стварањем ЈП Емисиона техника и везе, 2010. године; то је био једини начин да се уведе ред и да сви пружаоци ових садржаја имају исте услове и могућност за приступ и емитовање својих програма, наравно уз дозволу која се добија у зависности од тога да ли неко има тзв. „националну”, „регионалну” или „локалну фреквенцију”. Ово стога што је фреквентни опсег у суштини национални ресурс и добија се на конкурс.

Ситуација са терестријалним сигналом је значајно промењена и узнапредовала увођењем фамозне *ДВБТ 2* мултиплекс технологије и сада на једној фреквенцији може да се „упакује” већи број сигнала. Та платформа је апсолутно технолошки слична са кабловском дистрибуцијом, с тим што у том случају нема каблова, прекида каблова и свих других проблема, већ постоји антена, *ДВБТ2* компатибилан пријемник и то је све. Овакав начин емитовања је, навалом кабловских дистрибутера али и лошим пословањем самог ЈП ЕТВ, последњих година потиснут, нарочито у Београду и осталим великим градовима, али је и даље незаменљив у руралним срединама.

Разлог помињања РТС-а је то што је сада, напредком технологије и променом „носача” информација, *Телеком* постао оно што је био РТС. Данас се телевизијски програми преносе путем интернета, тзв. „стрим-а”, а највећи капацитет има наравно *Телеком*. Дакле, после око 10 година, поново полако долазимо у ситуацију да имамо једно предузеће које, као што је речено, производи и емитује свој програм, али и програме и уопште садржаје других *провајдера*. Ово предузеће, дајући им на коришћење своје капацитете, условљава друге оператере да емитују канале које само производи, а да не емитује канале конкурентских кућа. Ово је јасно и наведено у документу који је „изашао” из *Телекома*, где се каже да „се *подразумева да коришћење наше инфраструктуре подразумева коришћење наше садржаја*”. Ово, међутим, никад не сме да се подразумева. То би било као да је, онамад, РТС од свих телевизија које су се емитовале преко његове мреже тражио, ако ништа друго, бар да емитују „Дневник” – сви, на свим каналима, у исто време; у супротном, нема емитовања те телевизије.

III. Правни оквир за електронске комуникације

1. Законска регулатива

Да би се спречиле овакве злоупотребе, постоји законска регулатива која је, бар начелно, створена да заштити систем, као и једнакост свих учесника у њему. Основни закон који се бави електронским комуникацијама је Закон о електронским комуникацијама.¹ Закон није обиман нити пренормиран и многе ствари оставља регулисању подзаконским актима и делатности посебних Агенција, као што је Агенција за електронске комуникације и поштанске услуге (некадашњи РАТЕЛ).

Већ на самом почетку овог Закона, у одредбама које се односе на циљеве и начела регулисања односа у области електронских комуникација, каже се да се „*циљеви и начела регулисања односа у области електронских комуникација заснивају на... 2) обезбеђивању предвидивости пословања и равноправних услова за пословање ојератора*”, те у „*обезбеђивању међуовезивања електронских комуникационих мрежа и услуга, односно ојератора, под равноправним и узајамно прихватљивим условима*”; даље се инсистира на „*обезбеђивању моћности крајњих корисника да, приликом коришћења јавних комуникационих мрежа и услуга,*

¹ Закон о електронским комуникацијама, *Службени гласник РС*, бр. 44/10,60/13 – одлука УС, 62/14 и 95/18.

*слободно приступијају и дистрибуирају информације, као и да користе апликације и услуге по свом избору”.*²

Закон дефинише и све појмове које се у одредбама употребљавају, чему су посвећене посебне одредбе; тако, јасно се наводи да је „*оператор лице које обавља или је овлашћено да обавља делатности електронских комуникација*”,³ а да је међуповезивање:

„(интерконекција) је посебна врста приступа оствареног између оператора јавних комуникационих мрежа, којим се успоставља физичко и логичко повезивање јавних комуникационих мрежа једног или више различитих оператора, како би се корисницима услуга једног оператора омогућила међусобна комуникација или комуникација са корисницима услуга других оператора, односно приступ услугама које пружају други оператори или трећа лица која имају приступ мрежи”.

и наравно да је *приступ*:

„давање на коришћење средстава или услуга другим операторима, под одређеним условима, било на ексклузивној или неексклузивној основи, ради пружања електронских комуникационих услуга, укључујући услуге путем којих се пружају услуге информационог друштва или медијски садржаји, што, између осталог, обухвата: приступ елементима мреже и припадајућим средствима, што може обухватати прикључење опреме путем фиксних или бежичних веза (нарочито приступ локалној петљи, те средствима и услугама неопходним за пружање услуга преко локалне петље), приступ физичкој инфраструктури (укључујући зградама, кабловској канализацији и антенским стубовима), приступ одговарајућим софтверским системима (укључујући системима за оперативну подршку), приступ информационим системима и базама података за наручивање, пружање, одржавање, обрачун и наплату услуга, приступ системима за превођење бројева или системима са истоветном функционалношћу, приступ фиксним и мобилним мрежама (посебно за потребе роминга), приступ системима условног приступа, као и приступ виртуелним мрежним услугама”.

Из даље анализе Закона о електронским комуникацијама у делу који се односи на надлежност саме Владе и министарства у области електронских комуникација, јасно произлази да министарство „*врши надзор над применом овог закона и пројиса донетих на основу њега*”.

² Закон о електронским комуникацијама, чл. 3 тач. 2, 5 и 11 (*подвлачење догађаја, неопходно изоставањено*).

³ Закон о електронским комуникацијама, чл. 4 тач. 30.

⁴ Закон о електронским комуникацијама, чл. 4 тач. 27.

⁵ Закон о електронским комуникацијама, чл. 4 тач. 38.

⁶ Закон о електронским комуникацијама, чл. 6 тач. 1.

Поред тога, Закон у делу који се односи на регулисање рада Агенције за електронске комуникације и поштанске услуге каже да је ова Агенција независна регулаторна Агенција основана у циљу, поред осталог, „*подстицања конкуренције електронских комуникационих мрежа и услуга*” и „*заштита интереса корисника електронских комуникација...*”⁷ – дакле грађана и привреде.

2. Оцена споразума *Телекома* и *Теленора* у светлу прописа

Дакле, начелно, Закон обезбеђује равноправност како дистрибутера тако и крајњих корисника. Све је у Закону лепо предвиђено, те се поставља логично питање како и зашто је уопште дошло до ситуације да се у јавности расправља о удруживању два велика оператора на штету трећег или чак са циљем уништавања трећег, како експлицитно стоји у документу који је састављен од стране *Телекома*?

Говорећи језиком појмова који су горе наведени, *Теленор* је оператор који је од другог оператора, *Телекома*, који иначе има значајну тржишну снагу, затражио приступ мрежи ради међуповезивања и то на ексклузивној основи. Званичници обе компаније, а нарочито *Теленора*, негирају да је основа ексклузивна, као и да им је намера уништавање конкуренције. Они тврде управо супротно – да желе да преносе све доступне ТВ канале без обзира чији су.

Међутим, нико не пориче да је основни предмет овог споразума давање *Телекомове* инфраструктуре *Теленору*, како би *Теленор* ушао и на тржиште дистрибуције ТВ садржаја. Како *Теленор* нема апсолутно никакву инфраструктуру, све дакле зависи од инфраструктуре *Телекома*, а то значи да ће *Телеком* практично дати могућност *Теленору* да „дође” до крајњег корисника са својим садржајем и својом понудом, за шта би *Теленор* требало да плати накнаду *Телекому*. У начелу, оваква пракса је уобичајена у свету, и не би било ништа спорно да *Телеком* тако нешто понуди свима који су заинтересовани, па рецимо и СББ-у и да, притом, не инсистира на преносу својих садржаја самим тим што даје своју инфраструктуру. Али, управо зато што то није учињено, овај споразум је по својој суштини ексклузиван.

Наведено питање о томе како је могуће да дође до злоупотреба на тржишту електронских комуникација у правно уређеном систему, са надлежностима државних органа и регулаторних тела која имају инструменте да спрече такве злоупотребе, поставља се због става *Телекома* наведеног у интерном документу који се појавио јавности, а у коме пише следеће:

⁷ Закон о електронским комуникацијама, члан 7 (*неоштребно изостављено*).

„Што се тиче садржаја, тј. наших (Телеком) ТВ канала, како се коришћењем наше инфраструктуре подразумева и коришћење нашег садржаја, омогућиће се потпуна доминација нашег садржаја у односу на *United Media* канале. Самим тим, уговором за поменути услугу се ставља тачка на пословање *United Media*, као и СББ-а у Србији”.

Ипак, оно што је најбитније јесте чињеница да *Телеком* не жели да пружи могућност, *пог једнаким условима*, и осталим операторима да користе његову инфраструктуру. То је неспорна чињеница, имајући у виду да се баш поменути СББ обраћао раније *Телекому* са сличним захтевом, али је одбијен. Осим тога, из досадашњег понашања *Телекома* може се закључити да је његов циљ управо гушење овог великог конкурента и његових канала, односно канала које он дистрибуира, јер *Телеком* је, приликом прошлогодишње и ранијих куповина мањих оператора, управо у сваком случају где су ти преузети оператори пре тога емитовали канале *United Trade*, њене канале избацивали из понуде.

Јасно је да су, како у прошлости, тако и сада, Влада и надлежно Министарство заказали у поштовању својих законских ингеренција, потребно је осврнути се на још једну институцију која је створена и постоји да би штитила конкурентност на тржишту Србије, у свим областима па и у области електронских комуникација: на Комисију за заштиту конкуренције.

Предлог споразума између *Теленора* и *Телекома* је сада пред овом Комисијом, која мора да одлучи о захтеву ових субјеката да се њихов споразум изузме из надлежности Комисије по члану 12 Закона о заштити конкуренције.⁸

Сама Комисија се на свом званичном *web* налогу изјаснила тим поводом и навела не само да је поменути захтев доспео пред Комисију, него и да се Комисија већ изузела у неким ранијим захтевима (који су по Комисији слични); из овога би се могло закључити да Комисија припрема образложење за одлуку о свом изузећу.

Но, треба имати у виду да је, у случају такве или било какве друге одлуке Комисије, обезбеђена двостепеност у одлучивању, односно да се на свако решење Комисије може поднети тужба Управном суду.

⁸ Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013. Члан 12 уређује тзв. појединачно изузеће односно предвиђа да, на захтев учесника у рестриктивном споразуму, Комисија може изузети поједини рестриктивни споразум од забране. Члан 10 став 1 овог Закона одређује да је рестриктиван споразум такав споразум између учесника на тржишту који има за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Србије, а ставу 3 се прописује да су „*рестриктивни споразуми забрањени или нишави осим у случају изузећа од забране*”.

Дакле, правни оквир и заштита учесника у пословима електронских комуникација, као и њихових корисника, обезбеђени су законима и статусом и надлежностима независних тела.

Како онда долази до ситуације да се уопште полемиче о неком правном послу између субјеката чије односе на тржишту регулишу овако детаљне норме и правила? Зашто се не препусти Законима и предвиђеном контролом у управним поступцима те надзору надлежног министарства и Владе, да раде свој посао? Могућ одговор је да је тако зато што се из свих, или скоро свих примера у пракси, како на овом пољу, тако и шире, и у садашњем времену, али и у прошлости, испоставило да све што је добро замишљено и прецизно регулисано на папиру, не функционише у пракси.

Бројни су разлози за овакво стање, али то овде није тема. Правно гледано, ако би се поштовао не само *lex specialis*, Закон о електронским комуникацијама, него и стари добри Закон о облигационим односима, овакав уговор између *Телекома* и *Теленора* не би могао да опстане у правном промету. Бројни разлози за тако нешто већ су наведени. Основна ствар је да нико не сме да сачини неки уговор на штету трећег лица, а у конкретном случају је та намера јасно изречена.

Неко ће поставити питање, откуда се у овакав, правно сумњив посао са *Телекомом* упустио *Теленор*, реномирана норвешка компанија? Па, није *Теленор* који послује у Србији норвешки. Његов власник је чешки бизнисмен, односно Групација *ППФ* најбогатијег Чеха, Петра Келнера. Србија није прва земља у којој је овај Чех оптужен у јавности да преко својих компанија учествује у гушењу слободе медија. Исто се догодило и прошле године када је Келнер преузео *ЦМЕ*, власника чешке приватне телевизије *Нова*, као и више од 30 ТВ станица са преко 45 милиона гледалаца у источној Европи. У Словенији су новинарска удружења оптужила Келнера за заверу са премијером Јанезом Јаншом против новинара *ПОП ТВ*, највећег критичара Јанше, а који је купио управо Келнер. Дакле, ето још једне информације која баца сенку на постигнути споразум *Телекома* и *Теленора*. И, да не буде даље забуне, *Теленор* је и даље велика норвешка компанија, али Групација *ППФ* на челу са поменутиим Петром Келнером, по споразуму са *Теленором*, има права да користи тај бренд до средине 2021. године.

Занимљиво је констатовати да, у области заштите Права конкуренције, обавезе земаља кандидата за чланство и нових чланица Европске уније, које проистичу из споразума за стабилизацију и придруживање, имају већу тежину од оних обавеза које су дефинисане за старије чланице Уније.

Политика конкуренције Европске уније спроводи се на два нивоа: 1) на основу законодавства, уредби и директива Европске комисије, секундарних прописа и праксе ЕУ (као целине), те 2) на нивоу чланица Уније које такође имају своје прописе и регулаторну праксу. Следи да све чланице Европске уније имају крајњу обавезу да ускладе своја анти-монополска законодавства са Уговором о Европској заједници (тј. њеним оснивачким актом), што се, пре свега, односи на чланове 81 (забрана рестриктивних споразума, тј. картела), 82 (забрана злоупотребе доминантног тржишног положаја) и 86 (регулација либерализације у јавном сектору), те са Уредбом бр. 4064/89 (контрола *мерџера*).

IV. Закључак

Несумњиви циљ споразума *Телекома* и *Теленора* (мада треба прецизније рећи: *ППФ Групе*) је наставак гушења конкуренције и слободног информисања, могућности избора садржаја и нарушавање тржишта електронских комуникација у Србији.

Наведени споразум је очигледно противан начелима Закона о електронским комуникацијама и Закона о заштити конкуренције, као и Закона о облигационим односима због недопуштености мотива за закључење.

У разматрању овог случаја ваља знати да правни систем у Србији поседује механизме којима се може спречити овакав споразум, и то на брз и ефикасан начин.

У погледу исхода оваквог, спорног удруживања *Телекома* и *Теленора*, постоји сумња да ће оно, и поред свега, бити допуштено.

Ако и дође до таквог исхода, слободно информисање у Србији неће тиме бити уништена, бар не директно. Међутим, биће знатно отежано пословати тржишно, долазити до корисника и остваривати приход, пре свега за производњу садржаја у ситуацији кад не постоји приступ ни постојећој инфраструктури, а ни могућност несметаног развоја сопствене. То ће у наредном периоду, ако све буде како је спорним споразумом планирано, сасвим сигурно довести до повлачења *СББ* и *United Media групе* са ових простора и, самим тим, нестанка њихових бренд пројеката, због којих се све ово и дешава – телевизија *Н1* и *Нова С*.

На крају, несумњиво је да ће државу Србију, с обзиром на то да се ради о државном предузећу, компаније *СББ* и *United Media*, а можда и неке друге, тужити по разним основима, како пред домаћим судовима, што ће бити за државу мање болно, тако и пред међународним судовима

(Стразбур), те арбитражним институцијама које решавају тзв. инвестиционе спорове. Није искључено ни обраћање и Европској унији у чије чланство, бар формално, Србија жели.

Vladimir V. Homan

attorney at law in Belgrade

NOTES ON CONTROVERSIAL AGREEMENT BETWEEN TELEKOM AND TELENOR

Summary:

In the article the topical agreement between *Telekom* and *Telenor* is presented; it is contended that the core feature of association of these two operators in the field of telecommunications is causing the damage to competitors and suppression of the competition from the market. The author submits that legal framework for electronic communications in Serbia is rather developed and that it contains the instruments for preventions of manipulations of participants in the market. However, the author suspects that, in this particular case of market abuse, the laws and other regulations will not be applied and that state authorities and regulatory agencies will not act within their competences.

Key words: electronic communications, unfair competition, operator, interconnection, regulatory agencies.

UDK: 343.126.1(497.11)

Драјан Калаба

заменик вишег јавног тужиоца у Чачку у пензији

ОМЕТАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА УТИЦАЈЕМ НА СВЕДОКЕ, САУЧЕСНИКЕ ИЛИ ПРИКРИВАЧЕ КАО ПРИТВОРСКИ ОСНОВ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Сажетак:

У прилогу се разматра притворски основ по чл. 211 ст. 1 т. 2 Законика о кривичном поступку (особите околности које указују на ометање поступка утицајем на сведоке, саучеснике или прикриваче). Приказују се законска решења о разлозима и општим и посебним условима за одређивање притвора, као мере обезбеђења присуства окривљеног, кроз анализу њихове примене у случају постојања могућности утицаја окривљеног на лица која су или повезана у извршењу кривичног дела или имају одређена сазнања о учињеном кривичном делу. Аутор на конкретном примеру анализира примену законских одредби о разлозима за одређивање притвора по овом основу, те даје приказ судске праксе развијене на основу законских решења.

Кључне речи: Законик о кривичном поступку, притвор, притворски основ, основана сумња, утицај на сведоке, особите околности

I. О разлозима и условима за одређивање притвора

1. Појам притвора

Законик о кривичном поступку Републике Србије¹ у Глави VIII под називом „Мере за обезбеђење присуства окривљеног за несметано вођење кривичног поступка”, а у чл. 188 ст. 1 т. 7, предвиђа најтежу меру за обезбеђење присуства окривљеног, а то је притвор.

¹ Законик о кривичном поступку Републике Србије – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11... 35/19.

Притвор у себи подразумева одузимање слободе кретања, а на основу одлуке Суда и по тачно одређеним законским разлозима, а ради обезбеђења присуства окривљеног и несметаног вођења кривичног поступка.

Притвор је и уставноправна категорија, сходно чл. 30 и 31 Устава Србије, а с обзиром на то да се том мером задире у Уставом загарантоване слободе и права грађана. Притвор се одређује одлуком суда према осумњиченом када постоји основана сумња да је учинио кривично дело које се гони по службеној дужности.

Како се ради о уставној категорији, то је у чл. 189 ЗКП предвиђено нужно постојање општих и неопходних услова за одређивање притвора. Тако приликом одређивања притвора орган поступка (чл. 2 т. 15 ЗКП) мора да води рачуна да се не примењује наведена мера ако се иста сврха може постићи блажом мером (чл. 189 ст. 1 ЗКП).

Орган поступка може одредити две или више мера предвиђених у чл. 188 ЗКП (чл. 189 ст. 2 ЗКП).

Орган поступка ће меру односно мере из чл. 188 ЗКП (позив, довођење, забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посеђивање одређених места, забрана напуштања боравишта, јемство, забрана напуштања стана, притвор) укинути по службеној дужности када престану разлози због којих је одређена, односно замениће се другом блажом мером кад за то постоје услови.

2. Општи и посебни услови и разлози за одређивање притвора

Орган поступка најпре води рачуна о општим условима за одређивање мера, а потом је дужан да, сходно чл. 210 ЗКП, води рачуна о основним правилима о одређивању притвора, из чл. 210 ст. 1 ЗКП где је наведено следеће: „*Притвор се може одредити само њод условима предвиђеним у овом законнику и само ако се иста сврха не може остварити другом мером*”. Ово значи да се притвор, као уставна и законска категорија, а предвиђен у чл. 188 т. 7 ЗКП, као најтежа мера за обезбеђење присуства окривљеног и несметаном вођењу кривичног поступка, може одредити само:

- под условима предвиђеним у чл. 211 ЗКП, те
- ако се иста сврха (присуство окривљеног несметаном вођењу кривичног поступка) не може остварити другом мером.

Постављање оваквих законских услова је и нормално, јер се ради о најтежој мери, предвиђеној у чл. 188 т. 7 ЗКП, са једне стране, а са друге

стране, ради се о одузимању слободе кретања, као једној од основних права и слобода грађанина. Сходно наведеном, код одређивања ове мере посебан значај имају обавезе које се односе:

- на трајање притвора (временско), и
- на вођење поступка са нарочитом хитношћу.

Таква обавеза је наведена у чл. 210 ст. 2 ЗКП и гласи:

„Дужност је свих органа који учествују у кривичном поступку и органа који им пружају правну помоћ да трајање притвора сведу на најкраће неопходно време и да поступају са нарочитом хитношћу ако се окривљени налази у притвору”.

Ово значи да орган поступка (суд, тужилаштво), као и сви органи који им пружају правну помоћ (полиција, центар за социјални ради, вештаци и други органи), а у питању је вођење поступка против лица које је у притвору, морају да: а) воде рачуна о трајању притвора, и б) да хитно поступају.

Свођење трајања притвора на најкраће неопходно време и хитност поступања у таквим случајевима има за последицу и укидање притвора, као најтеже мере, чим престану разлози на основу којих је био одређен, а што је предвиђено у чл. 210 ст. 3 ЗКП.

Приликом одређивања притвора суд, како је наведено, цени испуњеност општих и посебних услова предвиђених у ЗКП. Општи услови су предвиђени у чл. 189 и 210 ЗКП, а посебни услови за одређивање притвора су, у ствари, процесни разлози који се морају остварити, а односе се на постојање основане сумње да је одређено лице учинило кривично дело. У овом погледу, у чл. 2 т. 18 ЗКП је предвиђено да је „основана сумња” скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинило кривично дело. То значи да основана сумња постоји ако скуп чињеница, односно прикупљени докази указују на већи степен убедљивости и сигурности да се према окривљеном одреди притвор. Са друге стране, у чл. 2 т. 17 ЗКП је предвиђено да је „основ сумње” скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела; ради се, дакле, о мањем степену убедљивости и сигурности, а које је иначе довољно за доношење наредбе о спровођењу истраге. Логички тумачећи, јасно је да због постојања основа сумње против наредбе о спровођењу истраге није предвиђен правни лек, док, са друге стране, основ сумње није довољан разлог за одређивање притвора.

3. Могућност ометања поступка утицајем на сведоке, саучеснике или прикриваче као притворски основ

Да би се одређеном лицу одредио притвор, поред постојања основане сумње да је учинило кривично дело, мора се остварити и један или више разлога који су таксативно предвиђени у чл. 211 ст. 1 т. 1–4 ЗКП. У овом раду се разматра разлог предвиђен у чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП који се односи само на постојање особитих околности које указују на то да ће ово лице ометати поступак утицајем на сведоке, саучеснике или прикриваче.

У питању је тзв. колузиона опасност или опасност од доказне опструкције у односу на доказе који произилазе из личних извора сазнања (латински: *colludere* – тајно се споразумети). Суштина овог законског разлога за одређивање притвора је у спречавању да окривљени врши недозвољени утицај („тајно споразумевање”) на лица која су или повезана у учињеном кривичном делу или знају односно поседују одређена сазнања о учињеном кривичном делу, а све са циљем да се сачува аутентичност и веродостојност доказа.

Окривљени може на различите начине да утиче на наведене личне доказе (сведок, саучесник или прикривач), било непосредно или посредно, у виду претње, застрашивања, уцењивања, подмићивања или на друге начине). Утицај би се односио најчешће на то да сведок да лажан исказ или да саокривљени, односно саучесници дају одбрану која је усаглашена са одбраном окривљеног према коме треба одредити притвор.

С обзиром на то да суд одређује притвор, а на предлог надлежног тужиоца, морају се у предлогу навести сведоци са нужним и неопходним генералијама који су до тог момента доступни, конкретне околности о којима ће се сведоци изјашњавати. Чињенице о којима сведок треба да се изјасни морају бити битне за конкретан кривично-правни догађај, да се ради о његовом непосредном сазнању, јер у противном, нема места одређивању притвора.

Такође, нужно је да се у предлогу наведе које су то околности из којих произилази да ће окривљени према коме треба да се одреди или продужи притвор, ометати поступак, утицајем на саучеснике (саизвршиоци, подстрекачи, помагачи) или пак на лице које се може јавити као прикривач учињеног кривичног дела.

У предлогу надлежног тужиоца нужно је образложити постојање „особитих” а не „обичних” околности које указују на могућност таквог ометања конкретног кривичног поступка. Мора се радити о значајним околностима из којих произилази (на основу датих доказа уз кривичну

пријаву или прикупљених доказа током истраге) таква опасност за ометање поступка.

Као последица наведеног је и дужност органа поступка, предвиђена у чл. 211 ст. 2 ЗКП, да се притвор укине чим се обезбеде докази због којих је притвор одређен.

II. Разматрање услова и разлога за одређивање притвора услед постојања околности које указују на ометање поступка утицајем на одређена лица на конкретном примеру

1. Приказ случаја

Непосредан повод за обраду теме овог рада је доношење решења Вишег суда у Чачку Кв 144/17 од 5. октобра 2017. године, као и одлука које су претходно донете у овом предмету.

Више јавно тужилаштво у Чачку (ВЈТ) је донело наредбу о спровођењу истраге против окривљеног због основане сумње да је извршио кривично дело убиство у покушају из чл. 113 у вези са чл. 30 Кривичног закона (КЗ).

Окривљени је седео у кафани заједно са оштећеним, а уз присуство више других лица. Између окривљеног и оштећеног је дошло до вербалне расправе, потом су заједно изашли из кафане, где је дошло до физичког сукоба, па је окривљени узео моторну тестеру која се налазила у близини и бацио је на главу и врат оштећеног, при чему је овај задобио тешке телесне повреде.

ВЈТ у Чачку је судији за претходни поступак Вишег суда у Чачку ставио предлог да се према окривљеном одреди притвор из разлога предвиђеног у чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП, јер је нужно саслушање одређених сведока који су у критичном моменту били у кафани заједно са окривљеним и оштећеним и имају непосредна сазнања о самом догађају, да би могли да укажу на евентуалне мотиве извршења кривичног дела, затим да ли је догађају претходила вербална расправа између окривљеног и оштећеног, као и да је окривљени након извршења кривичног дела пружао помоћ оштећеном, па чињенице да је окривљени био у друштву лица са којима је у пријатељским односима, као и да су у кафани била и друга лица која познају окривљеног, представљају околности које указују да би боравком на слободи окривљени могао ометати поступак утицајем на та лица.

Виши суд у Чачку је својим решењем Кпп 20/17 од 25. септембра 2017. године одбио предлог ВЈТ у Чачку да се према окривљеном одреди притвор, па је он одмах пуштен на слободу. Између осталог, у образложењу решења Суда је наведено и следеће:

„Из до сада прикупљених података и навода одбране окривљеног који признаје и детаљно описује ток критичног догађаја и радње које је предузео, произилази да познаје сведоке ... (два лица), док остале сведоке који се наводе у предлогу ВЈТ не познаје. Међутим, без обзира на наведену чињеницу, суд оцењује да окривљени боравком на слободи не би могао да омета поступак прикупљања доказа испитивањем сведока, имајући у виду да је у својој одбрани признао радње које му се у овом поступку стављају на терет”.

Против наведеног решења ВЈТ у Чачку је изјавио жалбу. Између осталог, у жалби је наведено и следеће:

„Најпре се истиче да се у овом случају ради о поступку утврђивања да ли постоји разлог за одређивање притвора који је постављен у предлогу ВЈТ у Чачку за одређивање притвора, а то значи да судија за претходни поступак није могао између осталог да одбије предлог ВЈТ, јер је наводно окривљени признао радње извршења које му се у овом поступку стављају на терет. Прецизније речено, у овој врсти поступка апсолутно нема места закључку судије за претходни поступак да ли је окривљени признао извршење кривичног дела или пак поједине радње извршења. // Када је судија за претходни поступак навео поменути разлог за одбијање предлога за одређивање притвора, указујемо да управо окривљени у својој одбрани није признао битну радњу извршења, а то је узимање моторне тестере које се налазило на асфалту поред тела оштећеног, у руке и потом бацање на горњи део тела оштећеног, за који сада постоји могућност да је настала повреда код оштећеног у пределу лица и јагодице употребом поменутог средства, а што и произилази из до сада пружених доказа уз поднету кривичну пријаву... // Такође, се не може прихватити закључак судије за претходни поступак да нема основа за одређивање притвора због тога што исти познаје сведоке ... (два лица), а остале не познаје. Управо супротно, логички и животно, и код сведока које окривљени познаје постоји могућност утицаја на исте у делу како ће се изјаснити приликом саслушања у својству сведока, па у погледу сведока које окривљени не познаје, постоји иста могућност да утиче на сведоке, а и из истих разлога да могу дати изјаву у својству сведока као последицу његовог утицаја”.

Виши суд у Чачку је својим решењем Кв 141/17 од 27. септембра 2017. године уважио жалбу ВЈТ у Чачку и укинуо наведено решење судије за претходни поступак Вишег суда у Чачку и предмет вратио на поновно одлучивање. У образложењу свог решења, Виши суд у Чачку је, између осталог, навео:

„По оцени Већа, нису дати довољно јасни и образложени разлози о одбијању предлога ВЈТ за одређивање притвора, за сада образложење решења не садржи довољне разлоге о одлучним чињеницама, односно дати разлози су нејасни и противречни. Наводи из образложења да није имало места одређивању притвора према окривљеном јер је исти признао извршење кривичног дела које му се ставља на терет, као и да не постоји бојазан од утицања на сведоке јер их не познаје, за сада се не може прихватити, односно за такав став нису дати довољно образложени и јасни разлози. // Супротно томе, Веће истиче да окривљени у својој одбрани признаје поједине радње које му се стављају на терет, а није признао битну радњу извршења, а то је узимање моторне тестере која је била поред тела оштећеног и бацање исте на горњи део тела оштећеног који је том приликом задобио тешке телесне повреде. Такође, окривљени у својој одбрани другачије представља критични догађај у односу на опис догађаја који је наведен у кривичној пријави, што се посебно односи на чињеницу да из кривичне пријаве произилази да је окривљени оштећеног ударао више пута песницом и ногама по виталним деловима тела, што је окривљени приликом давања своје одбране негирао. Према томе, по оцени Већа у овој фази поступка, окривљени у потпуности не признаје извршење кривичног дела како му се наредбом о спровођењу истраге ставља на терет, што се посебно односи на одлучне чињенице које се односе на тешко телесно повређивање оштећеног, па се за сада не може прихватити став изнет у првостепеној одлуци да окривљени признаје извршење кривичног дела, те да због тога не постоји бојазан од утицања на сведоке”.

У поновном поступку, судија за претходни поступак Вишег суда у Чачку је донео решење Кпп 20/17 од 29. септембра 2017. године којим је према окривљеном одређен притвор сходно чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП. У образложењу решења између осталог је наведено:

„Имајући у виду да је у току поступка истраге неопходно испитати наведена лица у својству сведока који су очевици догађаја који је непосредно претходио физичком нападу окривљеног на оштећеног и који могу дати битне податке о радњама које су непосредно претходиле извршењу кривичног дела, као и о мотиву извршења наведеног кривичног дела, за које је окривљени основано сумњив, а с обзиром да окривљени познаје сведоке ... (два лица), са којима је седео у друштву критичне ноћи, док остала лица познаје по виђењу, имајући у виду да у ту кафану често свраћа, испитати оштећеног ... у погледу свих релевантних чињеница и околности, то све наведене чињенице, односно пријатељски односи и односи познанства са лицима која су била присутна, представљају особите околности које указују да би окривљени, боравком на слободи, могао ометати кривични поступак утицајем на наведене сведоке, због чега је основан предлог ВЈТ за одређивање притвора по чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП.”

Против наведеног решења судије за претходни поступак Вишег суда у Чачку бранилац окривљеног је изјавио жалбу, па је Виши суд у Чачку својим решењем Кв 144/17 од 5. октобра 2017. одбио као неосновану ту жалбу браниоца. У образложењу решења, између осталог је наведено:

„Даље се увидом у списе предмета утврђује да је истражни поступак практично на самом почетку. У досадашњем току истраге одбрану је дао окривљени, а у даљем току истраге неопходно је саслушање сведока који су предложени у наредби за спровођење истраге. Сведоци који се у даљем току поступка имају саслушати су; ..., а наведена лица су била присутна у кафани у којој су се пре критичног догађаја налазили окривљени и оштећени и били су очевици ситуације која се одвијала на том месту, пре изласка окривљеног и оштећеног изван објекта, те би могли да укажу на евентуалне мотиве извршења кривичног дела које се ставља на терет окривљеном без обзира што то није нужан и законски елеменат кривичног дела као и да ли је претходила вербална расправа окривљеног са оштећеним пре изласка из кафане на улицу. // Како је окривљени у пријатељским односима са сведоцима ... (два лица) са којима је дошао у кафану и седео са њима, а како остале сведоке познаје из виђења с обзиром да је често долазио у ту кафану, те како у даљем току поступка поред наведених сведока, треба испитати и оштећеног, то наведене чињенице представљају особите околности које указују да би окривљени боравком на слободи могао ометати поступак утицањем на сведоке који нису саслушани, па је из наведених разлога правилна одлука судије за претходни поступак о одређивању притвора против окривљеног а предвиђено у чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП. // Навод жалбе да је окривљени признао наношење тешке телесне повреде оштећеном и да ће се у даљем току поступка путем вештака утврдити начин настанка тешке телесне повреде, оцењен је као навод без утицаја на одлуку о одређивању притвора, јер је притвор одређен због бојазни од утицања на сведоке.”

2. Коментар судских одлука и поднесака странака

Наведени пример указује управо на потребу осетљивог приступа који треба имати у примени чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП као законског разлога за одређивање притвора; или прецизније: осетљивост утврђивања које су то особите околности у конкретном случају и какав је однос окривљеног према сведоцима, од којих неке лично познаје, а са неким се само повремено дружи.

У конкретном случају, мора се поћи од правне квалификације кривичног дела које се окривљеном ставља на терет, а то је убиство у покушају. Може се рећи да се ради о готово класичном случају, најпре вербалне расправе између окривљеног и оштећеног, уз присуство све-

дока, а потом физичког сукоба и наношења тешких телесних повреда оштећеном.

Тачно је то да мотив није елеменат кривичног дела убиства из чл. 113 КЗ, али је нужно његово утврђење, ако је могуће; а то се најчешће чини управо путем сведока. Они су били присутни догађају и имају о њему непосредна сазнања. Још је осетљивије, у овом погледу, питање познанства окривљеног са појединим сведоцима; то је највећа потврда постојања особитих околности из којих произилази да би окривљени боравком на слободи могао утицати на сведоке да дају изјаве „на наручени начин”.

Треба са овог становишта размотрити и закључак судије за претходни поступак, када је одбио предлог ВЈТ за одређивање притвора наводећи да је „окривљени признао поједине радње извршења”. У конкретном случају окривљени није признао извршење кривичног дела које му се ставља на терет наредбом за спровођење истраге, већ само поједине радње извршења, те је, управо и из тог разлога, нужно саслушање сведока који су били присутни критичном догађају, а да би се донела одлука о одређивању притвора по наведеном законском основу.

3. Пракса Уставног суда у погледу овог законског разлога за одређивање притвора

У светлу наведеног законског разлога за одређивање притвора интересантна је одлука Уставног суда Србије, а у случају стављања предлога надлежног тужиоца за продужење притвора окривљеног јер је нужно саслушање „*још два сведока*” на одређене околности.

Наиме, Уставни суд Србије је својим решењем Уж 4386/12 од 5. децембра 2012. године одбио као неосновану уставну жалбу изјављена против решења Апелационог суда у Новом Саду Кр 38/12 од 18. априла 2012. године и решења Апелационог суда у Новом Саду Кж 934/12 од 27. априла 2012. године. У образложењу ове одлуке Уставног суда наведено је следеће:

„Подносилац уставне жалбе је навео да наведеним решењима му је повређено право на слободу и безбедност и право на ограничено трајање притвора а која права су зајемчена одредбама чл. 27 ст. 1 и чл. 31 ст. 1 Устава Србије. // У жалби је наведено да се против њега води кривични поступак пред Вишим судом у Новом Саду због кривичног дела неовлашћено стављање у промет опојних дрога из чл. 246 ст. 3 у вези са ст. 1 КЗ, да је решење истражног судије... према њему одређен притвор који је продужаван више пута, а последњи пут решењем Апелационог суда у Новом Саду

Кр 38/12 од 18. априла 2012. а из разлога предвиђених у чл. 142 ст. 1 т. 1, 2 и 3 ЗКП, и да између осталог треба да се саслушају још два сведока, жалба браниоца окривљеног је одбијена као неоснована цитираним решењем Апелационог суда у Новом Саду. Даље је наведено да су сведоци који су требали да буду саслушани дали исказ пред истражним судијом у Новом Саду ... па више не стоје разлози за даље задржавање окривљеног у притвору и по чл. 142 ст. 1 т. 2 ЗКП. // Оспореним првостепеним решењем Апелационог суда у Новом Саду притвор је према подносиоцу уставне жалбе продужен још за два месеца јер је предлог истражног судије основан, с обзиром да из списка произилази да истрага није завршена с обзиром да нису саслушани преостали сведоци, те би боравком на слободи могао ометати поступак утицањем на предложене сведоке. // Уставни суд даље налази да оспореним решењима нису повређена Уставом зајемчена права подносиоца уставне жалбе. // Наиме, Уставни суд је у више својих одлука заузео становиште да дужина трајања притвора која неће довести до повреде Уставом зајемченог права из чл. 31 подразумева да надлежни судови у својим одлукама наводе релевантне и довољне разлоге којима оправдавају трајање мере притвора и показују потребну ажурност у вођењу поступка. // Уставни суд је полазећи од општих принципа, као и од околности које се односе на конкретан случај, утврдио да је притвор према подносиоцу уставне жалбе правилно одређен и продужаван а да оспорени акти садрже релевантне и довољне разлоге који оправдавају продужење притвора. Такође из списка произилази да истрага није довршена из објективних разлога с обзиром да нису саслушани преостала два сведока а која околност указује да би подносилац боравком на слободи могао утицати на несаслушане сведоке. // Имајући све то у виду јасно произилази да је правилан законски основ за продужење притвора према подносиоцу уставне жалбе, као и да је истражни поступак вођен са примереном хитношћу имајући у виду да се у конкретном случају водила против шест лица којима је стављена на терет основана сумња да су као група извршили предметно кривично дело.”

Приказани случај Уставног суда указује на неколико важних ствари.

Без обзира што је суштина одлуке Уставног суда Србије утврђење да ли су судови у својим одлукама навели релевантне и довољне разлоге за трајање притвора и да ли су испољили ажурност, наведени пример указује на потребу да се саслушају неки сведоци који још нису саслушани, а притвор је према окривљеном односно подносиоцу уставне жалбе више пута продужаван, јер ради се о обимним кривично-правним радњама које је окривљени предузимао заједно са више саизвршилаца у дужем временском периоду. Управо у тим околностима, а посебно када се окривљеном ставља на терет тешко кривично дело, нужно је саслушање још неких сведока у циљу утврђивања свих предузетих радњи окривљеног као и осталих саокривљених лица, па би боравком на сло-

боди окривљени очигледно утицао на сведоке и на тај начин ометао поступак.

III. Преглед релевантне судске праксе

Судска пракса у вези са овим разлогом за одређивање и продужење притвора по чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП је богата, па су одабране и приказују се карактеристичне судске одлуке, разврстане по следећим областима:

- постојање особитих околности и идентификација сведока – разлог за притвор;
- непостојање разлога за одређивање и продужење притвора.

1. Постојање особитих околности и идентификација сведока – разлог за притвор по чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП

1) За одређивање и одређење притвора због „особитих околности” које указују да ће окривљени ометати поступак утицајем на саучеснике, није довољна апстрактна опасност да ће боравком на слободи на овај начин ометати поступак, већ је потребно да постоји конкретна опасност коју суд мора да образложи у својој одлуци, јер окривљени не сме да трпи штетне последице лишења слободе због тога што надлежни државни органи нису у могућности да обезбеде присуство другог окривљеног.

(Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 423/15, од 27. априла 2015. године.)

2) Основан је став првостепеног суда да постоје особите околности да би осумњичени у случају пуштања из притвора могао ометати поступак утицајем на сведоке у циљу избегавања своје кривичне одговорности имајући у виду да постоји сумња да сведоци имају непосредна сазнања о извршеном кривичном делу, те да неки од њих и лично познају осумњиченог.

(Решење Вишег суда у Пожаревцу Кв 25/15, од 13. фебруара 2015. године.)

3) Код чињенице да окривљени не признаје извршење кривичног дела које му је стављено на терет, а да је ради утврђивања одлучних чињеница током даљег поступка потребно саслушати више сведока који су наведени у решењу о одређивању притвора, са којима је окривљени у односима познанства и пријатељства, правилан је закључак судије за претходни поступак да постоје разлози за продужење притвора према окривљеном.

(Решење Вишег суда у Ваљеву Кв 28/14, од 4. марта 2014. године.)

4) Ако из списка произилази да окривљени не познаје сведоке који још увек нису испитани у истрази и да са њима није био у контакту, само околност да ти сведоци тек треба да буду испитани у даљој истрази, не може се узети као довољна да укаже да ће окривљени боравком на слободи на такве сведоке утицати и тако ометати поступак.

(Решење Вишег суда у Нишу Кв 215/14, од 4. априла 2014. године.)

5) Притвор одређен у току истраге због постојања основане бојазни да ће окривљени ометати истрагу утицањем на сведока, саучесника или прикривача може трајати и након завршетка истраге.

(Пресуда Врховног војног суда Кр 72/74 од 3. јуна 1974. године.)

6) Притвор због колузионе опасности може се одређивати кроз читав првостепени поступак све док таква опасност постоји, а најдаље до доношења првостепене пресуде.

(Став Седнице Кривичног одељења Врховног суда Србије од 30. маја 1986. године.)

7) То што је отац окривљеног долазио код оштећених у намери да их убеди да измене свој исказ у коме терете окривљеног, наговештавајући им да ће им возило које им је одузето у том случају бити враћено, има карактер особитих околности које указују да би окривљени уколико би био на слободи ометао поступак утицањем на сведоке.

(Решење Окружног суда у Београду Кж 3375/03, од 18. новембра 2003. године.)

8) У ситуацији када се окривљеном продужи притвор из разлога предвиђен у чл. 142 ст. 2 т. 2 ЗКП тада се у образложењу решења морају именовати сведоци за које постоје особите околности да ће окривљени ометати поступак утицањем на њих, а те околности морају бити конкретне а не апстрактне.

(Решење Окружног суда у Суботици Кж 158/07 од 27. априла 2007. године.)

9) Околност да су окривљени и конкретни даваоци исказа (сведоци) из истог места и живе у непосредној близини, као и да је вероватно да ће предложени сведоци моћи да дају обавештења о кривичном делу за које је окривљени основано сумњив као и о другим важним околностима, представљају особите околности које указују на реалну и озбиљну опасност да би окривљени могао ометати кривични поступак утицањем на предложене сведоке.

(Решење Апелационог суда Црне Горе Квж 550/16, од 28. новембра 2016. године.)

10) Када је закључен споразум о признању кривичног дела, нема места примени законског основа за продужење притвора из чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП.

(Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 756/18, од 4. децембра 2018. године.)

11) Уставни суд Србије је својом одлуком Уж 2287/10, од 18. јануара 2012. године одбио као неосновану уставну жалбу ... изјављену против решења Апелационог суда у Нишу Кж 434/10 од 28. априла 2010. године. Из образложења:

„У уставној жалби се наводи да је решењем Вишег суда у Нишу ... подносиоцу одређен притвор из разлога предвиђеног у чл. 142 ст. 1 т. 2 ЗКП, оспореним решењем одбијена је као неоснована жалба подносиоца уставне жалбе и њеног браниоца, да доносилац решења о одређивању притвора није конкретизовао које су то особите околности које указују да би боравком на слободи окривљени – подносилац уставне жалбе могао утицати на сведоке које треба саслушати, да околности које суд наводи не представљају законом прописане особите околности, да је од осам предложених сведока већ саслушано пет. // У образложењу оспореног решења, другостепени суд наводи да прихвата став првостепеног суда да постоје особите околности које указују да ће окривљени боравком на слободи утицати на сведоке. Наиме, околност да се окривљени и сведоци међусобно познају јер су радили у истом колективу, врста послова које су окривљени и сведоци обављали, те одбрана окривљеног који не признаје чињенице које му се стављају на терет, а о којима предложени сведоци управо треба да сведоче, по мишљењу другостепеног суда представљају особите околности које указују на могућност ометања кривичног поступка утицајем на сведоке, па је првостепени суд дао довољне и јасне разлоге који оправдавају одређивање притвора по наведеном законском основу.”

12) Ако се окривљеном продужи притвора из разлога предвиђен у чл. 142 ст. 1 т. 2 ЗКП, онда и у образложењу решења треба навести особите околности које указују да ће окривљени боравком на слободи ометати поступак истраге утицајем на сведоке.

(Решење Вишег суда у Чачку Кв 24/10, од 22. јануара 2010. године и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 132/10, од 1. фебруара 2010. године.)

13) Поводом жалбе браниоца окривљеног, а по службеној дужности, другостепени суд је својим решењем укинуо решење истражног судије о одређивању притвора и предмет вратио на поновни поступак и одлуку, с тим да окривљени и даље остаје у притвору до нове одлуке суда. // Разлози истражног судије наведени у решењу су по оцени Већа недовољни будући да истражни судија није навео које су то особите околности које оправдавају одређивање притвора, односно није навео имена сведока које треба саслушати и које су то особите околности у односу на сведоке које указују да би окривљени боравком на слободи могао ометати ток истраге утицајем на сведоке.

(Решење истражног судије у Чачку Ки 85/10 од 24. септембра 2010. године и решење Вишег суда у Чачку Кв 307/10, од 1. октобра 2010. године.)

14) Када је оптуженом за још месец дана продужен притвор из разлога предвиђених у чл. 142 ст. 1 т. 2 ЗКП, онда је образложење решења нејасно када се наводи да треба саслушати још једног сведока без ближе његове идентификације и на које околности да буде саслушан.

(Решење Окружног суда у Чачку Кв 57/05, од 21. фебруара 2005. године и решење Врховног суда Србије Кж 317/05 од 3. марта 2005. године.)

15) Има места одређивању притвора по наведеном основу у ситуацији када се саучесник, без обзира на чињеницу да је истрага завршена, налази у бекству.

(Решење Врховног суда Србије Кж 1447/08, од 10. јуна 2008. године.)

16) Има места одређивању притвора и у ситуацији када окривљени дају различите исказе о учешћу и улози окривљених у извршењу кривичних дела, при чему су у пријатељским односима са другоокривљеним који није саслушан јер је у бекству.

(Решење Врховног суда Србије Кж 2870/08, од 19. новембра 2008. године.)

2. Непостојање разлога за одређивање и продужење притвора по чл. 211 ст. 1 т. 2 ЗКП

1) Неоснован је предлог Јавног тужиоца да се притвор продужи због особитих околности које указују да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведока када је тај сведок припадник полиције који је уједно и оштећен кривичним делом.

(Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 2/19 од 16. јануара 2019. године.)

2) Чињеница да је у односу на оптужене потврђена оптужница, те да су оптуженима из оптужнице достављени искази сведока из истраге, чиме им је постао познат идентитет сведока као и садржај њихових исказа из истраге, само по себи, без постојања других релевантних чињеница и околности, не указује на постојање озбиљног ризика да ће оптужени боравком на слободи, у циљу умањења или избегавања кривичне одговорности извршити утицај и притисак на сведоке да промене своје исказе.

(Решење Већа Апелационог одељења суда Босне и Херцеговине Кж 28774/18 од 13. септембра 2018. године.)

3) Суд не може продужити притвор осумњиченом због потенцијалног утицаја на сведоке који нису саслушани уколико не наведе који сведоци се још имају саслушати и на које околности од значаја за поступак треба да се изјасне.

(Решење Вишег суда у Пожаревцу Кж 93/15 од 30. марта 2015. године.)

4) Када више не постоје особите околности већ обичне околности којима се указује да ће окривљени боравком на слободи утицати на саучеснике и сведоке, тада има места укидању притвора окривљеног који је одређен по чл. 142 ст. 1 т. 2 ЗКП. Из образложења:

„Питање одређивања односно продужење притвора по наведеном законском основу мора бити оправдано „особитим околностима”. Како из списка не произилазе околности које би указивале на радњу или пак покушај окривљеног да непосредно или посредно утиче на сведока, то за сада такве особите околности не постоје. При овоме треба имати у виду и то да су друга двојица окривљених за време вођења поступка на слободи, па се побијаним решењем оправдано поставља питање да ли наведена околност постоји једино и на страни окривљеног према коме је сада притвор укинут.”

(Решење Основног суда у Чачку Кв 360/12, од 20. јула 2012. године и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1349/12, од 30. јула 2012. године.)

5) Нису испуњени законом прописани услови за одређивање притвора према осумњиченом из разлога да особите околности указују да ће осумњичени ометати поступак утицајем на сведока код чињенице да је осумњичени лишен слободе после протекла дужег времена – више од шест месеци од извршења кривичног дела и да сведок кога треба испитати у току поступка није присуствовао радњи извршења кривичног дела које се осумњиченом ставља на терет.

(Решење Вишег суда у Ваљеву Кв 83/15, од 15. маја 2015. године.)

6) Не постоје особите околности које указују да ће окривљени утицати на сведоке ако су предложени сведоци припадници полиције који треба да сведоче на околности проналаска код окривљеног оружја и опојне дроге.

(Решење Округног суда у Београду Кв 2619/03 од 17. октобра 2003. године.)

Dragan Kalaba

Deputy Higher Public Prosecutor in Čačak (retired)

POSSIBILITY OF OBSTRUCTING CRIMINAL PROCEEDINGS BY INFLUENCING WITNESSES OR ACCOMPLICES AS BASIS FOR DETENTION IN COURT PRACTICE

Summary:

In commentary the reasons for detention of culprit envisaged in article 211, paragraph 1, point 2. of the Criminal Procedure Code (circumstances indicating obstruction of proceedings by influencing witnesses, accomplices or persons conceal-

ing offenders or crime) are analyzed. Legal solutions in regard general and particular reasons and conditions for ordering detention (as measure for securing the presence of culprit) are presented through consideration of their application in cases where culprit may influence the persons either connected with the crime or having the knowledge about the circumstances surrounding the crime. The author examines the use of said legal rules by analyzing an actual case. He also presents court practice developed on the basis of provisions of the Criminal Procedure Code in that matter.

Key words: Criminal Procedure Code, detention, grounds for detention, justified suspicion, influencing witnesses, specific circumstances

UDK: 3.077.7:347.28(497.11)

Лука В. Водинелић

адвокат из Београда*

УПИС ЗАДРЖАВАЊА ПРАВА СВОЈИНЕ У РЕГИСТАР ЗАЛОГЕ

Сажетак:

Последњим изменама и допунама Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар предвиђена је могућност уписа задржавања права својине из уговора о продаји покретних ствари у Регистар заложног права на покретним стварима и правима који води Агенција за привредне регистре Републике Србије (даље: Регистар залогe). Регистар залогe је јавни регистар заложних права на стварима физичких и правних лица који представља централизовану и јединствену базу података. Од скоро, тачније од 1. јануара 2021. године, постоји могућност регистрације задржавањем права својине из уговора о продаји покретних ствари, ради обезбеђења продавчевог потраживања до исплате цене у потпуности. Упис овог уговора у Регистар залогe служи као средство обезбеђења, а уједно извод из регистра залога представља извршну исправу.

Кључне речи: задржавање права својине, уговор о продаји, упис у регистар

І. Увод

Изменама и допунама Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар¹ од 7. маја 2019. године предмет регистрације у оквиру Регистра залогe је проширен и на задржавање права својине из уговора о продаји покретних ствари са задржавањем права својине, ради обезбеђења продавчевог потраживања до исплате

* Заједничка адвокатска канцеларија Томић Синђелић Гроза, Београд.

¹ Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар – ЗЗППСУР, *Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 – др. закони и 31/2019.

цене у потпуности². Примена одредбе која уводи овај нови вид регистрованог средства обезбеђења је била одложена до 1. јануара 2021. године.

Продаја са задржавањем права својине је регулисана Законом о облигационим односима. Продавац одређене покретне ствари може посебном одредбом уговора задржати право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати цену у потпуности,³ а ризик од случајне пропасти или оштећења ствари сноси купац од часа кад му је ствар предата.⁴ Задржавање права својине има дејства према купчевим повериоцима само ако је учињено у облику јавно оверене исправе, пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари.⁵ Дакле, задржавање права својине које је уписано у Регистар залогe производи правно дејство према трећим лицима, те и према купчевим повериоцима искључиво ако је уписано у предметни регистар, пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари.⁶

Продавац је у једном таквом уговору лице које се обавезало да одређену покретну ствар прода купцу, при чему он право својине на предмету продаје задржава све док му купац не исплати купопродајну цену у целости, и то као средство обезбеђења купопродајне цене. Купац, као друга уговорна страна, је лице које се обавезало да, ради прибављања покретне ствари, продавцу исплати уговорену купопродајну цену, при чему право својине на тој ствари прелази на њега тек по исплати цене у потпуности. Тиме купац има привилегију да употребљава ствар и пре него што је платио цену у потпуности, а продавац, с друге стране, штити свој интерес у погледу сигурније могућности наплате купопродајне цене, тако што задржава право својине на ствари.

II. Правни значај

Практични правни значај овог новог уређења састоји се најпре у већој правној сигурности. Регистрацијом се омогућује јавност битних елемената уговора о продаји са задржавањем права својине. Упис у Регистар залогe, поред јавности, појачава правну сигурност трећих лица у њиховим правним односима са уговорним странама. Ако су странке

² ЗППСУР, чл. 56 ст. 2.

³ Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 540 ст. 1.

⁴ ЗОО, чл. 541.

⁵ ЗОО, чл. 540 ст. 2.

⁶ ЗППСУР, чл. 56 ст. 3.

правна лица (а и одређена физичка лица), број регистрованих задржаних права својине и висина износа из уговора о продаји са задржавањем права својине, могу уједно да олакшају и проверу бонитета.

У ситуацији релативне правне сигурности која код нас влада, нарочито у односу на привредне субјекте и њихово учестало оснивање и гашење (ликвидацијом, принудном ликвидацијом и стечајем), ова законска новина доноси предности које се састоје у појачању правне сигурности у правном саобраћају.

Такође, правни значај оваквог уређења се огледа у томе што олакшава извршење на покретним стварима. Наиме, Закон о извршењу и обезбеђењу изричито предвиђа да извод из регистра залогe јесте једна од извршних исправа,⁷ чиме парница у случају неизвршења овог уговора постаје непотребна. На извршење се примењују одредбе Закона и извршењу и обезбеђењу које важе за поступак доношења одлука, правних лекова и спровођење извршења на основу извршне исправе. Извршни поступак се, примера ради, може водити када купац није благовремено исплатио цену у потпуности, у ком случају продавац има својство извршног повериоца, а купац својство извршног дужника. Подобност извршне исправе за доношење решења о извршењу доказује се изводом из регистра залогe на основу уговора о продаји са задржавањем права својине, а доспелост потраживања се, ако је потребно, доказује на основу члана 47 Закона о извршењу и обезбеђењу. С обзиром на то да регистрација делује и према трећим лицима, поставља се питање да ли треће лице може тражити извршење против власника покретне ствари када је уговор о продаји регистрован. Када се покрене овакав извршни поступак, купац има право на приговор ако тврди да на предмету извршења има право које спречава извршење, у смислу члана 108 ЗИО. Поступак по приговору тече по одредбама ЗИО.

III. Поступак регистрације задржавања права својине

Правилником о садржини регистра заложног права на покретним стварима и правима и документацији потребној за регистрацију⁸ ближе је уређен поступак уписа задржавања права својине из уговора о продаји

⁷ Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, чл. 41. ст. 1. тач. 3.

⁸ Правилник о садржини регистра заложног права на покретним стварима и правима и документацији потребној за регистрацију – Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 71/2019 и 156/2020.

у Регистар залогe. Примена одредби које уређују наведену материју је такође била одложена до 1. јануара 2021. године.

Јасно је да предметна одредба о упису задржавања права својине у Регистар залогe⁹ као предмет уписа предвиђа „задржавање права својине”. У Правилнику се, међутим, неспретно, као скраћеница за задржавање права својине из уговора о продаји покретних ствари, користи термин „уговор о продаји”, иако сам уговор као такав, није предмет регистрације, већ је то „само” задржавање права својине.

Поступак регистрације се покреће подношењем регистрационе пријаве на одговарајућем обрасцу Агенцији за привредне регистре, са одговарајућим прилозима и документацијом. Регистрациону пријаву за упис уговора о продаји могу поднети продавац или купац. Поред основних обавезних података о подносиоцу пријаве, уговорним странама (продавцу и купцу), предмету купопродаје, у пријави се мора навести тачан износ купопродајне цене, валута и уговорени датум исплате купопродајне цене у потпуности.¹⁰

Уз регистрациону пријаву се обавезно прилаже предметни уговор о продаји. Ако продавац подноси регистрациону пријаву, неопходно је приложити и изјаву купца ствари којом он пристаје да продавац може извршити упис уговора у Регистар залогe. Наведена изјава мора бити нотарски оверена када је купац физичко лице. Неопходно је доставити и доказ о идентитету за физичко лице које је субјект уговора о продаји, ако пријаву подноси физичко лице.¹¹

Предмет купопродаје могу бити све покретне ствари. Практична разлика постоји између оних покретних ствари које имају извесну регистарску ознаку и свих осталих. Тако, предмет купопродаје могу бити покретне ствари које имају регистарску ознаку или број, као што су путничка возила, прикључна возила, пољопривредна возила, грађевинске машине и др. С друге стране, предмет купопродаје могу бити и покретне ствари које немају регистарску ознаку, као што су бела техника, пољопривредне машине и др.

Поред индивидуално одређених ствари, предмет може бити и збир покретних ствари, као и ствари одређене по врсти.

⁹ ЗППСУР, одредба чл. 56 ст. 2 гласи: „У Регистар залогe може се уписати и задржавање права својине из уговора о продаји покретних ствари са задржавањем права својине ради обезбеђења продајне цене у потпуности.”

¹⁰ Агенција за привредне регистре, Упис уговора о продаји, <https://www.apr.gov.rs/registri/zalozno-pravo/uputstva---ugovor-o-prodaji/upis-ugovora-o-prodaji.4430.html>, 21. фебруар 2021. године.

¹¹ Правилник, чл. 11.

Новина обухвата, примера ради, и уметничке предмете, драгоцености и животиње. Идентификацију покретне ствари прате одговарајући прилози уз регистрациону пријаву¹².

Измена и допунама Правилника је такође предвиђена могућност регистрације забележби везане за задржавање права својине у Регистар залогe. Могуће је уписати забележбу спора ако се води парница у вези са задржавањем права својине из уговора о продаји, предметом купо-продаје или другим односима уговорних страна која су у вези са регистрацијом. Предвиђена је и могућност уписа забележбе података о другим документима и чињеницама која су од значаја за правни промет, а односе се на регистровано задржавање права својине.

Да би задржавање права својине било избрисано из Регистра залогe,¹³ неопходно је приложити изјаву којом продавац потврђује да му је купац исплатио цену у потпуности или правноснажну одлуку суда којом се утврђује да је уговор раскинут односно поништен или други законом предвиђени документ. Овде исто важи правило да, ако је продавац физичко лице, а пријаву за брисање уговора подноси купац, изјава мора бити нотарски оверена.

Наведеним Правилником је такође предвиђена могућност попуњавања и подношења електронских пријава у Регистар залогa, која је међутим у примени тек од 1. јула 2022. године.

IV. Закључак

Ова законска новина уписа задржавања права својине у регистар залогe представља важан корак у „оживљењу” правног института задржавања права својине у нашој правној пракси. Њоме се такође појачава правна сигурност у правном промету, а нарочито побољшава ефикасност целокупне процедуре, имајући у виду то да је извод из регистра залогe извршна исправа.

Треба очекивати да ће ова значајна новина живети у пракси. Ипак, према подацима које је аутор овог текста добио непосредно од Агенције за привредне регистре, до дана предаје овог текста у штампу (23. фебруар 2021. године) није регистровано ниједно задржавање права својина по основу уговора о продаји у Регистру залогe.

¹² Агенција за привредне регистре, Обрасци – уговор о продаји, <https://www.apr.gov.rs/registri/zalozno-pravo/obrasci---ugovor-o-prodaji.4450.html>, 22. фебруар 2021. године.

¹³ Правилник, чл. 16.

Luka V. Vodinelić
attorney at law in Belgrade,
Law Office Tomić Sinđelić Groza, Belgrade

ENTRY OF TITLE RETENTION IN THE PLEDGE REGISTER

Summary:

The latest amendments to the Law on Pledge of Movable Property and Rights Registered in Register provide the possibility of registering title retention from the agreement on sale of movable property in the Register of Pledges on Movable Property and Rights, kept by the Serbian Business Registers Agency (hereinafter: The Pledge Register). The Pledge Register is a public register of pledge rights to the property of natural and legal persons, which presents a centralized and integrated database. Since recently, more precisely, since 1 January 2021, there is a possibility of registering title retention from the agreement on sale of movable property for the purpose of securing the vendor's claim until the payment of the price is made in full. The registration of this agreement in the Pledge Register serves as a security instrument.

Key words: title retention, contract of sale, entry in register

UDK: 050.8:34АДВОКАТ(049.32)

*Др Александар Ковачевић**

адвокат у Подгорици* ¹

ПРИМЕНА ПРАВА У ПРАКСИ – ОСНОВ ПРОГРАМСКЕ ОРИЈЕНТАЦИЈЕ

Приказ часописа Адвокатске коморе Црне Горе *Адвокайт*

Издавач *Адвокайт*, часописа за правну праксу и теорију и проблем људских права, је Адвокатска комора Црне Горе. Први број је објављен 1995. године и том приликом је тадашњи предсједник Коморе Светозар Поповић казао следеће:

„Пред вама је, поштоване колегинице и колеге, први број „Адвоката”. Створен је у жељи и хтјењу да не буде и задњи. Он је израз тежње свих нас да наша узвишена професија постане „виша” и боља него што је то до сада била. Она ће то и бити ако ово не остане само на жељама, него и на прегнућу и снажној вољи да нашим потомцима и младим колегама оставимо трагове и јасне назнаке пута којим смо ми ишли и трасирали га, надам се, за њих и добробит адвокатског реда”.

Часопис је од првог броја отворен за све адвокате, као и за судије, тужиоце, професоре права и друге припаднике правне професије.

* Главни и одговорни уредник часописа Адвокатске коморе Црне Горе *Адвокайт*.

Часопис је по својој садржини изразио својеврстан спој науке и праксе. По укупној тематици, високо стручном и научном обрадом појединих питања и разноврсношћу презентирани материје часопис је стекао завидан углед. До његовог појављивања у црногорској штампи нијесу запажени текстови који би били посвећени адвокатури, тј. у којима би било обрађено неко питање од интереса или значаја за адвокатуру као професију, у било ком виду. Ово важи и за стручну правничку литературу у Црној Гори, што указује на потребу издавања часописа *Адвокаат* који ће посебну пажњу посвећивати функционисању адвокатске дјелатности.

Издавач није у могућности да плаћа ауторске хонораре што утиче на број пријављених радова. Међутим, и поред тога, увјерени смо да ће досадашњи, као и будући аутори својим наредним чланцима допринијети редовном излажењу часописа.

Часопис се не пласира на комерцијалној основи, већ се бесплатно доставља адвокатима, ауторима чланака, судијама, факултетима...

Садашња програмска оријентација часописа је да се бави прије свега проблематиком из области позитивних прописа у циљу њихове правилне примјене; поред тога, часопис његује и теоретску разраду појединих правних проблема ради даљег развитака и усавршавања правног система, и то објављивањем грађе из историје права и, као најважније, окренут је практичним аспектима права, јер је превасходно намијењен људима који се баве примјеном права. Примјена права у пракси је од највеће важности, јер је за правни живот много важније оно што је учињено од оног што је желио законодавац.

У Црној Гори јуриспруденција, као наука о позитивном праву, не показује довољан интерес за проучавање и критичко оцјењивање судске праксе, што је грешка. Ниједан правни систем, ни законодавство, не може дати одговор на питање, које у конкретним случајевима дође на рјешавање пред судовима, јер је живот много инвентивнији од законодавства и општих правних правила. Због тога, судске одлуке треба коментарисати и представити их у јавности и у томе ће бити најважнији задатак часописа; притом се не оспорава потреба теоријског објашњавања појединих правних института.

Aleksandar Kovačević, PhD

attorney at law in Podgorica

editor-in chief of *Advokat*, magazine of the Bar Association of Montenegro

**APPLICATION OF LAW IN PRACTICE – BASIS OF PROGRAMME
ORIENTATION**

Review of the Magazine *Advokat* of the Bar Association of Montenegro

Summary:

In the review the short history and profile of the magazine *Advokat* (meaning: Attorney at Law) of the Bar Association of Montenegro are presented. It is underlined that the main feature of programme orientation of the magazine is application of the law in practice; however, this pattern does not mean that theoretical aspects of the law are neglected. The author presents that contributors are not only from the ranks of attorneys, but also from other legal professions (judges, prosecutors and professors at law schools).

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одобр часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове за објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

1. Текстови не би требало да буду дужи од 16 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно укупно око 29.500 знакова, фонт *Times New Roman* 12 pt.

2. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (коса слова, *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 20 редова.

4. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима (фонт 14). **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.

2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3. итд.); прво слово велико, а остала мала.

3) *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.

4) *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 ...

a) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

5. Име, презиме, академска титула и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова; у пропратној фусноти, која се означава звездицом, наводи се организација у којој је аутор запослен и звање аутора.

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:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране (без додатака попут стр., ст. и сл.); уколико се наводи име издавача, пише се пре места издања.

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.

2) **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 пре-

зиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уредник”, „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.

3) **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.

4) **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 поновољеног 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.

5) Уколико се цитира податак са исте стране из истог дела као и у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibidem*, курзивом, с тачком на крају (или реч *Истио*).

Пример: Ibid. (или: Истио.)

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али су различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid.* (или реч *Истио*), наводи се број стране и ставља тачка на крају.

Пример: (Ibid., 21. (или: Истио, 21.)

6) Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после које следи тачка. Уколико се цитира текст са више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву наведену страну наводи се „и даље” с тачком на крају.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије =
Branich : 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 cm

Тромесечно.
ISSN 0353–9644 = Бранич (1991)
COBISS.SR-ID 20883970
