UDC 347.965

ISSN (шт. изд.) 0017-0933
(online) 2683-5967

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година XCV
Књига 83

Нови Сад, јун 2023.
Број 2.

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Др Дарија Мартинов — Развој схватања о еквивалентности узајамних престација кроз правила о правичној цени од античког доба до почетка XX века / **425**

Ивана Радомировић — Сагласност за закључење уговора / **480**

Милица Ристић — *Actio familiae erciscundae* у Гортинском законику и Закону 12 таблица / **532**

Александра Стефановић — Однос кондикције и верзије у модерном праву / **575**

Радмила Драгишић — Основни принцип искрене сарадње у праву Европске уније / **611**

Мирсен Алибашић — Положај браниоца у поступку за изручење у Републици Србији / **643**

Др Хајрија Мујовић — Поглед на парнице у Covid 19 медицинским предметима. Иностранa пракса / **689**

Мирјана Млађеновић — Анализа степена правне независности Хрватске народне банке и Народне банке Републике Северне Македоније / **733**

Димитрије Ђукић — Неочекиване дискриминаторне и друге одредбе у Законику о кривичном поступку којима се крше људска права / **776**

ОСТАЛИ ПРИЛОЗИ И САОПШТЕЊА

Одабрана пракса из области грађанског права / **793**

Радован Лазић — Неколико речи о *Коментару закона о јавном тужилаштву* / **816**

Конкурс за доделу награде „Милорад Ботић” / **820**

Конкурс за доделу награде „Катарина Ленголд Маринковић” / **827**

Саопштења са седница Управног одбора Адвокатске коморе Војводине / **834**

UDC 347.965

ISSN 0017-0933
eISSN 2683-5967

GLASNIK

JOURNAL OF LEGAL THEORY AND PRACTICE
OF THE BAR ASSOCIATION OF VOJVODINA

Volume XCV

Novi Sad, June 2023
Issue 2

CONTENT

ARTICLES

Darija Martinov Ph.D. The Development of the Understanding of Equal Consideration Through the Rules of Just Price From Antiquity to the Beginning of the 20th Century / **453**

Ivana Radomirović Consent to Contract / **505**

Milica Ristić *Actio Familiae Erciscundae* in the Gortyn Law Code and the Law of the Twelve Tables / **553**

Aleksandra Stefanović The Relationship Between *Condictio* and *Version in Rem* in Modern Law / **592**

Radmila Dragišić The Basic Principle of Sincere Cooperation in the Law of the European Union / **627**

Mirsen Alibašić The Position of the Defense Counsel in Extradition Proceedings in the Republic of Serbia / **665**

Hajrija Mujović, Ph.D. A Look at the Litigation in COVID-19 Medical Cases. Foreign Case Law / **711**

Mirjana Mlađenović Analysis of the Degree of Legal Independence of the Croatian National Bank and the National Bank of the Republic of North Macedonia / **754**

Dimitrije Đukić Unexpected Discriminatory and Other Provisions in the Criminal Procedure Code That Violate Human Rights / **791**

OTHER CONTRIBUTIONS AND ANNOUNCEMENTS

Selected case law in the field of civil law / **793**

Radovan Lazić A few words on the *Commentary of the Law on the Public Prosecutor's Office* / **816**

Contest for the “Milorad Botić” award / **820**

Contest for the “Katarina Lengold Marinković” award / **827**

Announcements from the meetings of the Board of Directors of the Vojvodina Bar Association / **834**

АДВОКАТСКА КОМОРА ВОЈВОДИНЕ

Основана 1921. у Новом Саду

Указом Председништва СФРЈ бр. 64 од 12. јула 1988,
поводом 60-годишњице излажења,
ГЛАСНИК Адвокатске коморе Војводине
одликован је
Орденом заслуга за народ са сребрном звездом.

ГЛАСНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

Покренут 1. јуна 1928.

Главни и одговорни уредници

Др Коста Мајински (1928–1932), *др Никола Николић* (1933–1936), *др Василије Станковић* (1936), *др Славко М. Ћирић* (1937), *Владимир К. Хаџи* (1937–1941), *Милорад Ботић* (1952–1972), *Сава Савић* (1973–1987), *Мирослав Здјелар* (1987–1994), *Слободан Бељански* (1994–2004), *др Јанко Кубињец* (2004–2016), *Милан Караџ* (2016–2019)

Уређивачки одбор

Др Александар Тодоровић, адвокат у Новом Саду
главни и одговорни уредник

Милан Караџ, адвокат у Новом Саду, *доц. др Атила Чоколић*, адвокат у Осијеку, *Ирена Тапавички*, адвокат у Зрењанину, *Бошко Каћански*, адвокат у Новом Саду, *др Јелена Тешановић*, адвокат у Новом Саду, *Тијана Голић*, адвокат у Новом Саду

Технички уредник
Јелица Недић

Издавачки савет

Др Еникe Вег, адвокат у Новом Саду,
председник

Др Славен Бачић, адвокат у Суботици, *Мирослав Здјелар*, адвокат у Новом Саду, *Слободан Бељански*, адвокат у Новом Саду, *др Тања Вицковић Рамач*, адвокат у Новом Саду

Адреса Уредништва

21000 Нови Сад, Змај Јовина 20/I
Телефон: 021/521-235; факс: 021/529-459
e-mail: akvojvodine@gmail.com
www.glasnik.edu.rs

Рукописи се не враћају.

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година XCV **Нови Сад, јун 2023.**
Књига 83 **Број 2.**

A R T I C L E S

Ч Л А Н Ц И

CONTENT

САДРЖАЈ

Darija Martinov Ph.D.
The Development of the Understanding of Equal Consideration Through the Rules of Just Price From Antiquity to the Beginning of the 20th Century / **453–479**

Ivana Radomirović
Consent to Contract / **505–531**

Milica Ristić
Actio Familiae Erciscundae in the Gortyn Law Code and the Law of the Twelve Tables **/ 553–574**

Aleksandra Stefanović
The Relationship Between *Condictio* and *Version in Rem* in Modern Law / **592–610**

Radmila Dragišić
The Basic Principle of Sincere Cooperation in the Law of the European Union / **627–642**

Mirsen Alibašić
The Position of the Defense Counsel in Extradition Proceedings in the Republic of Serbia / **665–688**

Др Дарија Мартинов
Развој схватања о еквивалентности узајамних престација кроз правила о правичној цени од античког доба до почетка XX века / **425–452**

Ивана Радомировић
Сагласност за закључење уговора / **480–504**

Милица Ристић
Actio familiae erciscundae у Гортинском законику и Закону 12 таблица / **532–552**

Александра Стефановић
Однос кондикције и верзије у модерном праву / **575–591**

Радмила Драгишић
Основни принцип искрене сарадње у праву Европске уније/ **611–626**

Мирсен Алибашић
Положај браниоца у поступку за изручење у Републици Србији / **643–664**

Hajrija Mujović Ph.D.
A Look at the Litigation in COVID-19 Medical Cases. Foreign Case Law / **711–732**

Mirjana Mlađenović
Analysis of the Degree of Legal Independence of the Croatian National Bank and the National Bank of the Republic of North Macedonia / **754–775**

Dimitrije Đukić
Unexpected Discriminatory and Other Provisions in the Criminal Procedure Code That Violate Human Rights / **791**

Др Хајрија Мујовић
Поглед на парнице у Covid 19 медицинским предметима. Иностранa пракса / **689–710**

Мирјана Млађеновић
Анализа степена правне независности Хрватске народне банке и Народне банке Републике Северне Македоније / **733–753**

Димитрије Ђукић
Неочекиване дискриминаторне и друге одредбе у Законику о кривичном поступку којима се крше људска права / **776–791**

Оригинални научни рад
DOI: 10.5937/gakv95-41495
UDC 347.44
34(37)

Др Дарија Мартинов[*]
Универзитет Сингидунум, Нови Сад
ORCid: 0000-0001-7435-7326

РАЗВОЈ СХВАТАЊА О ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА КРОЗ ПРАВИЛА О ПРАВИЧНОЈ ЦЕНИ ОД АНТИЧКОГ ДОБА ДО ПОЧЕТКА XX ВЕКА[**]

САЖЕТАК: Настанак начела еквивалентности у уговорном праву, као и његов потоњи развој, уско је повезан са правилима о правичној цени. Приказом еволуције концепта правичне цене од античког доба, преко правила римског права, средњевековних схватања и његове примене у канонском праву до првих кодификација у XIX и XX веку, у овом раду ћемо приказати како су се мењала схватања о томе шта је правична цена, под којим условима треба да се примењује, да ли треба да се легислативно регулише и у ком обиму, као и на који начин овај правни институт осликава и штити једнакост узајамних давања у уговорном праву. Притом ћемо имати у виду испреплетаност овог института са институтом прекомерног оштећења, чија је еволуција имала утицаја на формирање концепта правичне цене какав данас познајемо.

Кључне речи: начело еквивалентости, правична цена, начело правичности, уговорно право, начело једнакости узајамних давања, прекомерно оштећење, Аристотел, римско право, средњовековно право, модерно право

---

[*] e-mail: darijamartinov@gmail.com, доцент.
[**] Рад је примљен 30. 11. 2022, а прихваћен је за објављивање 27. 1. 2023. године.

УВОД

Правичност је једна од основних идеја којом је проткано читаво облигационо право. То нарочито важи за уговорно право, те се тако може прихватити став који заступаРозенфелд (Rosenfeld), а по коме је уговор изједначен са правдом.[1]

Поштовање принципа правичности, између осталог, подразумева да у уговорном односу који није доброчине природе нико не буде оштећен, односно да оно што једна уговорна страна на основу уговора даје буде приближно једнако оном што на основу истог уговора прима. О еквивалентности узајамних престација се увек водило рачуна, јер је нееквивалентност супротна интересима појединаца, али и читавог јавног поретка.[2] Природна је у исто време тежња сваке уговорне стране да уговором добије што више у односу на свог сауговарача. Позиција уговорних страна није сасвим једнака у реалним, животним околностима, те је илузорно очекивати да и њихова уговорна давања буду у потпуности, идеално једнака. Стога такав захтев право и не поставља и постојање извесне несразмере давања уговорних страна се очекује, а у складу са тим и толерише.

Корене идеје о еквивалентности узајамних престација налазимо у идеји о правичној цени, која се развила још у античко доба.[3] Наиме, цена је битан елеменат уговора у купопродаји, који је један од најчешће закључиваних уговора.[4] Правична цена се, при томе, схватала или као израз слободно формиране сразмере између добара, или као израз регулисане сразмере између истих.[5]

---

[1] Rosenfeld, M. (1975). Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory. *Iowa Law Review*, 70 (4), 771.

[2] Ђорђевић, Ж. (1958). *Проблеми еквивалентности у облигационом праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, докторска дисертација, 41.

[3] Овај историјски период је значајан јер се развој уговорног права везује за настанак првих држава. Пре тог периода, у тзв. преддржавним заједницама, није постојало уговорно право. Чак и споразуми о миру који су склапани између појединих племена су схватани као обећања вишим силама и боговима, а не као погодба односно израз сагласности воља. Стога са настанком првих држава, настанком првих градова, те занимања попут занатства и трговине, као и вишим ступњем развоја пољопривреде и сточарства, заправо почиње развој уговорног права. Државе старог века се деле на државе западног типа (античке) и оне источног типа (азијске). С обзиром на нашу правну традицију, али и генерално већу развијеност њихових правних система тог доба, у овом раду смо се фокусирали на државе старог века које су припадале западном типу. О овим поделама и уопште уговорном праву тог доба опширније видети у: Живковић, М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора.* Београд: Правни факултет у Београду, 1–223.

[4] Јанковец, И. (1976). Трансформација цене као елемента уговора о продаји. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 218.

[5] Ђорђевић, Ж. (1958). *Op. cit.*, 35.

Наше истраживање ће се усредсредити управо на настанак и постепену еволуцију стандарда правичне цене у периоду од античког доба до раног двадесетог века. Кроз приказе ставова не само правника, већ и филозофа и мислилаца, али и кроз коментаре легислативних решења у различитим историјским периодима, приказаћемо како су се мењале идеје правичности али и једнакости узајамних давања, као и који су фактори на те промене утицали и у којој мери. Користећи методе квалитативне анализе, те различите видове тумачења, приказаћемо еволуцију концепта и правне заштите правичне цене и начинити поређење различитих етапа кроз које је овај правни стандард прошао. Закључак ће представити сумаризацију нашег истраживања и предвиђање даљег развоја овог института.

ПРАВИЧНА ЦЕНА У УГОВОРНОМ ПРАВУ АНТИЧКЕ ГРЧКЕ – АРИСТОТЕЛОВА СХВАТАЊА

У уговорном праву античке Грчке најразвијеније је било право атинског полиса, за које је карактеристично давање мањег значаја форми закључивања уговора и стављање акцента на сагласност воља.[6]

О проблематици еквиваленције у пословним односима писао је Аристотел већ у IV веку пре нове ере. Он је сматрао да стране у пословном промету морају бити једнаке а да таква треба да буду и њихова давања. Као одговор на питање шта се сматра једнакошћу, објашњавао је да

> „...ако се једна целина дели између двојице, онда се за сваког од њих каже да је добио свој део ако је добио тачно половину. Једнако је пак, по аритметичкој пропорцији, средина између превеликог и премалог.“[7]

Другим речима, требало је водити рачуна да се нико не богати на рачун другог.[8] Овакво поступање је по Аристотелу једино правично.

О повезаности између једнакости и правичности, у делу *Никомахова етика* Аристотел наводи да „праведно које се јавља у пословним односима значи неку једнакост, а неправедно повреду једнакости“, те да

> „...у свим оним случајевима где нико није добио ни мање ни више него тачно колико заслужује, каже се да је свако добио своје и да нико није на добитку ни на штети. Праведно у пословним односима који почивају на

[6] Живковић, М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора.* Београд: Правни факултет у Београду, 18.

[7] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 200.

[8] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1589.

слободној вољи јесте, према томе, средина између добитка и губитка, а та средина састоји се у томе да се после има исто колико се имало и пре.“[9]

Могли бисмо закључити да је још тада код њега постојала свест о уској вези једнакости узајамних давања и поступања у складу са правдом и правичношћу.

Вредно је пажње Аристотелово схватање по ком, у овом контексту, и субјективни однос сауговарача приликом уговарања цене има велики значај. Он налази да јесте неправично уколико једна страна искористи неспособност расуђивање друге, уколико је превари, доведе у заблуду или на други начин против њене воље оштети, али да се не може сматрати неправдом када једна уговорна страна свесно и вољно пристане да за своју престацију добије мање од њене вредности, односно цене.[10] У складу са наведеним, јасно је да је Аристотел правичну цену посматрао као израз слободне размене добара.[11]

У *Никомаховој етици* се Аристотелова теорија о еквиваленцији даље надграђује, те се прецизира да

„...овде закон пази само на разлику у причињеној штети, а лица посматра као једнака – важно је само да се утврди да један неправду трпи а други да је наноси, да је један оштетио а да је други на штети...“[12]

Такође, помиње се и улога суда, који треба да успостави начело еквиваленције уколико је оно у пословном односу било нарушено:

„Судија настоји да такву неправедност која се оглушује о једнакост изједначи... Судија поново успоставља једнакост као кад би од већег дела дужи пресечене на једнаке делове одузео онолико за колико је тај део већи од половине и додао га мањем делу.“[13]

---

[9] Aristotle, (1999). *Nithomachean ethics*. (Irwin, T. – prev.). Indianapolis, Cambridge: Hackett Publishing Company, 71.

[10] Своје схватање Аристотел илуструје примером: „Али ако неко своју сопственост да другоме онако како каже да је Глауко дао своју опрему Диомеду: злато за туч и вредност од сто волова према девет, онда он тиме не доживљава никакву неправду. Од њега је зависило да ли ће да даје; подношење неправде, међутим, не зависи од њега, него мора да постоји неко ко неправду врши.“ Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 201.

[11] За разлику од Аристотела, Платон се сматра изворним идеологом законске цене. – Ђорђевић, Ж. (1958). *Проблеми еквиваленшносши у облиīационом праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, докторска дисертација, 35.

[12] Сич, М. (2006). *Op. cit.*, 200.

[13] *Ibid*., 200.

Јасно је да, поред инсистирања на једнакости престација уговорних страна, Аристотел инсистира и на правичности самог уговорног односа. Стога се ове идеје у суштини могу посматрати као идеје о комутативној правди.[14]

У *Реторици* се пак наглашава да је судија дужан да дели правду, те, према томе, не треба да се слепо држи слова уговора, већ да суди „по свом најбољем разумевању“ и гледа да пресуди што је могуће праведније.[15] Аналогним тумачењем, могао би се бранити став по коме уколико поједине уговорне одредбе нарушавају правичност истог, улога је суда да својим тумачењем тај уговор уподоби наведеном начелу.

Упркос великом значају његовог рада, поједини аутори замерају Аристотелу недовољну флексибилност када је реч о одређивању правичне цене – наиме, он није узимао у обзир промењивост околности и осцилације на тржишту, већ је држао да је цена одређене ствари непромењива и фиксна. Такође, није улазио у то шта одређује новчану вредност ствари.[16] Тако Аристотел и његови следбеници нису анализирали потражњу, понуду и трошак производње као одвојене аспекте којим се успоставља еквилибријум који одређује тржишну цену, дајући истовремено превелик значај појединачној процени.[17]

Упркос овим критикама, значај Аристотелових разматрања ове теме је непобитан, јер је он у својим делима покушао да проникне у суштину једнакости узајамних давања, дајући одговоре на питања каква се поступања странака сматрају праведним када је реч о уговарању висине узајамних престација, те који вид понашања при томе није допуштен, као и која је улога суда у очувању принципа еквивалентности и правичности у уговорном праву. Његова, као и разматрања његових ученика, имала су велики утицај на касније текстове (пре свега римских правника) и представљала су прво јасно исказивање тога да давања узајамних страна треба да буду колико је то могуће једнака, а цена у уговору у купопродаји правична.[18]

---

[14] Аличић, С. (2020). Just price and laesio enormis in Civil law and Islamic law у: *Увод у шеријатско право – Introduction to sharia law*. (Чоловић, В., Манић, С. – уред.). Београд: Институт за упоредно право, 133.

[15] Aristotle, (1909). *The Rhetorics of Aristotle* (Claverhouse Jebb, R. – prev.). Cambridge: Cambridge University Press, 5.

[16] *Ibid.,* 200.

[17] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1607–1608.

[18] Аличић, С. (2020). *Op. cit.*, 133.

ЕКВИВАЛЕНЦИЈА УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА И ПРАВИЧНА ЦЕНА У РИМСКОМ ПРАВУ

Римско право је најзначајније и најразвијеније право античког доба.[19] Правни системи континенталног типа се у великој мери ослањају управо на темеље који су постављени у римском праву, из ког потиче велики број правних института, нарочито када је реч о уговорном праву. Када је реч о правним системима англосаксонског типа, неспорно је да и они имају исте корене, о чему сведочи, између осталог, њихов казуизам. Међутим, за разлику од континенталних правних система који су вековима одржавали континуитет са римском правном традицијом, у англосаксонским правним системима дошло је до дисконтинуитета са римским правним наслеђем још током XIII века.[20]

Идеје о начелу једнакости и са њим повезани стандард правичне цене су са једног општег, филозофског плана, у доба античког Рима добиле своје место на правном плану, односно постали су значајни концепти римског права.

Схватања о једнакости узајамних давања у периоду републике

Након периода Краљевства у коме је право било прилично неразвијено, у периоду Републике (чији почетак се везује за VI век пре нове ере) долази до крупних промена, које су биле последица како економског, тако и територијалног, а и културног развоја античке римске државе.[21]

Грчки филозофи су извршили известан утицај на римско право у периоду Републике, те се тако перегрински претор, који је решавао спорове између римских грађана и перегрина (странаца), приликом доношења одлука руководио начелом савесности и поштења, нарочито уколико је спор настао у вези са пословним односима. Временом су се овим принципом почели руководити и градски претори.[22]

О једнакости узајамних престација се водило рачуна пре свега када је реч о уговорима о купопродаји, кроз правила о правичној цени. О томе

[19] Живковић, М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*. Београд: Правни факултет у Београду, 19.

[20] Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет, 41.

[21] Живковић, М. (2006). *Op. cit.*, 19.

[22] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 202.

сведоче и различите јавно-правне мере контроле цена, којим се спречавало да се сиромашном становништву наметну превисоке и неправичне цене за поједине нужне намирнице, попут жита.[23]

Другим речима, постојала су појединачна правила којим су регулисани неки аспекти начела једнакости међусобних давања странака, али не и правно уређено начело и његови институти. Исто важи за правичну цену, која је била прихваћена као нешто чему се тежи, али није постојала као конкретан, разрађен правни институт.

Схватања о једнакости узајамних давања у периоду принципата

Класични правници су сматрали да је правична она цена коју одреди тржиште. Према њиховом схватању, тржишна цена није свуда и у свако време иста, већ зависи од читавог низа околности. Када је реч о правичној цени, поједини правни теоретичари, попут Помпонија, изражавали су своје слагање с Аристотеловим мишљењем по ком није правично да се једна уговорна страна обогати на рачун друге.[24] Међутим, у складу са либералистичким духом тадашњег римског права ипак је преовладавало схватање да странкама треба дозволити да саме одреде цену своје престације. Тако у римским изворима из тог доба наилазимо на захтев да цена буде изражена у новцу, сигурна и стварна (реална, односно озбиљно промишљена), али нема помена о томе да она мора бити и правична.[25]

Другим речима, у периоду принципата је уговор при чијем је закључивању једна од уговорних страна успела да искористи погодности тржишта и за своју престацију постигне вишу цену био сасвим валидан.[26] Ово правило је заступљено и у Дигестама, где се у једном тексту истакнутог римског правника Паула наводи да је код уговора о купопродаји, дозвољено вреднију ствар купити за мањи износ или продати мање

[23] Тако Ливије спомиње едиле који су већ у 3. веку пре нове ере за циљ имали да спрече подизање цене жита, а Јакаб тврди да су такве мере доношене и у току периода Републике. Такође, постоје подаци о јавноправним забранама тзв. житних картела у класичном периоду римског права. – Милошевић, Љ. (1957). *О зеленашком уговору*. Београд: докторска дисертација, 15.

[24] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 203.

[25] Belaj, V. (2002). Geneza cijene kod ugovora o prodaji. *Pravni vjesnik*, 3–4, 11.

[26] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 323.

вредну ствар за вишу цену, те да би исту логику требало применити и на уговор о закупу.[27]

Стога су у класичном периоду врло ретки изричити захтеви за еквиваленцијом престација уговорних страна.[28] Ипак, било би погрешно закључити да је аутономија воље приликом одређивања цене била апсолутна.[29] Ограничења су постојала како моралне, тако и правне природе.

Када је реч о моралним границама, кључну улогу је имао *pater familias*, који је, поред тога што је пословао у интересу своје породице, морао да води рачуна и о интересима других припадника своје заједнице, нарочито оних који су се налазили у економски лошијем положају.[30] Међутим, у другој половини периода Републике, када је трговина почела да се развија рапидно и преко Медитерана, улога *pater familias-а* у овом погледу је почела да слаби.[31]

Правне границе слободног уговарања цене, односно вредности престације су постављене активношћу претора. Наиме, поступци уговорних страна су морали бити у оквиру савесних и поштених односа[32] а да ли је то случај ценило се према објективним мерилима у складу са тадашњим схватањима промета.

Важно је напоменути да је у овом периоду, према схватањима класичних правника, граница између коришћења погодне тржишне ситуације и несавесног и непоштеног поступања била постављена прилично високо.[33] Како смо већ поменули, сматрало се сасвим очекиваним и

[27] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 204.

[28] Један пример таквог захтева били су случајеви решавања сувласничких односа. Чак и у класичном периоду захтевало се да се води рачуна о једнакости сувласничких делова при деоби. Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 323.

[29] Пошто ћемо аутономију воље мало детаљније анализирати касније, овде ћемо само напоменути да када су норме закона диспозитивне, уговорне стране могу да уреде своје односе по свом нахођењу. Не само то, имају право да слободно одлуче да ли ће уопште ступити у уговорни однос. Стога права и обавезе који су њиме споразумно уређени одражавају вољу самих уговорних страна, које такође имају слободу да одлуче да ли ће вршити своја овлашћења на основу уговора, и ако је одговор потврдан на који начин и у којем обиму. Границе слободе уговарања представљају границе принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет, 122–123.

[30] Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[31] Сич, М. (2006). *Op. cit.*, 204.

[32] Van den Bergh, R. (2012). *Op. cit.*, 41.

[33] Тако је Цицерон сматрао да трговци који су у изгладнели Родос први довезли жито из Александрије и продали га скупље, не обавестивши становништво да ће

оправданим да једна уговорна страна покуша да приликом закључивања уговора постигне што већи добитак у односу на другу уговорну страну, и све док је њено поступање било у складу са *bona fides*, римско право у периоду принципата није ограничавало слободу уговорне стране да одреди цену за своју престацију.[34] Стога су римски правници овог доба разликовали правичну цену (*iustum pretium*) од реалне, озбиљне цене (*pretium verum*) која је била резултат преговора у којим обе уговорне стране желе да постигну што већу добит, а чије је постојање заправо било услов пуноважности уговора.[35]

Изузетак од наведеног правила су биле основне животне намирнице попут брашна, чију су максималну цену императори повремено одређивали декретима, како би спречили злоупотребе.[36] Међутим, чини се да је успех наведених мера био половичан, упркос строгим прописаним казнама за њихово кршење.

Поред наведених правила, о поштовању начела савесности и поштења водило се рачуна кроз правила о манама воље, чије је постојање чинило уговор рушљивим. Уколико прихватимо субјективну концепцију лезије, по којој је она заснована на мани воље, могло би се прихватити гледиште по којем су ова правила била темељ каснијег развоја овог института. Зачетак начела еквиваленције може се међутим недвосмислено видети у томе што је у овом периоду правно санкционисано и прикривање физичких мана ствари.[37]

Уз то, ако је лице које је у време закључења уговора било млађе од 25 година склопило уговор у коме постоји знатна несразмера између вредности ствари и цене, могло је да тражи повраћај у пређашње стање. Исто је важило и за лице које је имало преко 25 година у време закључења уговора, али није имало одговарајућу дозволу претора или управника провинције да исти склопи. Под одређеним условима, право да захтевају

ускоро доћи и други бродови са житом, са правног гледишта нису начинили превару, већ су искористили погодности тржишта. Несразмеру између стварне вредности њихове престације и противпрестације коју су за исту добили, овај велики филозоф и правник није сматрао правнорелевантном. Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 205.

[34] Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[35] Аличић, С. (2020). Just price and laesio enormis in Civil law and Islamic law у: *Увод у шеријатско право – Introduction to sharia law*. (Чоловић, В., Манић, С. – уред.). Београд: Институт за упоредно право, 133–134.

[36] Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina*, 1 (1), 424.

[37] Сич, М. (2006). *Op. cit.*, 205.

да се уговор раскине због несразмере међусобних престација имале су и жене.[38] Могло би се аргументовати да је и овде реч о зачетку идеје забране зеленашких уговора, као таквих правних послова код којих се користи неискуство, лакомисленост, слабост или нужда друге уговорне стране како би се стекла прекомерна имовинска корист.

Такође, у овим правилима се први пут недвосмислено помиње знатна несразмера између узајамних давања као један од основа поништаја уговора. Јасно је да није било довољно да је уговор закључило лице које се сматрало неискусним, лакомисленим или коме је недостајала одговарајућа дозвола надлежног лица, већ је било потребно да уговорена цена знатно одступа од вредности ствари.[39] Другим речима, мања одступања од еквивалентности престација су се и у овим случајевима сматрала допуштеним, што је, како смо навели, случај и у савременом праву.

Схватања о једнакости узајамних давања у периоду домината

За период домината су карактеристични зачеци нових друштвених односа, који су се косили са постојећом регулативом.[40] Стога је у посткласичном периоду, као последица велике економске кризе у комбинацији са другим факторима,[41] привредни либерализам све више бивао ограничен интервенцијама државе. То се између осталог одразило и на слободу уговарања и одређивања цене код уговора о купопродаји.[42]

[38] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 205.

[39] Аличић, С. (2020). Just price and laesio enormis in Civil law and Islamic law у: *Увод у шеријатско право – Introduction to sharia law*. (Чоловић, В., Манић, С. – уред.). Београд: Институт за упоредно право, 134.

[40] Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет, 42.

[41] Иако је економска криза која је узела замах почетком III века нове ере била најважнији фактор који је допринео државном интервенционизму, она није била његов једини узрочник. Томе су допринеле и лоше пољопривредне праксе које су довеле до осиромашења земљишта, те недостатак радне снаге у пољопривреди. Не треба занемарити ни то да су ситни поседници с муком успевали да преживе и да је све већи број био приморан да прода земљу у бесцење. Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[42] Један од главних чинилаца који су отежавали одређивање правичне цене код ових уговора била је инфлација. – *Ibidem*.

Диоклецијан је 301. године својим чувеним едиктом *De pretiis rerum venalium* одредио највише дозвољене цене основних производа и услуга.[43] Циљ доношења овог едикта био је да се заштите сиромаси и војници од похлепних трговаца и њихових манипулација тржиштем.[44] Премда је за његово кршење била предвиђена најстрожа, смртна казна, у пракси није дао велике резултате. Слични едикти, којим су пре свега ограничаване цене основних намирница, доношени су и касније.[45]

Један део аутора сматра да су у Диоклецијаново време, нешто пре доношења наведеног декрета, такође уведена прва правила о прекомерном оштећењу. Управо се декрет *De pretiis rerum venalium* у једном делу правне теорије сматра као потврда те тврдње, јер се њиме изражава Диоклецијанова решеност да занемари правне стандарде који су доминирали у ранијим периодима римске правне историје, како би се пружила већа заштита осиромашеном становништву.[46]

Диоклецијану се приписују и одредбе по којима се деоба између сувласника која није извршена у доброј вери могла кориговати без прибегавања реституцији (која се обично примењује у случају кршења начела савесности). У иностраној правној теорији се сматра врло вероватним да је разлог за овакво законско правило то што у овом случају није реч о уобичајеној размени престација. Наиме, код деобе се уместо погађања око висине узајамних давања тежи подели неке ствари на делове једнаке вредности.[47]

Међутим, наведена правила су важила само уколико је нееквивалентност при деоби била узрокована свесно и малициозно. Ако је пак она последица грешке, ма колико та грешка озбиљна била, узимало се да су уговорне стране везане таквим уговором јер су се обавезале да прихвате арбитрову одлуку и сложиле су се при његовом избору. Међутим, и у потоњем случају странке су могле захтевати поништај уговора и реституцију ако је према арбитровој одлуци диспропорција престација таква да се не може сматрати „одлуком разумног човека, осим уколико он није

[43] Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 42.

[44] У уводном делу едикта Диоклецијан констатује да поједини бескрупулозни грађани нису научили лекцију у време кад ова област није била регулисана, те да се њиховој похлепи и жељи за профитом није могло стати на други начин. Он објашњава да је „забринутост за целокупно друштво" била мотиватор његове легислативне активности. Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina,* 424.

[45] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 206.

[46] Stanković, E. (2010). *Op. cit.,* 425.

[47] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 324.

начинио енормно велику грешку“.[48] У том случају је оштећеној страни било стављено на располагање више тужби, у зависности од околности конкретног случаја.

У петом веку је римски цар Зенон отишао корак даље од својих претходника, забранивши све врсте удруживања и споразума о томе да се одређени артикли не пусте у промет по цени нижој од договорене, као и све врсте монопола. Такве одредбе су у теорији окарактерисане као „битно ограничење аутономије воље странака приликом уговарања цене уопште“[49]. Њихова суштина је била у томе да се спречи да једна уговорна страна наметне другој несразмерно високу цену одређене робе, користећи свој повлашћен положај на тржишту.

Када је реч о сразмери узајамних давања, важно је напоменути да је у постклaсичном периоду прављена разлика између уговора у којим је заступљен „општи интерес царства“ и оних између приватних лица.[50] Док се за прву групу уговора захтевало да цена буде правична и да постоји сразмерност узајамних престација, за уговоре између приватних лица је и даље важило правило о слободном одређивању цене у складу са начелом савесности и поштења. Међутим, та граница је у постклaсичном периоду много строже постављена, те је поред оног што је било санкционисано у класичном периоду, у периоду домината забрањен и сваки вид махинација.[51]

Занимљиво је да су правила о правичној цени била примењивана само уколико је продавац продао ствар по вишој цени него што она заправо вреди. Један од најранијих аката којим је регулисан обрнут случај, када је ствар продата испод вредности, била је Константинова конституција из 319. године. Том конституцијом је било предвиђено да се такав уговор о купопродаји не може побијати уколико приликом његовог закључивања није дошло ни до преваре, ни до принуде, „нити се може, једино због жаљења ниже цене, уговор сачињен без икаквог нехата, путем спора пореметити.“[52]

---

[48] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 325.

[49] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 206.

[50] Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет, 42.

[51] Диоклецијан је тако забранио трговачку шпекулацију у виду откупљивања робе по нижој цени и превожења у друге провинције како би се продала скупље. Оваква пракса је у класичном периоду сматрана дозвољеним коришћењем погодности тржишта. *Ibid*.

[52] Сич, М. (2006). *Op. cit.*, 208.

Конституција коју су издали Грацијан, Валентијан и Теодосије 383. године није допуштала раскид уговора којим је ствар продата испод вредности јер се продавац налазио у заблуди, с образложењем да је његова обавеза била да зна праву вредност оног чиме тргује.[53]

Једна од последица коначне поделе Римског царства на Западно и Источно, до које је дошло 395. године, било је и то што правни систем више није био јединствен.[54]

Ни Теодосијев кодекс из 439. године,[55] који је представљао званичну збирку императорских констатација донету за време императора Теодосија Другог,[56] као ни Јустинијанова кодификација на којој је рад завршен 534. године, нису успели да поново успоставе правно јединство на територији читавог некадашњег Римског царства.

Већ крајем петог века нове ере Западно римско царство је било под влашћу варварских племена, углавном германских. На тим територијама варвари су живели по својим племенским законима, док су се на Римљане и уопште староседелачко становништво примењивале одредбе римског права.[57]

Такође је приметно да у једном од првих варварских законика, Алариковом Бревијару из 506. године[58] није преузета ниједна норма којом

[53] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 209.

[54] Извесна подељеност у правним системима је постојала и пре званичне поделе царства на два дела. У том конктексту М. Сич наглашава да је упитно да ли се и Диоклецијанов едикт о максимирању цена примењивао на територији која ће касније припасти Западном римском царству, иако до поделе у то време још није званично дошло. Сич, М. (2006). *Op. cit.*, 208.

[55] У питању је, како смо навели, законик који је донет у име Теодосија Другог, владара Источног римског царства и Валентијана Трећег, који је владао Западним римским царством. У литератури се, међутим, истиче да је законик Теодосијево дело док је од Валентијана само формално тражена сагласност. Идеја је била да се његовим доношењем поново успостави јединство правног система на читавој територији некадашњег Римског царства. Теодосијев кодекс је садржао преко 2.500 правних прописа издатих од Константина I до Теодосија II, на латинском језику, подељених у 16 књига. Ова правна кодификација је била примењивана у источном делу царства до Јустинијановог времена, а у западном до XII века. Такође, Теодосијев кодекс је био узор приликом стварања појединих варварских законика у шестом веку нове ере. Фејеш Сич, М. (1989). Разлог доношења Теодосијевог кодекса. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1–3, 183.

[56] Богојевић Глушчевић, Н. (1997). *Извори за римско облигационо право*. Подгорица: Унирекс, 19

[57] Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 35.

[58] У питању је варварски зборник римског права који је настао у тзв. Толозатској краљевини Визигота. Састављен је по налогу визиготског краља Аларика II

се регулисало питање цене у уговорима о купопродаји. Разлог је вероватно била недовољна развијеност привреде у то доба, за чије потребе су наведена правила била сувише комплексна и напредна.

У каснијим варварским зборницима прихваћено је правило по ком се уговор не може побијати јер је ствар продата за нижу цену. Тиме се желело спречити да у време тешке економске ситуације и високе инфлације захтеви за раскид уговора по овом основу постану масовна појава. Изузетак су били случајеви када је нижа уговорена цена резултат принуде или преваре. Такође, кад је била реч о интересима државе, и даље је на снази био изричит захтев да цена буде правична и да гласи онолико колико ствар заправо вреди.[59]

Како смо показали, период домината није био јединствен кад је реч о правилима о правичној цени и једнакости узајамних давања, али начињени су неки важни кораци ка даљем обликовању и разради ових правних института.

Одредбе којима се штити једнакост узајамних давања у Јустинијановом кодексу

За развој начела једнакости узајамног давања много је значајнији био даљи развој догађаја на правном пољу у Источном римском царству. Наиме, након пропасти Западног римског царства и у источном делу је постало јасно да је постојећа правна регулатива превише гломазна, недовољно уједначена, несистематична и недовољно ефикасна. Стога је било нужно да се одаберу она правна правила која најбоље осликавају римску правну традицију, али такође могу да се прилагоде друштвеним дешавањима и прогресу, те да се обједине у кодификацији.[60]

тридесетак година након што су се Визиготи дефинитивно одвојили од римске власти. Проглашен је 506. године у Тулузу под званичним називом *Leges atque (sive) species isuris de Theodosiano vel et diversislibris electae*. У историји је, међутим, овај варварски зборник остао познат под називима Бревијар или пак *Lex Romana Visigothorum*. Овај законик је био својеврсна компилација раније важећих римских закона и проглаcа, при чему је посебан акценат, што се види и из самог његовог званичног назива, био стављен на већ поменути Теодосијев законик. Његова примена је била ограничена на Римљане и остале староседелачке групе, док се на Готе примењивао зборник готског права под називом *Codex Euricianus* из 475. године. Фејеш Сич, М. (1984). Lex Romana Visigothorum. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 151.

[59] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 209–210.

[60] Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет, 43.

Због тога је настао чувени Јустинијанов кодекс, који је послужио као основ за стварање опште теорије уговора и поделу уговорних елемената.[61] Циљ доношења овог кодекса је био да обнови римско право и успостави јединствен правни систем на територији читаве државе. Резултат су била четири дела која заједно чине *Corpus iuris civilis*.[62] Јустинијанов зборник као кодификација целокупног дотада насталог римског права био је од немерљивог значаја не само као нека врста правног уџбеника и водича за практичаре, већ и за каснију рецепцију римског права која је омогућила његово оживљавање и инкорпорацију у бројне правне системе данашњице,[63] међу којима се немачки издваја по значају.[64]

Тако у Јустинијановом кодексу наилазимо на две спорне одредбе, које се приписују царевима Диоклецијану и Максимилијану.

Прва наводно потиче из 285. године и односи се на појединачан случај. Наиме, решавајући случај једног грађанина по имену Аурелио Лупо, чији је отац продао земљиште по нижој цени од његове вредности, Диоклецијан је сматрао да се настала ситуација може решити или тако што би Аурелиу Лупу купац на основу судске одлуке вратио земљиште, или тако што би му доплатио разлику до праве вредности продате непокретности. Текст одредбе гласи овако:

> „Ако си ти или твој отац продао ствар веће вредности за нижу цену, људски је да или вратиш купцу новац који ти је дао за продато земљиште на основу одлуке судије или, ако купац тако жели, да примиш разлику у новцу до правичне цене.“[65]

Ситуација би била класичан пример реституције, да није једне реченице која је управо и предмет нашег интересовања: „Цена се сматра малом онда када није исплаћена ни половина праве вредности.“[66]

Наведена одредба је вишеструко значајна. Пре свега, њоме је уведено ново правило, по ком се уговор може и одржати на снази уколико се доплати разлика до правичне вредности престације.[67] Један део правне

[61] Живковић, М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*. Београд: Правни факултет у Београду, 20.

[62] Богојевић Глушчевић, Н. (1997). *Извори за римско облигационо право*. Подгорица: Унирекс, 19–20.

[63] Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 36.

[64] Богојевић Глушчевић, Н. (1997). *Op. cit.*, 20.

[65] Squillante, A. M. (1969–1970). Unconscionability: French, German, Anglo-American Application. *Albany Law Review*, 299.

[66] Богојевић Глушчевић, Н. (1997). *Op. cit.*, 273

[67] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 16.

теорије, на челу са Сирксом, сматра да је управо због тога наведена одредба нашла своје место у Јустинијановом кодексу.[68]

Оно што ову одредбу чини још значајнијом јесте што би у њој, уколико није претрпела измене од стране Јустинијанових компилатора, по први пут у правној историји био децидно поменут институт „оштећења преко половине" као разлог за раскид уговора.

Разлог за такво одступање од дотада неприкосновеног становишта о слободи уговарања, сматра део теоретичара, могла је бити изузетност економских потешкоћа у којим би се нашао продавац ако би био обавезан да испуни уговор тако како гласи, а због изузетно велике несразмере узајамних давања.[69]

Један део аутора подржава тезу да је Диоклецијан био понукан да донесе овакву одлуку због социјалних и политичких прилика тог времена, те велике моћи крупних земљопоседника, тзв. *potentiores*[70] који су за ситне новце куповали имања од осиромашених власника мањих земљишних поседа. Овај аутор још један доказ аутентичности наведене одредбе види у томе што се од 14 одлука из Јустинијановог кодекса које се приписују Диоклецијану, чак седам односи на решавање захтева сељака и ситних земљопоседника који су тражили његову правну заштиту након што су били приморани да продају своје поседе за цену која је много испод њихове реалне вредности. Према мишљењу истог аутора, доктрину о прекомерном оштећењу треба посматрати као једну у низу Диоклецијалнових економских и политичких мера предузетих са циљем стабилизације римског друштва.[71]

С обзиром на то да је он генерално водио једну интервенционистичку политику, те да је административним мерама регулисао цене намирница, што је већ представљало снажно задирање у слободу уговарања, Е. Станковић износи став да нема ничег необичног у томе што је Диоклецијан, присиљен економском кризом, одступио од правног принципа *pacta sunt servanda* у појединим, прецизно одређеним случајевима, те закључује:

---

[68] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 210.

[69] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 16.

[70] Monnier, H. (1900). Études De Droit Byzantin: Méditation Sur La Constitution Ἑκατερωι Et Le „Jus Poenitendi", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, 24 (1), 37 и Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina,* 425.

[71] Stanković, E. (2010). *Op. cit.,* 425–426.

„Иако се Диоклецијан борио да сачува старо царство и његове старе вредности, реалност га је присилила да се прилагоди новим околностима, да напусти стара правила и усвоји нове принципе, као што је *laesio enormis*.“[72]

Ј. Хакелбек је пак мишљења да намера римског императора није била да на овај начин успостави генерално правило о томе да уговорна давања морају бити макар приближно једнака, већ се доима да је циљ ове одредбе био да пружи могућност за оне најугроженије да своја права остваре правним путем, уколико је несразмера између оног колико њихово земљиште вреди и оног што су за њега примили преко границе коју је Диоклецијан поставио.[73]

Међутим, иако није немогуће замислити да је Диоклецијан у конкретном случају одступио од правила класичног римског права по ком није дозвољено тражити раскид уговора само из разлога што је ствар продата испод вредности, у теорији преовладава схватање да је спорна одредба ипак део каснијих кодификатора.[74]

Аутори који сматрају да је одредба аутентична у одбрани свог схватања, постављају врло једноставно питање: због чега би се Јустинијанови компилатори одлучили да један тако значајан правни новитет уметну у једну тако баналну одредбу, која није ни на који начин посебно издвојена и утапа се у мору других одредби кодекса? Чини се нелогичним да би Јустинијан препустио заслуге за развој института лезије свом паганском претходнику.

Према поборницима става да је реч о интерполацији, одговор на ово питање се сам намеће: Диоклецијан је сасвим извесно дозволио повраћај у пређашње стање, односно измену првобитног уговора, али су Јустинијанови компилатори изменили услове који су за то у оригиналној верзији постављени.

Заступници ове теорије истичу да је интерполација видна, *inter alia*, и по томе што се у тексту час говори о купцу (у једнини) а час о купцима (у множини), те да се глагол „примити“ на више места понавља без потребе (што указује на то да је текст мењан и преправљан), као и да је

[72] Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina,* 427.

[73] Одредба којом се штити продавац земље од експлоатације је такође у складу са правилом из Дигеста по коме „у случају сумње, треба пресудити самилосније“. Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 42.

[74] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 322.

математички тест за сразмерност вредности престација атипичан за Диоклецијаново законодавство.[75]

Поред тога, чини се да први део текста наводи на то да ће бити одбијен захтев за изменом уговора који се заснива искључиво и једино на неадекватности цене. Надаље, употребљени израз „ти или твој отац" могао би указивати на то да основ жалбе лежи у личном односу између уговорних страна, на основу чега поједини аутори сматрају да је првобитни смисао ове одредбе био одбијајући јер је право на измену уговора престало када је умро продавац који је са купцем био у тој специјалној вези.[76]

Такође, не искључује се могућност да је предметна земља продата *potentiores*, моћницима латифундистима који су од ситних поседника куповали имања испод цене, што се и у Диоклецијаново време сматрало неморалним.[77] Уколико се прихвати ово објашњење[78], јасно је због чега каснији хришћански цареви нису прихватали општу примену доктрине о прекомерном оштећењу, већ су сматрали да је поништај уговора дозвољен у случају принуде или преваре, са правном последицом у виду реституције. Из овог разлога у страној теорији преовлађује став да Јустинијанова интерполација почиње у оном делу текста у ком се купцу нуди могућност да одржи уговор на снази тако што ће извршити доплату до правичне цене купљеног добра. Та могућност у складу са тадашњим правним схватањима не би постојала у случају да је над продавцем извршена принуда, или да је био преварен.[79]

На основу текста одредбе је јасно да су Јустинијанови кодификатори претпоставили невиност купца, не улазећи у његове мотиве. Опредељење за математички тест сразмере оштећења се у теорији обично образлаже тиме што се компилаторима тај тест вероватно чинио најједноставнијим за примену.[80]

---

[75] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 325.

[76] *Ibid*., 326.

[77] То није био случај само са Диоклецијаном – у постклaсичном периоду су бројни примери царева који су покушавали да заштите економски ослабљене грађане од моћника названих potentiores. Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 42.

[78] Један део правне теорије на челу са Халебеком оспорава ово објашњење, сматрајући га недовољно уверљивим. Hallebeek, J. (2015) Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 16.

[79] Thayer, J. B. (1937). *Op. cit.*, 326.

[80] Након што је ово правило уведено Јустинијановим кодексом, извршена је ревизија Теодосијевог кодекса на тај начин што су оне његове одредбе супротне

Поставља се питање да ли је на овај начин конституисано опште правило, које је важило за све врсте уговора. На основу текста одредбе намеће се закључак да је примена овог института била ограничена на уговор о купопродаји земље,[81] и то само у корист продавца.[82]

Следећа, једнако спорна одредба наводно потиче из истог периода и упућена је од стране Диоклецијана и Максимилијана поново приватном лицу, овога пута извесном Аурелију Еводији. Она почиње понављањем раније успостављених правила по којим је код уговора о купопродаји реституција дозвољена у случају преваре или принуде. Међутим, на то правило се наставља правило из класичног римског права по ком се не може захтевати раскид уговора само на основу тога што је уговорена цена прениска:

> „Међутим, само то да се позиваш на мало[83] мању продајну цену земље, недовољно је за раскид куповине...“,

а одредба се завршава трећим, новоуведеним правилом:

> „...изузев ако је дато мање од половине правичне цене коју је ствар имала у време продаје, избором купца да ће да испуни, уговор ипак може да се сачува.“[84]

Како је сама одредба прилично неспретно формулисана и некохерентна, при чему је један део образложења чак потпуно супротан доктрини прекомерног оштећења,[85] намеће се закључак да је она настала на тај начин што су је Јустинијанови компилатори саставили од више различитих норми, не водећи превише рачуна о томе да их интегришу у једну целину.[86] До истог закључка наводи и чињеница да се у римском праву насталом у периоду непосредно након владавине Диоклецијана ово правило уопште не помиње, али и то да у још три одредбе у Јустини-

---

новоуспостављеним правилима о лезији изостављене или измењене тако да су у складу са одредбама о оштећењу преко половине. *Ibid*.

[81] Аличић, С. (2020). Just price and laesio enormis in Civil law and Islamic law у: *Увод у шеријатско право – Introduction to sharia law*. (Чоловић, В., Манић, С. – уред.). Београд: Институт за упоредно право, 135.

[82] Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[83] Сматра се да су реч „мало“ додали Јустинијанови компилатори. Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 212.

[84] Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 41.

[85] Van den Bergh, R. (2012). The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41 .

[86] Сич, М. (2006). *Op. cit.*, 212.

јановом кодексу наилазимо на интерполације којим се став класичних правника изменио и уподобио доктрини о прекомерном оштећењу.[87]

Важно је напоменути да су се одредбе о оштећењу преко половине врло ретко примењивале у Источном римском царству, и то само на основу посебне одлуке магистрата.[88] Њихов значај превасходно лежи у томе што су послужиле као инспирација за стварање тзв. објективне теорије о правичној цени у средњем веку.

Сва напред наведена правила су се односила пре свега на правила о правичној цени и њихова примена је била ограничена на уговор о купопродаји.[89] Стога се све до средњовековног периода не може говорити о постојању начела еквивалентности у ужем смислу те речи, као једног свеобухватног правила са општом применом и развијеним институтима правне заштите. Исто важи и за концепт правичне цене, који у овом периоду јесте разрађен али је и даље његова примена врло ограниченог обима.

НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ И ПРАВИЧНА ЦЕНА ОД СРЕДЊЕГ ДО РАНОГ XX ВЕКА

Филозофска разматрања о правичној цени и равнотежи узајамних давања у средњовековном уговорном праву

Период раног средњег века карактеришу затворена натурална привреда и минимална робна размена. У таквим условима није било потребе за применом комплексног римског права, нарочито у новоствореним варварским државама. Ситуација се променила када је најпре у италијанским а потом и у другим градовима западне Европе дошло до значајнијег развоја индустрије и трговине. Тада долази до поновног изучавања римског права и његових института, а по угледу на њих развијају се и нови, попут института прекомерног оштећења,[90] о чему ће касније бити више речи.

Начело једнакости узајамних давања је још у XIII и XIV веку уведено у канонско право, кроз правила о правичној цени (*iustum praetium*).

[87] Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 41.

[88] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 213.

[89] Визнер, Б. (1978). *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*. Загреб, 88.

[90] Лукић, В. (1985). Принцип еквивалентности, монетарни номинализам и индексне клаузуле у облигационом праву. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, vol. 57, 10–11, 3.

Томе су претходила одређена филозофска разматрања цењених средњовековних теолога, правника, мислилаца и интелектуалаца уопште о нужности постизања равнотеже давања приликом склапања уговора.

Тако је Албертус Магнус, велики поштовалац Аристотеловог рада, изједначавао правичну цену са вредношћу коју добра имају на тржишту у време продаје.[91] Његов ученик Тома Аквински, велики хришћански мислилац, сматрао је да је вредност инхерентна сваком објекту.[92] Стога није дозвољено нити праведно да се ствар прода скупље нити купи јефтиније од оног што вреди.[93] Он је био свестан да постоји разлика између правног стандарда, по коме се недозвољеним сматра оштећење за више од половине правичне цене, и моралног стандарда који је заступала црква, а по коме је свако одступање од правичне цене недопуштено. Међутим, наведена разлика је била само у степену оштећења, али не и у суштини – правници и теолози су делили уверење о важности и нужности поштовања начела једнакости узајамног давања исказаног кроз правила о правичној цени.[94]

Хуго Гроцијус, оснивач школе природног права, истицао је да у уговорима мора постојати једнакост давања, јер

> „...по природи контрактима влада једнакост, и то баш тако да се из неједнакости рађа право за оног ко има мање“.[95]

Другим речима, уколико се наруши имовинска равнотежа узајамних престација уговорних страна, оштећена страна може захтевати да се та равнотежа поново успостави.

Важно је нагласити да приликом утврђивања да ли постоји еквиваленција давања уговорних страна, вредност престација није узимана за фиксну и непромењиву. Такође, није се сматрало да се она може изједначити са трошковима производње ствари која је предмет уговора, већ се узимала тржишна вредност коју престација има на тржишту које је отворено и над којим не постоји монопол.[96]

---

[91] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1605.

[92] *Ibid*., 1604.

[93] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 214.

[94] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 19.

[95] Grotius, H. (2005). *The jure belli ac pacis* (Tuck, R. – ured.). Indianopolis: Liberty Fund, 145.

[96] Гроцијус је имао толико либерално схватање тржишта да је чак и монополе сматрао дозвољеним уколико су цене које они одређују у складу са законима тржишта. Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 215.

Правни теоретичари тог времена, који су се залагали за примену начела еквивалентности, сматрали су недозвољеном и ситуацију када је уговорена неодговарајућа цена на тај начин што је искоришћена немарност, лакомисленост, неискуство или друго слично својство једне од уговорних страна.[97] Та схватања су представљала филозофску основу и потпору забране зеленашких уговора.

Супротно мишљење су заступали представници тзв. школе природног права, који су се оштро противили оваквим ограничењима слободе уговарања, сматрајући да уговорне стране имају право да регулишу висину узајамних престација како им је воља. Њихов нарочито истакнути представник је био Кристијан Томасијус.[98]

У овом периоду је правична цена била предмет дубљег разматрања, с аспекта њеног односа са тржишном ценом, али и промењивости у односу на околности. Акценат се стављао на поштовање начела правичности и једнакости. Иако су мишљења представника различитих школа била опречна, разматрања ове теме на филозофском, теоријском али и правном нивоу била су претеча свеобухватног правног регулисања института правичне цене и са њим повезаних начела.

Развој начела једнакости узајамних давања у канонском праву

У канонском праву је постојала снажна подршка поштовању принципа еквивалентности у уговорном праву. Хришћанско учење се оштро противило нарушавању равнотеже у свим међуљудским односима, укључујући ту и уговорно право. Уколико пак до нарушавања природног (Божијег) поретка дође, сматрало се да је реституција једино правично решење.[99]

У складу са тим, и захтеви да се једнакост престација учини обавезним начелом уговорног права постајали су све гласнији. У том контексту

[97] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 215..

[98] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 32.

[99] Примена реституције се у почетку базирала на екстензивном тумачењу библијске заповести „не кради“, да би се од почетка XIII века све више повезивала са Аристотеловим концептом комутативне правде, о коме је већ било речи. Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 18.

је био значајан и концепт правичне цене, који канонско право прихвата.[100] Радови Томе Аквинског и његових ученика дају „нови живот“ Аристотеловој идеји правичне цене али и једнакости узајамних давања, јер су се ови концепти савршено уклапали у хришћанску етику.[101]

У циљу проширења значаја и обима примене начела еквивалентности је у XIII и XIV веку проширен домен примене института лезије на све уговоре, како на оне чији је предмет покретна, тако и непокретна ствар. Поред тога, право да се позивају на правила о прекомерном оштећењу је равноправно признато обема уговорним странама.

Када је реч о висини несразмере чије постојање је нужно да би се применила правила о лезији, примењивана је метода математичког разломка. Премда је правило о оштећењу преко половине било најчешће заступљено, постојала су и законодавства код којих су на снази била друга мерила за оштећење, о чему ће касније бити више речи.[102]

Јасно је да се у овом периоду примена правила о правичној цени проширила ван граница које су раније биле успостављене, а нарочито кроз проширење обима примене правила о прекомерном оштећењу,[103] које је уско повезано са концептима правичне цене и начела једнакости узајамних давања.

Начело еквивалентности узајамних престација у „буржоаским“ грађанским законицима

Значај законика који су донети крајем XVIII и током XIX века је неспоран, јер су њима постављени темељи савременог грађанског права.[104] За тзв. „буржоаска“ законодавства углавном је типична превласт схватања о аутономији воље, праћена великим обимом слободе уговарања. Странкама се давала велика слобода приликом уређивања

[100] Милошевић, Љ. (1957). *О зеленашком уговору*. Београд: докторска дисертација, 6.

[101] Аличић, С. (2020). Just price and laesio enormis in Civil law and Islamic law у: *Увод у шеријатско право – Introduction to sharia law*. Чоловић, В., Манић, С. (уред.). Београд: Институт за упоредно право, 135.

[102] Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 217.

[103] Аличић, С. (2020). *Op. cit.*, 136.

[104] Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет, 29.

међусобних уговорних односа, при чему су били ограничени интересима јавног поретка и морала.[105]

По угледу на Јустинијанову кодификацију, један део грађанских законика садржао је правила о прекомерном оштећењу. Француски грађански законик је предвиђао правила о прекомерном оштећењу, али с ограниченим обимом примене. Тако је примена правног института лезије у француском Грађанском законику из 1804. године била сужена само на уговор о купопродаји, и то уколико је оштећена уговорна страна продавац. Неједнакост престација је имала правни значај и у случајевима када је уговор закључило малолетно лице, као код споразума наследника о подели наследства.[106] Разлози таквог схватања се могу видети у ставу француске правне теорије по којем се не може говорити о постојању правичне цене, јер се вредност ствари разликује за различите људе. Стога је правнорелевантна само уговорена цена.[107]

Аустријски Грађански законик је прихватао субјективно схватање појма прекомерног оштећења, што је отежавало доказивање његовог постојања. Самим тим је и заштита правичне цене била комплекснија. Српски Грађански законик не само што је прихватао објективну концепцију лезије, већ је предвиђао и могућност пуноправног одрицања од примене овог института. Објективна концепција лезије је једноставније доказива, али се лако може замислити сценарио у коме се злоупотребљава могућност одрицања од примене исте. Цена која се на тај начин уговара, велике су шансе, не би била правична.

Насупрот томе, немачки и швајцарски грађански законици нису уопште регулисали лезионарне уговоре. Јапански правни систем је још један пример правног система за који су ти уговори били непознаница.[108] Исто важи за концепт правичне цене.

Аутономија воље и слобода уговарања су биле доминантна у овом периоду, али то није искључивало *a priori* могућност уговарања правичне цене. Међутим, када код нарушавања еквивалентности узајамних давања не постоји правни метод заштите исте, или је његов домен примене ограничен, јасно је да је концепт правичне цене у пракси знатно угроженији

[105] Ђорђевић, Ж. (1958). *Проблеми еквивалентности у облигационом праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 47.

[106] A. Menyhard, 2003, Menyhárd, A. (2004). A jóerkölcsbe ütközõ szerzõdések (Неморални уговори), Будимпешта, 301.

[107] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1593.

[108] Салма, Ј. (1979) Обележја појма и правних последица начела еквивалентности према Закону о облигационим односима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, посебна свеска са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку*, 71.

и да су знатно веће шансе да престације уговорних страна не буду једнаке. Притом ипак не треба занемарити значајан пут који су институти правичне цене и начело једнакости узајамних давања прешли од филозофских и чисто теоријских концепата до правних института којима је ипак пружен неки вид правне заштите и одређен, премда у то доба још увек лимитиран, домен примене.

ЗАКЉУЧАК

Концепт правичне цене се сматра колевком начела еквивалентности, које је данас једно од основних начела уговорног права. Истовремено, уско је повезан са начелом правичности. Уговор о купопродаји је један од најзначајнијих и најчешће закључиваних уговора кроз историју, те не чуди да је идеја о правичној цени настала врло рано. Аристотел је у својим радовима изједначавао правичну цену са једнаким давањима уговорних страна и сматрао је да је неправично да се једна уговорна страна обогати на рачун друге. Слично су сматрали и његови следбеници. Критичари њиховог учења истичу да је Аристотел схватао тржишну цену као непромењиву, не узимајући у обзир разне околности које на исту могу да утичу.

У римском праву, током периода републике и принципата, преовладало је мишљење да је за уговор кључно постојање реалне, стварне цене која није нужно морала бити и правична. Разлог је био тај што се сматрало да је сасвим очекивано и природно да свако покушава да у правном послу заради што више и да такво поступање нема никаквог утицаја на правну судбину уговора. Одређена ограничења слободе уговарања су постојала, али врло лимитираног обима.

У постклaсичном периоду предвиђена су различита правила за уговоре у којим је заступљен „општи интерес царства“ и уговоре између приватних лица. Захтев за правичном ценом је постављен само за прву групу уговора. Међутим, приликом уговарања између приватних лица, поред оног што је било санкционисано у класичном периоду, у периоду домината је био забрањен и сваки вид махинација. У овом периоду донети су и први едикти којим су предвиђене највише цене одређених намирница, а сматра се и да су тада настала прва правила о прекомерном оштећењу када је реч о уговорима о продаји. Иако је њихова примена била изузетно ограничена, то чини овај период нарочито значајним за даљи развој института правичне цене, али и начела еквивалентности.

Јустинијанов кодекс доноси две нове одредбе, које се приписују царевима Диоклецијану и Максимилијану и односе управо на институт

прекомерног оштећења. Првом одредбом је предвиђено да, ако је купац оштећен приликом купопродаје земљишта за више од половине цене, предметни уговор се може раскинути, или одржати на снази уколико се доплати разлика до правичне вредности престације. Ако није измењена од стране Јустинијанових компилатора, у овој одредби би по први пут у правној историји био децидно поменут институт „оштећења преко половине“ као разлог за раскид уговора. Друга одредба наводно потиче из истог периода и упућена је поново приватном лицу, са суштински истим решењима кад је реч о правичној цени и оштећењу преко половине. Премда је њихова аутентичност спорна и постоје докази да су ове одредбе заправо део Јустинијанових интерполатора, значај наведених одредби је изузетно велики јер се њима стварају конкретни обриси садржаја и обима примене правног института какав данас познајемо.

У средњем веку, а нарочито у канонском праву, правила о правичној цени доживљавају својеврсну ренесансу. Инсистира се на правичности уговора и еквивалентности узајамних давања уговорних страна. Притом вредност престација није узимана за фиксну и непромењиву, нити се изједначавала са трошковима производње ствари која је предмет уговора, већ се узимала тржишна вредност коју престација има на тржишту које је отворено и над којим не постоји монопол.

Ситуација се у овом погледу променила у доба првих грађанских кодификација. Како су у том периоду доминирала схватања о аутономији воље и постављана минимална ограничења слободе уговарања, правила о правичној цени и о прекомерном оштећењу су нашла своје место само у неким од значајнијих грађанских кодификација тог времена, и то у лимитираном обиму. Упркос томе, сама кодификација истих је била изузетно значајан корак ка уобличавању правних института правичне цене и прекомерног оштећења какве данас познајемо, те устоличења начела једнакости узајамних давања као једног од најзначајнијих у уговорном праву.

Еволуција концепта правичне цене није била линеарна – од филозофских и теоретских разматрања до кодификовања прошао је значајан временски период у коме су историјске околности утицале на статус и развитак тог правног стандарда. Схватања друштва о правди и правичности, о једнакости и мери дозвољеног одступања од исте, утицале су на то како је правни стандард правичне цене изгледао и како се примењивао у сваком историјском конкретном периоду.

Изучавањем истих, можемо стећи значајан увид у добра и мање добра решења, пре свега легислативне природе, те да поучени тим искуствима обликујемо како институт правичне цене, тако и начело једнакости узајамних давања, на што успешнији, свеобухватнији и целисходнији начин у модерном времену и законодавству.

ЛИТЕРАТУРА

Аличић, С. (2020). Just price and laesio enormis in Civil law and Islamic law. у: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. Чоловић, В. & Манић, С. (уред.). Београд: Институт за упоредно право, 133–146.

Aristotle, (1909). *The Rhetorics of Aristotle* Claverhouse Jebb, R. (прев.). Cambridge: Cambridge University Press.

Aristotle, (1999). *Nithomachean ethics* Irwin, T. (прев.). Indianapolis, Cambridge: Hackett Publishing Company.

Belaj, V. (2002). Geneza cijene kod ugovora o prodaji. *Pravni vjesnik*, 3–4, 9–24.

Богојевић Глушчевић, Н. (1997). *Извори за римско облигационо право*. Подгорица: Унирекс.

Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis, *Studia Universitatis Babes Bolyai – Iurisprudentia*, 12 (4), 35–52.

Визнер, Б. (1978). *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*. Загреб, 88.

Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 39–52.

Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1587–1656.

Grotius, H. (2005). *The jure belli ac pacis* Tuck, R. (уред.). Indianopolis: Liberty Fund.

Ђорђевић, Ж. (1958). *Проблеми еквивалентности у облигационом праву*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Живковић, М. (2006). *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*. Београд: Правни факултет у Београду.

Јанковец, И. (1976). Трансформација цене као елемента уговора о продаји. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 217–238.

Лукић, В. (1985). Принцип еквивалентности, монетарни номинализам и индексне клаузуле у облигационом праву. *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 10–11, 1–8.

Menyhard, A. 2003. Menyhárd, A. (2004). *A jóerkölcsbe ütköző szerződések* (*Неморални уговори*), Будимпешта, 301.

Милошевић, Љ. (1957). *О зеленашком уговору*. Београд: докторска дисертација.

Monnier, H. (1900). Études De Droit Byzantin: Méditation Sur La Constitution Ἑκατερωι Et Le „Jus Poenitendi". *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 24 (1), 37–107.

Николић, Д. (2017). *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет.

Rosenfeld, M. (1975), Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory. *Iowa Law Review*, 70 (4), 769–900.

Салма, Ј. (1979) Обележја појма и правних последица начела еквивалентности према Закону о облигационим односима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, посебна свеска са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, 71.

Сич, М. (2006). Правична цена (*pretium iustum*) и њена примена током историје. *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 120 (1), 199–227.

Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina,* 423–427.

Squillante, A. M. (1969–1970). Unconscionability: French, German, Anglo-American Application. *Albany Law Review*, 297–313.

Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Jornal*, 25 (4), 321–341.

Фејеш Сич, М. (1984). Lex Romana Visigothorum. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 151–170.

Фејеш Сич, М. (1989). Разлог доношења Теодосијевог кодекса. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1–3, 183–196.

Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman--Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 14–33.

Original Scientific Article
DOI: 10.5937/gakv95-41495
UDC 347.44
34(37)

Darija Martinov, Ph.D.[*]
Singidunum University, Novi Sad
ORCid: 0000-0001-7435-7326

THE DEVELOPMENT OF THE UNDERSTANDING OF EQUAL CONSIDERATION THROUGH THE RULES OF JUST PRICE FROM ANTIQUITY TO THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY[**]

ABSTRACT: The origin and subsequent development of the principle of equal consideration in contract law are closely related to the rules on just price. This paper traces the evolution of the just price concept from antiquity, including the principles of Roman law, medieval interpretations, and its application in canon law, to the first codifications in the 19th and 20th centuries. We will demonstrate how the understanding of just price has changed, under what conditions it should be applied, whether it should be legislatively regulated and to what extent, and how this legal institution illustrates and safeguards the principle of equal consideration in contract law. Furthermore, we will consider the entanglement of this institution with the institution of *laesio enormis*, whose evolution has significantly influenced the formation of the just price concept as we know it today.

[*] e-mail: darijamartinov@gmail.com, Assistant professor.

[**] The paper was received on November 30, 2022, and was accepted for publication on January 27, 2023.

The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina.*

Keywords: the principle of equal consideration, just price, the principle of fairness, contract law, the principle of equality of mutual benefit, *laesio enormis*, Aristotle, Roman law, medieval law, modern law

INTRODUCTION

Fairness is one of the fundamental ideas permeating all aspects of the law of obligations. This is especially true for contract law, aligning with the view proposed by Rosenfeld, who equates contracts with justice.[1]

Adherence to the principle of fairness implies that in a contractual relationship of a non-benevolent nature, no party should suffer harm. In other words, what one contracting party gives based on the contract should approximate what it receives on the same basis. Equal consideration has consistently been taken into account, as unequal consideration contradicts not only the interests of the individual parties but also disrupts the balance of the broader public order.[2] At the same time, it is a natural tendency for each contracting party to seek the maximum benefit from the contract compared to its counterparty. In the real world, the positions of the contracting parties are rarely, if ever, entirely equal, making it unrealistic to expect that their contractual benefits will be perfectly, ideally equal. Consequently, the law does not insist on such a requirement. Instead, it expects and tolerates certain disparities in the contributions made by the contracting parties.

The roots of the idea of equal consideration can be traced back to the concept of a just price, which developed as early as ancient times.[3] Indeed,

[1] Rosenfeld, M. (1975). Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory. *Iowa Law Review*, 70 (4), 771.

[2] Đorđević, Ž. (1958). *Problemi ekvivalentnosti u obligacionom pravu*. Belgrade: University, 41.

[3] This historical period is significant because the development of contract law is tied to the emergence of the first states. Before this period, in so-called pre-state communities, there was no contract law. Even peace agreements concluded between individual tribes were seen as promises to higher powers and gods, not as an agreement or expression of mutual agreement. Therefore, with the emergence of the first states, the emergence of the first cities, occupations such as crafts and trade, as well as a higher level of development of agriculture and animal husbandry, the development of contract law actually began. Ancient states are divided into Western-type (ancient) and Eastern-type (Asian) states. Considering our legal tradition, but also the generally higher development of the legal systems of that time, in this paper we focused on the ancient states that belonged to the Western type. For more on these divisions and contract law of that time in general, see: Živković, M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade, 1–223

the price is a vital component of a sales contract, one of the most commonly concluded contracts.[4] A just price has typically been understood either as an expression of a freely formed ratio between goods or as an expression of a regulated ratio between them.[5]

Our research primarily focuses on the genesis and gradual evolution of the standard of just price, spanning from antiquity to the early twentieth century. By presenting views from not only jurists, philosophers, and leading thinkers, but also the commentaries on legislative solutions from different historical periods, we aim to illuminate how the notions of fairness and equal consideration have transformed over time. Additionally, we will identify which factors influenced these changes and to what extent. Utilizing qualitative analysis methods and various types of interpretation, we will illustrate the evolution of the concept and legal protection of just price, while drawing comparisons across the different stages through which this legal standard has evolved. The conclusion of this paper will encapsulate the findings of our research and provide projections for the future development of this institution.

THE CONCEPT OF JUST PRICE IN ANCIENT GREEK CONTRACT LAW – ARISTOTLE'S PERSPECTIVE

Within the realm of ancient Greek contract law, the legislation of the Athenian polis was particularly advanced, marked by its lesser emphasis on the form of a contract and a greater focus on mutual agreement.[6]

Aristotle wrote about the issue of equivalence in business relations as early as the 4th century BC. He believed that parties in business transactions must be equal and so should their contributions. In response to the question of what is considered equality, he explained that,

> "...If a whole is divided between two individuals, each is said to have received their due share if they obtain exactly one half. An equal share being, according to arithmetic proportions, the mean that lies between what is too much and too little"[7].

[4] Jankovec, I. (1976). Transformacija cene kao elementa ugovora o prodaji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 218.

[5] Đorđević, Ž. (1958). *Problemi ekvivalentnosti u obligacionom pravu*. Belgrade: University, 35.

[6] Živković, M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade, 18.

[7] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 200

In essence, precautions should be taken to prevent one party from unjust enrichment at the expense of another.[8] According to Aristotle, only this kind of conduct can be deemed fair.

Regarding the relationship between equality and fairness, Aristotle articulated in his work *Nicomachean Ethics* that "justice, as manifested in business relationships, implies a certain degree of equality, while injustice involves a breach of equality", and that,

> "…in all instances where no one receives more or less than precisely what they are entitled to, it is acknowledged that each person received their due, and no one remains advantaged or disadvantaged. Consequently, fairness in business relationships based on free will occupies the median between gain and loss, which implies having the same amount after the transaction as before."[9]

From this, we can infer that even then, he had a keen awareness of the close relationship between equal consideration and adherence to principles of justice and fairness.

It is worth noting Aristotle's understanding that, in this context, even the subjective relationship of the contracting parties when negotiating the price plays a significant role. He believed it to be unjust if one party exploits another's inability to reason, if they deceive, mislead, or otherwise harm them against their will. However, he does not consider it unjust when one party consciously and willingly agrees to receive less for their prestation than its actual worth or its price.[10] Consequently, it is evident that Aristotle viewed just price as an expression of free exchange of goods.[11]

In *Nicomachean Ethics*, Aristotle further expands on his theory of equal consideration, clarifying that,

> "…here, the law only concerns itself with the difference in inflicted harm and sees the parties as equal — it is only essential to establish that one has

[8] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1589.

[9] Aristotle, (1999). *Nicomachean ethics*. (Irwin, T. – trans.). Indianapolis, Cambridge: Hackett Publishing Company, 71.

[10] Aristotle illustrates his understanding with an example: "But if someone gives his property to another, as Glaucus gave his equipment to Diomedes: gold for bronze, valued at a hundred oxen for nine, then he does not experience any injustice. It was up to him whether he would give; suffering injustice, however, does not depend on him, but there must be someone who commits the injustice." Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 201.

[11] Unlike Aristotle, Plato is considered the original ideologist of the legal price. – Đorđević, Ž. (1958). *Problemi ekvivalentnosti u obligacionom pravu*. Belgrade: University, 35.

> experienced an injustice and that the other is inflicting it, that one has harmed and the other has been harmed..."[12]

He also refers to the role of the court, which should reestablish the principle of equal consideration if it was disrupted in a business relationship,

> "The judge seeks to balance out injustices that disregard equality... The judge reestablishes equality as if he were to subtract from the larger part of a divided whole the amount by which that part exceeds half, and add it to the lesser part."[13]

Clearly, Aristotle not only insisted on equal consideration between contracting parties but also on the fairness of the contractual relationship itself. Thus, these ideas can essentially be viewed as concepts of commutative justice.[14]

In *Rhetoric*, it is emphasized that a judge is obligated to uphold justice and, therefore, should not blindly stick to what is written in a contract, but should make his judgment "according to their best understanding" to ensure the fairest possible verdict.[15] By similar reasoning, it can be argued that if certain contractual provisions violate the fairness of the contract, it is the role of the court to align this contract with the mentioned principle through its interpretation.

Despite the great importance of his work, some authors criticize Aristotle for his lack of flexibility when determining a just price — he did not consider changes in circumstances or market fluctuations, insisting that the price of a certain item is unchangeable and fixed. Furthermore, he did not explore what determines the monetary value of things.[16] Consequently, Aristotle and his followers did not analyze demand, supply, and production costs as separate aspects in establishing equilibrium that determines the market price, thereby placing undue importance on individual valuation.[17]

Despite these criticisms, the significance of Aristotle's deliberations on this topic is undeniable. In his works, he tried to penetrate the essence of equal

---

[12] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 200.

[13] *Ibid*.

[14] Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. in: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. (Čolović, V. & Manić, S. – ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 133

[15] Aristotle, (1909). *The Rhetoric of Aristotle* (Claverhouse Jebb, R. – trans.). Cambridge: Cambridge University Press, 5.

[16] *Ibid.* 200.

[17] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1607–1608.

consideration, providing answers to questions on what kind of behavior is considered fair when negotiating the magnitude of these prestations, what kind of behavior is not permissible, and what role the court plays in preserving the principles of equivalence and fairness in contract law. His reflections, as well as those of his students, had a significant impact on later texts (especially those of Roman jurists) and represented the first clear assertion that the mutual benefits of both parties should be as equal as possible, and the price in a sales contract should be fair.[18]

EQUAL CONSIDERATION AND JUST PRICE IN ROMAN LAW

Roman law is the most significant and developed law of antiquity.[19] The continental legal systems largely rely on the foundations set in Roman law, from which a large number of legal institutions originated, particularly in terms of contract law. When it comes to Anglo-Saxon legal systems, it is undisputed that they too share these roots, as evidenced, among other things, by their casuistry. However, unlike continental legal systems, which have maintained continuity with the Roman legal tradition for centuries, a discontinuity with the Roman legal heritage occurred in the Anglo-Saxon legal systems during the 13th century.[20]

The ideas of the principle of equal consideration and the associated standard of just price, from a general philosophical perspective, solidified their place in legal terms during the era of ancient Rome and became significant concepts in Roman law.

Understandings of Equal Consideration in the Roman Republic

Following The Period of Kings when law was fairly undeveloped, the Roman Republic (which began in the 6th century BC) brought about significant

[18] Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. in: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. (Čolović, V. & Manić, S. - ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 133.

[19] Živković, M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade, 19.

[20] Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law, 41.

changes, as a result of the economic, territorial, and cultural development of the ancient Roman state.[21]

Greek philosophers had a considerable influence on Roman law in the Roman Republic. Thus, the peregrine praetors, who adjudicated disputes between Roman citizens and peregrines (foreigners), based their decisions on the principles of conscientiousness and fairness, especially if the dispute arose concerning business relationships. Over time, these principles also began to guide the urban praetors.[22]

Equal consideration was primarily considered in sales contracts, following just price rules. This is evidenced by various public-law price control measures, which prevented the imposition of excessively high and unjust prices on necessary commodities, such as grain, for the poorer population.[23]

In other words, individual rules regulated some aspects of the principle of equal consideration, but there was no legal regulation of the principle and its institutions. The same applies to the just price, which was accepted as an ideal to strive for, but did not exist as a specific, detailed legal institution.

Concepts of Equal Consideration during the Principate Period

Classical jurists believed that just price is determined by the market. According to their understanding, the market price is not always the same everywhere and at all times but depends on a range of circumstances. In terms of just price, some legal theorists such as Pomponius agreed with Aristotle's opinion that it is not fair for one contracting party to benefit at the expense of the other.[24] However, in line with the liberal spirit of Roman law at the time, the prevailing belief was that parties should be allowed to determine their own prices for their prestations. Thus, in Roman sources from that period, we find

[21] Živković, M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade, 19.

[22] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 202.

[23] Thus, Livius mentions the aediles who, in the 3rd century BC, aimed to prevent the raising of grain prices, and Jakob claims that such measures were taken during the Republic period as well. Also, there are records of public bans on so-called grain cartels in the classical period of Roman law. – Milošević, Lj. (1957). *O zelenaškom ugovoru*. Belgrade: doctoral dissertation, 15.

[24] Sič, M. (2006). *Op. cit.*, 203.

the requirement that the price be expressed in money, be certain, and be actual (real, or seriously considered), but there is no mention that it must also be fair.[25]

In other words, during the Principate period, a contract in which one of the parties managed to take advantage of market conditions and achieve a higher price for their prestation was entirely valid.[26] This rule is represented in the Digest, where a text by the distinguished Roman jurist Paulus states that in a sales contract, it is permitted to buy a more valuable item for less or sell a less valuable item for more and that the same logic should be applied to lease contracts.[27]

Therefore, explicit demands for equal consideration from contracting parties were very rare in the classical period. [28] However, it would be incorrect to conclude that the autonomy of will in determining the price was absolute, as there were both moral and legal restrictions.[29]

When it comes to moral boundaries, the role of the *pater familias* was crucial. Aside from acting in the interests of his family, he also had to consider the interests of other members of his community, particularly those who were in a worse economic position.[30] However, in the second half of the Republic period, when trade began to develop rapidly across the Mediterranean, the role of the *pater familias* in this regard began to diminish.[31]

The legal boundaries of free price negotiation, or the value of prestations, were established through the activities of the praetor. Namely, the actions of the contracting parties had to be within the bounds of conscientious and fair

[25] Belaj, V. (2002). Geneza cijene kod ugovora o prodaji. *Pravni Vjesnik*, 3–4, 11.

[26] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 323.

[27] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 204.

[28] One example of such a requirement were the cases of resolving co-ownership relations. Even in the classical period, it was required to consider the equality of co-ownership shares during division. Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 323.

[29] Since we will analyze the autonomy of will in more detail later, here we will just mention that when legal norms are dispositive, the contracting parties can regulate their relations as they see fit. Not only that, they have the right to freely decide whether they will enter into a contractual relationship at all. Therefore, the rights and obligations that are mutually regulated reflect the will of the contracting parties themselves, who also have the freedom to decide whether they will exercise their powers based on the contract, and if the answer is affirmative, in which way and to what extent. The boundaries of freedom of contract are the boundaries of mandatory regulations, public order, and good customs. Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law, 122–123.

[30] Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[31] Sič, M. (2006). *Op. cit.*, 204.

relations,[32] and whether this was the case was assessed according to objective standards in line with the contemporary understandings of commerce.

It is important to note that during this period, according to the views of classical jurists, the difference between exploiting a favorable market situation and acting dishonestly or unscrupulously was set quite strictly.[33] As we've already mentioned, it was considered entirely expected and justified for one contracting party to try to gain as much as possible when concluding a contract relative to the other contracting party, and as long as their actions were in line with *bona fides*, Roman law during the Principate period did not restrict the freedom of a contracting party to determine the price for their own prestation.[34] Therefore, Roman jurists of this period distinguished between a just price (*iustum pretium*) and a real, serious price (*pretium verum*), which was the result of negotiations in which both contracting parties aimed to achieve the highest gain, and whose existence was actually a condition for the validity of the contract.[35]

An exception to the rule mentioned earlier was basic foodstuffs like flour, where emperors occasionally set a maximum price via decrees to prevent abuse.[36] However, it seems that the success of these measures was only partial, despite the strict penalties prescribed for their violation.

In addition to the rules mentioned, adherence to the principles of conscientiousness and honesty was monitored through the rules of duress, the existence of which made a contract voidable. If we accept the subjective conception of *laesio enormis*, which is based on duress, it could be argued that these rules formed the foundation for the later development of this institution. The inception of the principle of equal consideration can, however, be clearly

[32] Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[33] Thus, Cicero believed that the merchants who first brought grain to the starved Rhodes from Alexandria and sold it at a higher price, without informing the population that other ships with grain would soon arrive, had not committed fraud from a legal perspective, but had taken advantage of market opportunities. This great philosopher and lawyer did not consider the disproportion between the real value of their prestation and the counterprestation they received for it to be legally relevant. Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 205.

[34] Van den Bergh, R. (2012), *Op. cit.*, 41.

[35] Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. In: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. Čolović, V. & Manić, S. (ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 133–134.

[36] Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina*, 1 (1), 424.

seen in the fact that during this period, the hiding of physical defects of goods was punishable by law.[37]

Moreover, if a person who was under 25 years old at the time of the conclusion of a contract entered into a contract where there was a significant disproportion between the value of the goods and the price, they could seek a rescission. The same applied to individuals who were over 25 years old at the time they concluded a contract but did not have the appropriate permission from the praetor or provincial governor to conclude it. Under certain conditions, women also had the right to request contract dissolution due to a disparity in mutual consideration.[38] It could be argued that this is the beginning of the idea of prohibiting usurious contracts, such transactions where one party's inexperience, rashness, weakness, or need is exploited for excessive financial gain.

Additionally, these rules first unambiguously mention a significant disproportion between mutual consideration as one of the bases for contract annulment. It is clear that it was not enough for the contract to be concluded by a party considered inexperienced, rash, or lacking the appropriate permission from a competent authority. The agreed price had to significantly deviate from the value of the goods.[39] In other words, minor deviations from equal consideration were considered permissible in these cases as well, which, as we pointed out, is also the case in contemporary law.

Concepts of Equal Consideration in the Dominate Period

The Dominate period was characterized by the beginnings of new social relations that clashed with existing regulations.[40] As a result, in the post-classical period, due to a severe economic crisis combined with other factors,[41]

[37] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 205.

[38] *Ibid*.

[39] Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. in: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. Čolović, V. & Manić, S. (ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 134.

[40] Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law, 42.

[41] Although the economic crisis that took off in the early 3rd century AD was the most important factor contributing to state interventionism, it was not its only cause. This was also contributed to by poor agricultural practices that led to soil impoverishment, and a lack of labor in agriculture. It should also not be overlooked that small landowners struggled to survive and an increasing number were forced to sell their land for a pittance. Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

economic liberalism was increasingly restricted by state interventions. This also had an impact on the freedom to contract and determine the price in sales contracts.[42]

In 301 AD, Diocletian, with his famous edict *De pretiis rerum venalium*, set maximum allowable prices for essential goods and services.[43] This edict aimed to protect the poor and soldiers from greedy merchants and their market manipulations.[44] Although the most severe punishment, death, was prescribed for its violation, it did not yield significant results in practice. Similar edicts, mainly limiting the prices of basic foodstuffs, were issued later as well.[45]

Some authors believe that in Diocletian's time, just before the decree mentioned was issued, the first rules on *laesio enormis* were also introduced. The edict *De pretiis rerum venalium* is regarded in part of legal theory as confirmation of this claim, as it expresses Diocletian's determination to disregard legal standards that dominated earlier periods of Roman legal history in order to provide greater protection for the impoverished population.[46]

Provisions attributed to Diocletian also stipulated that division between co-owners not performed in good faith could be corrected without resorting to restitution (which is usually applied in case of a breach of the principle of conscientiousness). In foreign legal theory, it is considered very likely that the reason for such a statutory rule is that this case does not involve a typical exchange of prestations. Indeed, when it comes to division, instead of bargaining about the magnitude of mutual consideration, the aim is to divide a thing into parts of equal value.[47]

However, the aforementioned rules only applied if the inequality during the division was caused intentionally and maliciously. If it was a result of an error, no matter how severe, it was considered that the contract parties were bound by such a contract because they committed to accept the arbitrator's

[42] One of the main factors that made it difficult to determine a just price for these contracts was inflation. Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[43] Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 42.

[44] In the introductory part of the edict, Diocletian states that certain unscrupulous citizens did not learn their lesson in a time when this field was not regulated, and that their greed and thirst for profit could not be stopped in any other way. He explains that "concern for the entire society" was the motivator of his legislative activity. Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina*, 1 (1), 424.

[45] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 206.

[46] Stanković, E. (2010). *Op. cit.*, 425.

[47] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 324.

decision and agreed with his choice. However, even in this latter case, the parties could demand the annulment of the contract and restitution if, according to the arbitrator's decision, the disproportion of prestations was such that it could not be considered "the decision of a reasonable person unless they made an enormously large mistake".[48] In this case, the aggrieved party had several lawsuits available, depending on the circumstances of the specific case.

In the fifth century, the Roman Emperor Zeno went a step further than his predecessors by prohibiting all types of associations and agreements that certain articles not be put on the market at a price lower than agreed, as well as all types of monopolies. Such provisions have been characterized in theory as a "significant restriction of the parties' freedom of will during price negotiation in general."[49] The essence of these provisions was to prevent one party from imposing a disproportionately high price for certain goods, using their privileged position in the market.

Regarding the proportion of mutual consideration, it is important to note that in the post-classical period, a distinction was made between contracts in which the "general interest of the empire" was represented and those between private entities.[50] While the first group of contracts required the price to be just and a proportion of mutual consideration to exist, contracts between private entities continued to operate under the rule of free price determination by the principle of conscientiousness and honesty. However, this was much stricter in the post-classical period, and any form of manipulation, besides what was sanctioned in the classical period, was banned during the Dominate period.[51]

Interestingly, rules on just price were only applied if the seller sold an item at a higher price than its actual value. One of the earliest acts regulating the opposite case, when an item is sold below its value, was Constantine's constitution of 319 AD. This constitution provided that such a sales contract could not be contested if no fraud or coercion occurred during its conclusion, "nor can a contract, made without any negligence, only due to regret over a lower price, be disrupted through litigation."[52]

---

[48] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 325.

[49] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 206.

[50] Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law, 42.

[51] Diocletian thus banned commercial speculation in the form of buying goods at a lower price and transporting them to other provinces to be sold at a higher price. This practice was considered a permissible use of market advantages during the classical period. – *Ibid*.

[52] Sič, M. (2006). *Op. cit.*, 208.

The Constitution issued by Gratian, Valentinian, and Theodosius in 383 AD did not allow for the termination of a contract where an item was sold below its value due to the seller's misunderstanding, arguing that it was the seller's responsibility to know the true value of what they were trading.[53]

One of the consequences of the final division of the Roman Empire into the Western and Eastern regions in 395 AD was that the legal system was no longer uniform.[54]

Neither the Theodosian Code of 439 AD,[55] which represented the official collection of imperial constitutions enacted during the reign of Emperor Theodosius II,[56] nor Justinian's codification, which was completed in 534 AD, was able to restore legal unity across the entire territory of the former Roman Empire.

By the end of the fifth century AD, the Western Roman Empire was under the rule of barbarian tribes, mainly Germanic ones. On these territories, the barbarians lived by their tribal laws, while the provisions of Roman law were applied to the Romans and the indigenous population in general.[57]

It is also notable that in one of the first barbarian legal codes, the Breviary of Alaric of 506 AD,[58] not a single norm regulating the issue of price in

[53] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 209.

[54] Certain divisions within legal systems existed even before the official division of the empire into two parts. In this context, M. Sič emphasizes that it is questionable whether Diocletian's edict on price maximization was applied to the territory that would later belong to the Western Roman Empire, even though the division had not officially occurred at that time. Sič, M. (2006). *Op. cit.*, 208.

[55] As mentioned, this is a code of laws issued in the name of Theodosius II, ruler of the Eastern Roman Empire, and Valentinian III, ruler of the Western Roman Empire. However, literature often points out that the code in question is the work of Theodosius, while consent from Valentinian was only formally sought. The idea was to reestablish the unity of the legal system throughout the entire territory of the former Roman Empire by its enactment. The Theodosian Code contained over 2500 legal regulations issued from the time of Constantine I to Theodosius II, in Latin, divided into 16 books. This legal codification was applied in the eastern part of the empire until Justinian's time, and in the west until the 12th century. Also, the Theodosian Code served as a model when creating certain barbarian codes of law in the sixth century AD. Feješ Sič, M. (1989). Razlog donošenja Teodosijevog kodeksa. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1–3, 183.

[56] Bogojević Gluščević, N. (1997). *Izvori za rimsko obligaciono pravo*. Podgorica: Unirex, 19.

[57] Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 35.

[58] This is a barbarian collection of Roman law that originated in the so-called Toulouse Kingdom of the Visigoths. It was compiled by order of the Visigothic king Alaric II about thirty years after the Visigoths definitively separated from Roman rule. It was proclaimed in 506 AD in Toulouse under the official name *Leges atque (sive) species isuris*

sales contracts was adopted. The reason was likely the insufficient development of the economy at that time, for which the aforementioned rules were too complex and advanced.

In later barbarian collections, the rule was accepted that a contract could not be contested because an item had been sold for a lower price. The goal was to prevent demands for contract termination on this basis from becoming a mass phenomenon during times of economic hardship and high inflation. Exceptions were cases when the lower contract price was the result of coercion or fraud. Also, when it came to the interests of the state, the explicit requirement that the price be just and reflect the true value of the item remained in force.[59]

As we have shown, the Dominate period was not integrated in terms of rules about just price and equal consideration, but important steps were taken towards further shaping and elaborating these legal institutions.

Provisions Protecting Equal Consideration in Justinian's Code

The further development of the principle of equality of mutual prestations was significantly more important in the legal field of the Eastern Roman Empire. After the fall of the Western Roman Empire, it became clear that the existing legal regulations were too cumbersome, and lacked uniformity, systematization, and efficiency. Therefore, it was necessary to select those legal rules that best reflected the Roman legal tradition but could also be adapted to social developments and progress, and then consolidate them into a codification.[60]

For this reason, the famous Justinian Code was created, serving as the foundation for the creation of a general theory of contracts and the division of contractual elements.[61] The goal of this code was to renew Roman law and

de Theodosiano vel et diversislibris electae. However, this barbarian collection remained known in history as the Breviary or *Lex Romana Visigothorum*. This code was a kind of compilation of earlier Roman laws and proclamations, with a particular emphasis, as can be seen from its official name, on the previously mentioned Theodosian Code. Its application was limited to Romans and other indigenous groups, while the Code of Gothic Law, called the *Codex Euricianus* from 475 AD, was applied to the Goths. Feyeš Sič, M. (1984), Lex Roman Visigothorum. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 151.

[59] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 209-210.

[60] Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law, 43.

[61] Živković, M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade, 20.

establish a unified legal system throughout the entire state. The result was four parts that together constitute the *Corpus iuris civilis*.[62] Justinian's Digest, as the codification of the entire Roman law up to that point, was of immense importance not only as a type of legal textbook and guide for practitioners but also for the subsequent reception of Roman law, enabling its revival and incorporation into numerous contemporary legal systems,[63] among which German law stands out in significance.[64]

In Justinian's Code, we encounter two controversial provisions attributed to the emperors Diocletian and Maximilian.

The first allegedly dates back to 285 AD and relates to a specific case. Namely, in resolving the case of a citizen named Aurelius Lupus, whose father sold a piece of land for a lower price than its value, Diocletian considered that the situation could be resolved either by the buyer returning the land to Aurelius Lupus based on a court decision or by compensating him for the difference between the price paid the actual value of the sold property. The text of the provision reads as follows:

"If you or your father sold an item of higher value for a lower price, it is humane to either return to the buyer the money he paid for the sold land based on the judge's decision or, if the buyer so wishes, to receive the difference in money up to the just price."[65]

The situation would be a classic example of restitution, except for one sentence that is precisely the subject of our interest: "The price is considered low if not even half of the true value has been paid."[66]

This provision is significant in many ways. First and foremost, it introduced a new rule, according to which a contract could be upheld if the difference between the paid and just price was compensated.[67] Some parts of legal theory, led by Sircus, believe that it is precisely because of this provision that it found its place in Justinian's Code [68]

[62] Bogojević Gluščević, N. (1997). *Izvori za rimsko obligaciono pravo*. Podgorica: Unirex, 19–20.

[63] Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 36.

[64] Bogojević Gluščević, N. (1997). *Op. cit.*, 20.

[65] Squillante, A. M. (1969–1970). Unconscionability: French, German, Anglo-American Application. *Albany Law Review*, 299.

[66] Bogojević Gluščević, N. (1997). *Op. cit.*, 273.

[67] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 16.

[68] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 210.

What makes this provision even more significant is that, if it had not been altered by Justinian's compilers, it would have been the first time in legal history that the "damages over half" institution would be decisively given as a reason for contract termination.

The reason for such a departure from the previously inviolable position of freedom of contract, according to some theorists, could be the exceptional economic difficulties the seller would face if obligated to fulfill the contract as it was, due to an exceptionally large disproportion of consideration.[69]

Some authors support the thesis that Diocletian was prompted to make this decision due to the social and political circumstances of that time, as well as the great power of large landowners, the so-called *potentiores*,[70] who bought properties from impoverished small landowners for small amounts of money. These authors see yet another piece of evidence for the authenticity of the mentioned provision in the fact that out of the 14 decisions in Justinian's Code attributed to Diocletian, seven of them concern resolving requests from peasants and small landowners seeking his legal protection after being forced to sell their properties for a price far below their real value. According to the same authors, the doctrine of *laesio enormis* should be viewed as one in a series of Diocletian's economic and political measures undertaken to stabilize Roman society.[71]

Considering that he generally pursued an interventionist policy and regulated food prices through administrative measures, which already represented a significant intrusion into freedom of contracting, E. Stanković presents the opinion that there is nothing unusual about Diocletian, forced by the economic crisis, deviating from the legal principle of *pacta sunt servanda* in certain precisely defined cases. He concludes: "Although Diocletian fought to preserve the old empire and its old values, reality forced him to adapt to new circumstances, abandon old rules, and adopt new principles, such as *laesio enormis*."[72]

On the other hand, J. Hallebeek believes that the intention of the Roman emperor was not to establish a general rule that contractual performances must be at least approximately equal in this way. Rather, it seems that the goal of this provision was to provide an opportunity for the most vulnerable to enforce

[69] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 16.

[70] Monnier, H. (1900). Études De Droit Byzantin: Méditation Sur La Constitution Έκατερωι Et Le „Jus Poenitendi", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, 24 (1), 37 and Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign. *Fundamina*, 1 (1), 425.

[71] Stanković, E. (2010). *Op. cit.*, 425-426.

[72] *Ibid*., 427.

their rights through legal means if there was a disproportion between the value of their land and what they received for it beyond the limit set by Diocletian.[73]

However, although it is not impossible to imagine that Diocletian, in this particular case, deviated from the rule of classical Roman law that did not allow seeking contract termination solely based on the sold item being undervalued, the prevailing view, in theory, is that the disputed provision is still part of later codifiers' work.[74]

Authors who consider the provision authentic, defend their view by posing a very simple question: ''Why would Justinian's compilers decide to insert such an important legal novelty into a seemingly banal provision, which is not specifically singled out in any way and blends in with a myriad of other provisions in the code?'' It seems illogical that Justinian would attribute the development of the *laesio enormis* institution to his pagan predecessor.

According to those who believe it is a matter of interpolation, the answer to this question is evident: Diocletian certainly allowed *restitutio ad integrum*, i.e., a modification of the original contract. However, Justinian's compilers altered the conditions that were set for it in the original version.

Proponents of this theory emphasize that the interpolation is visible, *inter alia*, in the fact that the text sometimes refers to a buyer (singular) and sometimes to buyers (plural) and that the verb "receive" is unnecessarily repeated in several places (indicating that the text was altered and revised). They also point out that the mathematical test for proportionality of the value of prestations is atypical for Diocletian's legislation.[75]

Furthermore, it seems that the first part of the text suggests that a request for contract modification based solely and exclusively on an inadequate price will be rejected. Moreover, the phrase "you or your father" could indicate that the basis of the appeal lies in the personal relationship between the contracting parties, leading some authors to believe that the original meaning of this provision was dismissive because the right to modify the contract ceased when the seller, who had that special relationship with the buyer, died. [76]

Additionally, it is not excluded that the land in question was sold to *potentiores*, powerful latifundia owners who acquired estates from small landowners at below-market prices, which was considered immoral even in

[73] The provision that protects the seller of land from exploitation is also in accordance with the rule from the Digest, which states, "in case of doubt, the most merciful judgment should be made." Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 42.

[74] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 322.

[75] *Ibid*., 325.

[76] *Ibid*., 326.

Diocletian's time.[77] If this explanation is accepted,[78] it is evident why later Christian emperors did not accept the general application of the *laesio enormis* doctrine but considered contract nullification permissible in cases of coercion or fraud, with the legal consequence of restitution. For this reason, foreign theory predominantly adopts the view that Justinian's interpolation begins in the part of the text where the buyer is offered the possibility of maintaining the contract by making a payment up to the just price of the purchased property. This possibility would not exist according to the legal conceptions of that time if the seller was coerced or deceived.[79]

Based on the text of the provision, it is evident that Justinian's compilers presumed the innocence of the buyer without delving into his motives. The choice of the mathematical test for the proportionality of damages is usually justified in theory by the fact that the compilers probably found that particular test the simplest to apply.[80]

The question arises as to whether this marks the creation of a general rule, which was valid for all types of contracts. Based on the text of the provision, it is evident that the application of this institution was limited to contracts for the sale of land, [81]and only in favor of the seller.[82]

The next equally controversial provision allegedly originates from the same period and is directed by Diocletian and Maximilian to a private entity, Aurelius Evodius. It begins by repeating the previously established rules allowing restitution in cases of fraud or coercion in a sales contract. However, this rule is followed by the rule from classical Roman law stating that contract termination cannot be demanded solely because the agreed price is too low:

[77] That was not just the case with Diocletian – in the post-classical period, there are numerous examples of empereros who tried to protect economically weakened citizens from the *potentioers*. Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 42.

[78] Some legal theorists, led by Hallebeek, dispute this explanation, considering it insufficiently convincing. Hallebeek, J. (2015) Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 16.

[79] Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 326.

[80] After this rule was introduced in Justinian's Codex, a revision of Theodosius' Codex was carried out, in such a way that its provisions contrary to the newly established rules about *laesio enormis* were omitted or changed to be in line with the provisions about damages exceeding half. – *Ibid*.

[81] Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. in: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. (Čolović, V. & Manić, S. – ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 135.

[82] Van den Bergh, R. (2012), *Op. cit.*, 41.

> "However, merely invoking a slightly[83] lower sale price of the land is insufficient for the annulment of the purchase..."

and the provision concludes with a third, newly introduced rule:

> "...unless less than half of the just price that the property had at the time of sale was given, and the buyer chooses to fulfill the contract, the contract can still be preserved."[84]

As the provision itself is quite poorly formulated and incoherent, with one part of the explanation even completely contrary to the doctrine of *laesio enormis*,[85] it leads to the conclusion that it was created by Justinian's compilers by putting together various different norms without making much effort to integrate them into a cohesive whole.[86] The same conclusion is supported by the fact that in Roman law formed immediately after Diocletian's reign, this rule is not mentioned at all, and also that in three other provisions in Justinian's code, interpolations can be found where the position of classical jurists was modified and aligned with the doctrine of *laesio enormis*.[87]

It is essential to note that the provisions regarding damages exceeding half were rarely applied in the Eastern Roman Empire, and only based on specific decisions of magistrates.[88] Their significance primarily lies in serving as inspiration for the creation of the so-called objective theory of just price in the Middle Ages.

All the aforementioned rules primarily pertained to the rules about just price, and their application was limited to sales contracts.[89] Therefore, until the medieval period, the principle of equal consideration didn't exist in the narrow sense, as a comprehensive rule with general application and developed legal protection institutions. The same applies to the concept of just price, which was elaborated during this period, but its application remained very limited in scope.

---

[83] The word "slightly" is thought to have been added by Justinian's compilers. Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 212.

[84] Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 41.

[85] Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai-Iurisprudentia*, 12 (4), 41.

[86] Sič, M. (2006). *Op. cit.*, 212.

[87] Westbrook, R. (2008). *Op. cit.*, 41.

[88] Sič, M. (2006). *Op. cit.*, 213.

[89] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb, 88.

THE PRINCIPLE OF EQUAL CONSIDERATION AND JUST PRICE FROM THE MIDDLE AGES TO THE EARLY 20TH CENTURY

Philosophical Considerations on Just Price and the Balance of Mutual Benefits in Medieval Contract Law

The early Middle Ages were characterized by a closed natural economy and minimal commodity exchange. In such conditions, there was no need for the application of complex Roman law, especially in the newly formed barbarian states. The situation changed when there was a significant development in industry and trade, first in Italian and then in other cities in Western Europe. This led to a reexamination of Roman law and its institutions, and new concepts, such as the doctrine of *laesio enormis*,[90] began to develop, which will be discussed later.

The principle of equal consideration was introduced in canon law in the 13th and 14th centuries using rules on just price (*iustum praetium*). This was preceded by certain philosophical considerations of esteemed medieval theologians, jurists, thinkers, and intellectuals, and was, in general, about the necessity of achieving equilibrium in prestations when entering into contracts.

For instance, Albertus Magnus, a great admirer of Aristotle's work, equated just price with the market value of goods at the time of sale.[91] His disciple, Thomas Aquinas, a prominent Christian philosopher, believed that every object had inherent value.[92] Therefore, it was neither permitted nor just to sell something at a higher price than its value nor to purchase it at a lower price.[93] He was aware of the difference between the legal standard, which deemed damages exceeding half the just price as impermissible, and the moral standard advocated by the Church, where any deviation from the just price was unacceptable. However, this difference was only in the degree of damages but not in its essence - jurists and theologians shared the conviction about the importance and necessity of adhering to the principle of equal consideration, as expressed by the rules on just price. [94]

---

[90] Lukić, V. (1985). Princip ekvivalentnosti, monetarni nominalizam i indeksne klauzule u obligacionom pravu. *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*, 10–11, 3.

[91] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1605.

[92] *Ibid*, 1604.

[93] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 214.

[94] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 19.

Hugo Grotius, the founder of the school of natural law, emphasized that equal consideration must exist in contracts, as

> "...contracts are, by nature, governed by equality, in such a way that from inequality arises the right for those who have less."[95]

In other words, if there is a breach of the property equilibrium of consideration between the contracting parties, the damaged party can demand the restoration of that equilibrium.

It is important to emphasize that, when determining whether equal consideration exists, the value of the prestations was not considered fixed and unchangeable. Additionally, it was not regarded as equivalent to the production costs of the goods subject to the contract; instead, the market value of the prestations in an open market, free from monopoly, was taken into account.[96]

Legal theorists of that time who advocated for the application of the principle of equal consideration deemed it impermissible for the contracted price to be inappropriate due to negligence, recklessness, inexperience, or any other similar attribute of one of the contracting parties.[97] These views formed the philosophical basis and support for prohibiting usurious contracts.

However, representatives of the so-called natural law school held a different opinion and strongly opposed such limitations on the freedom of contract, believing that the contracting parties had the right to regulate the size of mutual prestations as they wished. One of their prominent representatives was Christian Thomasius.[98]

During this period, just price was subject to deeper considerations, regarding its relationship with the market price and its variability based on circumstances. Emphasis was placed on respecting the principles of fairness and equality. While the views of representatives from different schools were contradictory, discussions on this topic at philosophical, theoretical, and legal levels laid the groundwork for the comprehensive legal regulation of the institution of just price and related principles.

---

[95] Grotius, H. (2005). *The jure belli ac pacis* (Tuck, R. – ed.). Indianopolis: Liberty Fund, 145.

[96] Grotius had such a liberal understanding of the market that he even considered monopolies permissible if the prices they set were in accordance with the laws of the market. Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 215.

[97] *Ibid*.

[98] Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 32.

The Development of the Principle of Equal Consideration in Canon Law

Canon law provided strong support for respecting the principle of equal consideration in contract law. Christian teachings vehemently opposed any disruption of balance in all human relationships, including contract law. If, however, a violation of the natural (Divine) order occurred, restitution was considered the only just solution.[99]

In line with this, demands to make equal consideration an obligatory principle in contract law became increasingly pronounced. In this context, the concept of just price, which was accepted by canon law, played a significant role.[100] The works of Thomas Aquinas and his disciples "breathed new life" into Aristotle's idea of just price and the principle of equal consideration, as these concepts perfectly aligned with Christian ethics.[101]

In order to expand the importance and scope of the principle of equal consideration, the application of the *laesio enormis* institute was extended to all contracts in the 13th and 14th centuries, covering both movable and immovable property. Additionally, both contracting parties were equally allowed to invoke the rules on *laesio enormis*.

Regarding the degree of disproportion necessary for the application of *laesio enormis* rules, the method of mathematical fractions was employed. Although the rule of damages exceeding half was most commonly used, some legislations applied different measures of damages, which will be discussed later.[102]

Clearly, during this period, the application of just price rules extended beyond the previous boundaries, especially through the expanded scope of applying rules on *laesio enormis*, which were closely connected to the concepts of just price and the principle of equal consideration.[103]

---

[99] The application of restitution was initially based on an extensive interpretation of the biblical commandment "do not steal", and from the beginning of the 13th century, it increasingly became associated with Aristotle's concept of commutative justice, which we have already discussed. Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 18.

[100] Milošević, Lj. (1957). *O zelenaškom ugovoru*. Belgrade: doctoral dissertation, 6.

[101] Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. in: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. (Čolović, V. & Manić, S. – ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 135.

[102] Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 217.

[103] Aličić, S. (2020). *Op. cit.*, 136.

The Principle of Equal Consideration in "Bourgeois" Civil Codes

The significance of the codes enacted in the late 18th and throughout the 19th century is undeniable, as they laid the foundations for modern civil law.[104] The so-called "bourgeois" legislations were generally characterized by a prevailing belief in the autonomy of will, accompanied by a considerable degree of freedom of contract. Parties were granted substantial liberty in regulating their contractual relationships, with limitations only imposed in the interest of public order and morality.[105]

Following the model of Justinian's codification, certain civil codes contained rules on *laesio enormis*. The French Civil Code, for example, did contain rules on *laesio enormis* but with limited application. The concept of *laesio enormis* in the French Civil Code of 1804 was restricted only to sales contracts and only if the damaged party was the seller. Unequal consideration was also legally significant in cases involving contracts made by minors, such as agreements among heirs on the division of inheritance.[106] The reasons for such an approach can be traced to the stance of French legal theory, which denied the existence of just price because the value of goods varied among individuals. Therefore, only the price that had been agreed upon in the contract was considered legally relevant.[107]

The Austrian Civil Code adopted a subjective interpretation of the concept of *laesio enormis*, making it more difficult to prove its existence. Consequently, the protection of just price was more complex. Conversely, the Serbian Civil Code not only embraced the objective concept of *laesio enormis* but also allowed the possibility of fully waiving its application. The objective concept of *laesio enormis* is easier to prove, but it is easy to imagine how the option to fully waive its application could be abused. A price negotiated in such a manner would likely not be fair.

In contrast, German and Swiss civil codes did not regulate contracts with *laesio enormis* at all. The Japanese legal system is another example of a legal

[104] Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law, 29.

[105] Đorđević, Ž. (1958). *Problemi ekvivalentnosti u obligacionom pravu*. Belgrade: University, 47.

[106] A. Menyhard, 2003, Menyhárd, A. (2004). A jóerkölcsbe ütközõ szerzõdések (Immoral contracts), Budapest, 301.

[107] Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1593.

system that didn't contain such contracts.[108] The same applies to the concept of just price.

Autonomy of will and freedom of contract were dominant during this period, but this did not *a priori* exclude the possibility of negotiating a just price. However, when there was no legal method to protect against a breach of equal consideration or when its application was limited, it becomes evident that the concept of just price was significantly jeopardized in practice, and there were much higher chances of prestations between contracting parties being unequal. Nonetheless, the considerable progress made by the institutes of just price and the principle of equal consideration should not be overlooked, evolving from philosophical and purely theoretical concepts to legal institutions that offered some form of legal protection and, although limited at the time, a defined scope of application.

CONCLUSION

The concept of just price is considered the cradle of the principle of equal consideration, which is now one of the fundamental principles of contract law. At the same time, it is closely related to the principle of fairness. The idea of a just price emerged very early, particularly since sales contracts were one of the most significant and frequently concluded agreements throughout history. Aristotle equated just price with equal consideration and believed it unjust for one party to be enriched at the expense of another. His followers shared similar views. However, critics of their teachings highlight that Aristotle perceived market price as immutable, disregarding various circumstances that could influence it.

In Roman law, during the periods of the Republic and Principate, the prevailing belief was that a contract must have a real, tangible price, which did not necessarily have to be just. The reason behind this was the assumption that it was entirely normal and natural for everyone to seek to maximize profits in legal transactions, and such behavior had no impact on the legal fate of the contract. Although certain restrictions on freedom of contract existed, they had a very limited scope.

In the post-classical period, different rules were established for contracts that served the "common interest of the empire" and contracts between private

[108] Salma, J. (1979) Obeležja pojma i pravnih posledica načela ekvivalentnosti prema Zakonu o obligacionim odnosima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, posebna sveska sa savetovanja o primeni Zakona o obligacionim odnosima, Zakona o autorskom pravu i Zakona o izvršnom postupku*, 71.

individuals. The demand for a just price was applied only to the first group of contracts. However, during negotiations between private individuals, in addition to what was punishable in the classical period, any form of manipulation was prohibited during the Dominate period. It was in this period that the first edicts were issued, which set maximum prices for certain foodstuffs, and it is believed that this is when the first rules on *laesio enormis* in sales contracts emerged. Although their application was highly restricted, this period remains particularly significant for the further development of the just price institution, as well as the principle of equal consideration.

Justinian's Code introduced two new provisions that are attributed to the emperors Diocletian and Maximilian and relate precisely to the institution of *laesio enormis*. The first provision stipulated that if the buyer was damaged in a land sale for more than half the price, the contract could be terminated, or it could be upheld if the difference was paid to achieve the fair value of the prestation. If not altered by Justinian's compilers, this provision would be the first time in legal history where the concept of "damages exceeding half" was explicitly mentioned as a reason for contract termination. The second provision supposedly originates from the same period and was directed again at private individuals, with essentially the same solutions concerning the just price and damages exceeding half. Although their authenticity is controversial, and there is evidence that these provisions are actually part of Justinian's interpolations, their significance is immense as they created specific outlines of the content and scope of the legal institution as it is known today.

In the Middle Ages, particularly in canon law, rules regarding just price experienced a sort of renaissance. Emphasis was placed on the fairness of contracts and equal consideration. At the same time, the value of prestations was not considered fixed or immutable, nor was it equated with the production costs of the subject matter of the contract, but rather the market value that the prestation had an open market that isn't monopolized.

The situation changed during the period of the first civil codes. As beliefs about the autonomy of will predominated during this time, and minimal restrictions were placed on freedom of contract, rules regarding just price and *laesio enormis* found their place only in some of the significant civil codes of that era, and in a limited scope. Despite this, the codification of these rules represented a remarkably significant step towards shaping the legal institutions of just price and *laesio enormis* as they are known today and establishing the principle of equal consideration as one of the most crucial principles in contract law.

The evolution of the concept of just price was not linear — from philosophical and theoretical considerations to codification, it went through a

considerable period where historical circumstances influenced the status and development of this legal standard. Society's understanding of justice, fairness, equality, and the measure of permissible deviation from them affected how the legal standard of just price appeared and was applied in each historical period.

Studying these historical developments allows us to gain valuable insights into both successful and less successful legislative solutions, and based on these experiences, shape the institution of just price and the principle of equal consideration in a more successful, comprehensive, and rational manner in modern times and legislation.

BIBLIOGRAPHY

Aličić, S. (2020). Just price and laesio enormis in Civil Law and Islamic Law. in: *Uvod u šerijatsko pravo – Introduction to sharia law*. (Čolović, V. & Manić, S. – ed.), Belgrade: Institute for Comparative Law, 133–146.

Aristotle, (1909). *The Rhetoric of Aristotle* (Claverhouse Jebb, R. – trans.). Cambridge: Cambridge University Press.

Aristotle, (1999). *Nicomachean ethics*. (Irwin, T. – trans.). Indianapolis, Cambridge: Hackett Publishing Company.

Belaj, V. (2002). Geneza cijene kod ugovora o prodaji. *Pravni Vjesnik*, 3–4, 9–24.

Bogojević Gluščević, N. (1997). *Izvori za rimsko obligaciono pravo*. Podgorica: Unirex.

Đorđević, Ž. (1958). *Problemi ekvivalentnosti u obligacionom pravu*. Belgrade: University.

Feješ Sič, M. (1989). Razlog donošenja Teodosijevog kodeksa. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1–3, 183–196.

Feyeš Sič, M. (1984), Lex Roman Visigothorum. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 151–170.

Gordley, J. (1981). Equality in exchange. *California Law Review*, 6 (1), 1587–1656.

Grotius, H. (2005). *The jure belli ac pacis* (Tuck, R. – ed.). Indianopolis: Liberty Fund.

Hallebeek, J. (2015). Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman–Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics. *Fundamina*, 14–33.

Jankovec, I. (1976). Transformacija cene kao elementa ugovora o prodaji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 217–238.

Lukić, V. (1985). Princip ekvivalentnosti, monetarni nominalizam i indeksne klauzule u obligacionom pravu. *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*, 10–11, 1–8.

Menyhárd, A. (2004). *A jóerkölcsbe ütközõ szerzõdések ,* Budapest, 301.

Milošević, Lj. (1957). *O zelenaškom ugovoru*. Belgrade: doctoral dissertation.

Monnier, H. (1900). Études De Droit Byzantin: Méditation Sur La Constitution Ἑκατερωι Et Le „Jus Poenitendi", *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, 24 (1), 37–107.

Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*. Novi Sad: Faculty of Law.

Rosenfeld, M. (1975). Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory. *Iowa Law Review*, 70 (4), 769–900.

Салма, J. (1979) Обележја појма и правних последица начела еквивалентности према Закону о облигационим односима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, посебна свеска са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, 71.

Sič, M. (2006). Pravična cena (*pretium iustum*) i njena primena tokom istorije. *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, 120 (1), 199–227

Stanković, E. (2010). Protection of the poor during Diocletian's reign, *Fundamina*, 1 (1), 423–427.

Squillante, A. M. (1969–1970). Unconscionability: French, German, Anglo–American Application. *Albany Law Review*, 297–313.

Thayer, J. B. (1937). Laesio enormis. *Kentucky Law Journal*, 25 (4), 321–341.

Van den Bergh, R. (2012), The long life of laesio enormis. *Studia Universitatis Babes Bolyai–Iurisprudentia*, 12 (4), 35–52.

Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb.

Westbrook, R. (2008). The origin of laesio enormis. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 39–52.

Živković, M. (2006). *Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*. Belgrade: Faculty of Law in Belgrade.

.

Originalni naučni rad
DOI: 10.5937/gakv95-41494
UDC 341.241

Ivana Radomirović[*]
Institut za uporedno pravo
ORCid: 0000-0001-8818-1464

SAGLASNOST ZA ZAKLJUČENJE UGOVORA[**]

SAŽETAK: Predmet rada je saglasnost trećeg lica za zaključenje ugovora. Dosadašnji manjak interesovanja pravne nauke za institut saglasnosti trećeg lica za zaključenje ugovora je posledica njegove normativne razuđenosti. Imajući u vidu da se saglasnost trećeg lica za zaključenje ugovora zahteva često, u raznolikim i brojnim slučajevima, ona je sporadično uređena u delovima propisa koji te ugovore uređuju. Imajući u vidu veliki broj slučajeva u kojima se zahteva saglasnost trećeg lica za zaključenje ugovora, saglasnost koja se za zaključenje ugovora zahteva je sporadično uređena u delovima propisa koji uređuju pojedine ugovore za čije zaključenje se saglasnost zahteva. Stoga, rad se bavi ugovorima za koje je potrebno pribaviti saglasnost trećeg lica i koji se u pravnom prometu najčešće javljaju, a to su ugovori u kojima učestvuju ograničeno poslovno sposobna lica, kao i uređenjem saglasnosti koja se zahteva za zaključenje ugovora o podzakupu i podlicenci. Predmet ovog rada je i analiza dosadašnjeg uređenja saglasnosti u zakonodavstvu Republike Srbije, kao i analiza pitanja vezanih za formu, pravnu prirodu i posledice nepostojanja saglasnosti za zaključenje ugovora. U radu se izlaže i uporednopravna analiza rešenja sadržanih u zakonodavstvu Nemačke, Francuske i Švajcarske.

Ključne reči: saglasnost trećeg lica za zaključenje ugovora, punovažnost ugovora, dozvola, odobrenje

[*] e-mail: ivaana.radomirovic@gmail.com, istraživač pripravnik.
[**] Rad je primljen 30. 11. 2022, a prihvaćen je za objavljivanje 15. 5. 2023. godine.

UVOD

Institut saglasnosti trećeg lica za zaključenje ugovora je institut koji još uvek nije dobio jednu opštu analizu i teorijski osvrt, što se može činiti iznenađujućim imajući u vidu broj situacija u kojima se pojavljuje. Razlog ovakvog manjka interesovanja naučne i stručne javnosti za ovaj institut možda se može pronaći upravo u njegovoj razuđenoj prisutnosti u različitim zakonom uređenim situacijama, koje nisu jednostavne za obradu na apstraktnijem i opštijem nivou. Saglasnost za zaključenje ugovora može se zahtevati iz mnogih razloga, pa je i uloga takve saglasnosti u samom postupku zaključenja ugovora različita. Drugo, saglasnost može biti data prethodno i naknadno, pri čemu se i sudbina ugovora zaključenih u odsustvu saglasnosti može razlikovati. Treće, saglasnost se može zahtevati i od privatnopravnih i od javnopravnih lica, pa se i sama uloga davaoca saglasnosti u postupku zaključenja ugovora može razlikovati. Društveno opravdanje za davanje takve saglasnosti je drugačije, i posledice nedavanja saglasnosti se razlikuju.

Ova raznolikost saglasnosti u pogledu lica koja je daju, vremena naspram zaključenja ugovora kada se daju, i uticaja na pravnu sudbinu ugovora, čine naučnu obradu instituta saglasnosti za zaključenje ugovora otežanom u tolikoj meri da se može i dovesti u pitanje svrsishodnost jedne takve analize. To ne čini manje bitnim potrebu da se jednoj ovakvoj analizi teži, i njome ujedno pokaže i eventualna neophodnost daljeg proučavanja saglasnosti za zaključenje ugovora kao jedinstvenog instituta, uz ukazivanje na pitanja koja se povodom davanja saglasnosti za zaključenje ugovora mogu postaviti.

Stoga će se prvi deo rada baviti analizom pojma saglasnosti za zaključenje ugovora, dok će drugi deo rada biti posvećen pojedinim slučajevima kod kojih Zakon o obligacionim odnosima i Porodični zakon nameću obavezu davanja prethodne ili naknadne saglasnosti za zaključenje ugovora. Prvi deo rada će, u okviru opšte analize, obuhvatiti istoriju uređenja saglasnosti u zakonodavstvu Republike Srbije, pitanje modifikovanog paralelizma forme saglasnosti, posledice odsustva saglasnosti na pravnu sudbinu ugovora, kao i analizu odnosa instituta saglasnosti sa zastupanjem i poslovodstvom bez naloga kao srodnim institutima, a radi jasnijeg sagledavanja pravne prirode saglasnosti. Drugi deo rada, koji će se baviti različitim situacijama u kojima se zahtev za davanje saglasnosti nameće, obuhvata ugovore ograničeno poslovno sposobnih lica, ugovore kojima se raspolaže nepokretnom imovinom deteta i pokretnom imovinom deteta velike vrednosti, i ugovore o podzakupu i podlicenci.

Radi podrobnog ispitivanja zakonskih rešenja koja se odnose na saglasnost za zaključenje ugovora, u radu će pre svega biti korišćen normativno-dogmatski metod, kako bi se došlo do jasnog prikaza jezičke i logičke

sadržine normi koje uređuju saglasnost za zaključenje ugovora. Kroz primenu istorijskog metoda biće izložen tok razvoja instituta saglasnosti kroz relevantne zakonske propise, što doprinosi sagledavanju instituta u celini, njegove evolucije i odnosa sa aktuelnim rešenjima, uz eventualno iznošenje *de lege ferenda* predloga. Celokupan rad će biti prožet i odgovarajućom uporednopravnom analizom zakonskih rešenja Francuske, Švajcarske i Nemačke, te će takvom uporednopravnom analizom rad biti metodološki zaokružen, a u cilju rasvetljavanja koncepta saglasnosti lica za zaključenje ugovora.

OPŠTA PITANJA O SAGLASNOSTI ZA ZAKLJUČENJE UGOVORA

Analiza instituta saglasnosti za zaključenje ugovora podrazumeva pojmovnu analizu instituta, čiji je cilj da se dođe do jedinstvene definicije ovog pojma, uprkos nejedinstvenom zakonskom uređenju. Pojam saglasnosti za zaključenje ugovora prati i geneza pojma kroz zakonodavstvo Republike Srbije, kao i pitanje forme saglasnosti. Nakon celovite analize pojma kroz navedene dimenzije, postavlja se pitanje pravnih posledica koje po ugovor proizvodi nedostatak saglasnosti kada je ona propisana zakonom. Takođe, radi preciznog određenja pojma saglasnosti neophodno je izvršiti i pojmovno razgraničenje saglasnosti sa srodnim institutima.

Pojam i razvoj saglasnosti za zaključenje ugovora

Princip autonomije volje na osnovu koga su strane u obligacionom odnosu slobodne da svoje odnose urede po sopstvenoj volji trpi nekoliko ograničenja. Sloboda zaključenja ugovora je nekada ograničena i zahtevom da se neko treće lice saglasi sa zaključenjem ugovora.[1] U skladu sa opštom odredbom čl. 29. Zakona o obligacionim odnosima, ova saglasnost može biti data prethodno ili naknadno,[2] od čega će i zavisiti posledice odsustva saglasnosti. Pošto neispunjenje zahteva zakonodavca u pogledu saglasnosti trećeg za zaključenje ugovora utiče na valjanost zaključenih ugovora kao i sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, osnov i predmet, koji se smatraju opštim bitnim uslovima za

[1] Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo – knjiga prva*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova *Službeni list SFRJ*, 176.

[2] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89. – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ,* br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003. – Ustavna povelja *i Službeni glasnik RS*, br. 18/2020, čl. 29, st. 1.

zaključenje ugovora, može se zaključiti da saglasnost za zaključenje ugovora, uz formu, predstavljaju posebne bitne uslove za zaključenje ugovora, ukoliko je tako zakonom propisano ili je tako predviđeno voljom ugovornih strana. Iz zakonske formulacije nedvosmisleno proizlazi da se ova saglasnost zahteva od trećeg lica, dakle lica koje se nalazi van ugovora, i koje nema, niti će imati svojstvo ugovorne strane. Treće lice čiji se pristanak zahteva u smislu ove odredbe može biti fizičko ili pravno lice, kao i lice privatnog i javnog prava. Saglasnost trećeg lica samostalno proizvodi pravna dejstva, te se može zaključiti da je reč o jednostranom pravnom poslu, kao poslu koji se sastoji od izjave volje jednog lica. Na osnovu izloženih elemenata, saglasnost za zaključenje ugovora se može definisati kao jednostrani pravni posao koji u zakonom propisanim slučajevima predstavlja uslov za zaključenje ugovora i koji preduzima lice koje nije ugovorna strana u tom ugovoru, a koji je usmeren na davanje ili uskraćivanje pristanka da se ugovor zaključi.

Srpski građanski zakonik iz 1844. godine saglasnost za zaključenje pojedinih ugovora spominje sporadično, u pojedinim slučajevima. Srpski građanski zakonik je razlikovao režim pod koji potpada imovina deteta ukoliko je ona nastala pod „roditeljskom vlašću i njihovim upravljanjem“ što će predstavljati imovinu roditelja do momenta naslednopravne sukcesije. S druge strane, deca stiču svojinu na stvarima i pravima koja su stekla svojim trudom ili poklonom, iako će do sticanja punoletstva, koje se po Srpskom građanskom zakoniku sticalo sa navršenom 21 godinom, biti pod režimom očinskog upravljanja.[3] Čl. 122. SGZ u režimu imovine pod očinskim upravljanjem opet razlikuje glavnicu, glavnu stvar, i plodove, pri čemu je glavnu stvar dužan sačuvati, osim ako „bi se potrošak toga za osnivanje sreće detinje iziskivao“, u kom slučaju se potrošak može učiniti uz dopuštenje suda. Takođe, deca mlađa od 7 godina bila su izjednačena sa licima „lišenim razuma“, te im je bilo zabranjeno zaključivanje svih ugovora. Međutim, ukoliko bi nešto „primila na svoju korist“, takva pravna radnja bi proizvodila pravna dejstva.[4] Uvažavajući sada već prevaziđenu terminologiju kojom se služio tvorac SGZ-a može se pretpostaviti da je zapravo deci koja nisu navršila 7 godina života bilo dozvoljeno preduzimati one pravne poslove kojima se pribavljaju isključivo prava. Drugi poslovi koje bi preduzeo maloletnik nisu bili apsolutno ništavi, već je mogao da se traži poništaj takvog ugovora. Pravo da se sudski zahteva poništenje ugovora pripadalo je samo maloletniku, i na njemu je bio teret dokazivanja da je zaključenjem ugovora pretrpeo štetu, dok bi saugovarač, radi održanja

[3] Srpski građanski zakonik – SGZ od 11. marta 1844. godine, sa izmenama i dopunama, para. 122.

[4] SGZ, para. 533.

ugovora na snazi, mogao da dokazuje suprotno, da maloletno lice nije pretrpelo štetu zaključenjem predmetnog ugovora.[5]

Međutim, Mihailo Konstantinović je smatrao potrebnim da slučaj, kada se zahteva saglasnost za zaključenje ugovora koju daje treće lice, izdvojeno zakonski uredi, tako da je jedna takva odredba pronašla svoje mesto u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima. Odredba čl. 4. Skice je preuzeta u ZOO uz sitne terminološke izmene.[6] Ova odredba je dugo bila imuna na bilo kakve izmene ili dopune, pa je tako u integralnoj verziji preuzeta čak i u čl. 172. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije.[7] Može se zaključiti da potreba za razvojem ili eventualnom promenom ove odredbe nije uočena, niti se razmatrala njena izmena u srpskom zakonodavstvu. Međutim, odredba o poslovnoj sposobnosti poklonoprimca („daroprimca") iz čl. 512. Skice nije pronašla svoje mesto u Zakonu o obligacionim odnosima. Prema toj odredbi, dar može primiti i poslovno nesposobno lice, ali njegov zakonski zastupnik može svojom izjavom raskinuti dar ukoliko je ovaj prihvaćen bez njegove dozvole. Ova odredba predstavlja svojevrstan „izuzetak od izuzetka", uspostavljanje kontrole zakonskog zastupnika nad pravnim poslom kojim poslovno nesposobno lice u načelu stiče samo prava. Uprkos dobročinoj prirodi ugovora o poklonu, moguće je da zakonski zastupnik utvrdi da ovakav posao ipak nije u najboljem interesu poklonoprimca, da mu ipak nameće neke obaveze ili terete, pa možda čak i da spreči nametanje poreskih obaveza poslovno nesposobnom licu, kao što je slučaj sa ugovorom o poklonu nepokretnih stvari u nemačkom pravu.[8]

Osnovno pravilo koje postavlja Zakon o obligacionim odnosima po uzoru na Skicu profesora Konstantinovića glasi da se saglasnost koju daje treće lice za zaključenje ugovora može dati i prethodno i naknadno, bez davanja prioriteta bilo kojoj od te dve opcije.[9] Tek ukoliko je zakonom predviđen naročit zahtev da se saglasnost mora dati u obliku odobrenja, odnosno u obliku dozvole, može se govoriti o davanju prednosti nekom od ova dva modaliteta saglasnosti trećeg lica.

---

[5] Pavlović, Đ. (2014). *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 232.

[6] Konstantinović, M. (1996). *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova *Službeni list SFRJ*, čl. 4.

[7] Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije. (2015). Preuzeto 19. 8. 2022. sa: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html čl. 172.

[8] Više o tome u daljem tekstu rada.

[9] Konstantinović, M. (1996) *Op. cit.*

FORMA SAGLASNOSTI ZA ZAKLJUČENJE UGOVORA

Do marta 2020. godine u pogledu saglasnosti trećeg lica za zaključenje ugovora važio je princip paralelizma formi. Između forme saglasnosti za zaključenje ugovora i forme ugovora za čije se zaključenje saglasnost daje nije smeo postojati disparitet, pa je forma saglasnosti u potpunosti pratila formu ugovora. Nakon izmene i dopune ZOO, odredba čl. 29. ZOO je dopunjena st. 3. prema kojem je za ugovor za čije se zaključenje saglasnost daje propisana forma javnobeležničkog zapisa ili javnobeležnički potvrđene isprave, dovoljno je da saglasnost bude data u formi javnobeležnički overene (legalizovane) isprave.[10] Kada je reč o blažim formama ugovora i funkcijama takvih formi, poput sprečavanja prenagljenog odlučivanja i obezbeđivanja autentičnosti ugovora, princip paralelizma formi je opravdan.[11] Međutim, kada je za ugovor propisano da mora biti zaključen u strožim – javnobeležničkim formama, zakonodavac smatra da se funkcija ovih formi, pre svega dokazna i kontrolna, mogu postići i bez nametanja strogih zahteva forme za saglasnost.

Nemački građanski zakonik je izričito pri stavu da saglasnost ne mora biti data u formi koja se zahteva za pravni posao za koji se daje. Izjava o davanju pristanka ili odbijanju da se pristanak dâ može se saopštiti bilo kojoj od ugovornih strana.[12] Sličan stav srećemo i u švajcarskom pravu. Zakonski zastupnik lica sposobnog za rasuđivanje koje nema odgovarajuću poslovnu sposobnost može dati saglasnost prethodno ili naknadno, dok se saglasnost može dati izričito ili prećutno,[13] bez potrebe da bude data u nekoj naročitoj formi. Ipak, ne možemo se složiti sa stavom da saglasnost treba da bude lišena bilo kakvih zahteva u pogledu forme. Kada je cilj forme zaštita privatnih interesa, interesa ugovornih strana, zaštita od prenagljenog odlučivanja i nesmotrenog pristupanja zaključenju ugovora, smatramo opravdanim da se za saglasnost propiše obavezna forma. Postavljanjem takvih zahteva i u pogledu forme saglasnosti postiže se potpunije postizanje ciljeva forme kojima se teži propisivanjem forme za ugovor za čije zaključenje se saglasnost daje.[14] Takođe, obaveznim utvrđivanjem identiteta davaoca saglasnosti u postupku legalizacije privatne

[10] ZOO, čl. 29, st. 3.

[11] Predlog zakona o izmenama i dopuni Zakona o obligacionim odnosima. (2019). Preuzeto 19. 8. 2022. sa: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2883-19.pdf.

[12] Nemački građanski zakonik iz 1900. godine sa izmenama (*Bürgerliches Gesetzbuch;* dalje u fusnotama: NGZ), para. 182, al. 1.

[13] Švajcarski građanski zakonik iz 1907. godine sa izmenama (*Code Civil Suisse;* dalje u fusnotama: ŠGZ*)*, para. 19a.

[14] Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije, 32.

isprave se postiže i funkcija preventivne jurisdikcije i obezbeđivanja pravne sigurnosti koja je svojstvena svim javnobeležničkim formama.

Kada je u pitanju forma saglasnosti za zaključenje ugovora, treba razlikovati i saglasnosti koje daju privatnopravni i javnopravni subjekti. Saglasnost koju daju javnopravni subjekti u zakonom propisanom postupku i u granicama ovlašćenja imaju oblik upravnog akta i samim tim svojstvo javne isprave, te je nepotrebno i nezamislivo za takve saglasnosti nametati da budu date u bilo kojoj javnobeležničkoj formi. Zaštita javnog interesa i dokazna funkcija forme se u podjednakoj meri postižu i davanjem saglasnosti u obliku upravnog akta.[15] Pored mogućnosti da je ovakav postupak uređen posebnim propisima, u kom slučaju će se primenjivati posebni zakon,[16] razlozi svrsishodnosti takođe ne ukazuju na potrebu da se saglasnost data od strane upravnog organa sastavlja u formi javnobeležnički potvrđene isprave. Naime, zaštita javnog interesa, kao i dokazna funkcija postižu se u jednakoj meri i sastavljanjem saglasnosti u obliku upravnog akta. Davanje saglasnosti za zaključenje ugovora od strane organa uprave je uređeno pravilima upravnog prava, pri čemu upravnopravno uređenje saglasnosti ne menja obligacionopravnu prirodu ugovora za čije se zaključenje daje.[17]

Dozvola ili odobrenje koje daje državni organ se ne smatraju samostalnim pravnim poslom. S druge strane, saglasnost koju daje fizičko ili pravno lice koje je privatnopravni subjekt ima prirodu jednostranog pravnog posla građanskog prava na koji se primenjuju odredbe ZOO, uključujući i odredbe o formi saglasnosti.[18]

Pravna priroda saglasnosti za zaključenje ugovora i pravne posledice odsustva saglasnosti za zaključenje ugovora

U doktrini postoje različiti stavovi u pogledu pravne prirode saglasnosti za zaključenje ugovora, pa samim tim i posledica njenog odsustva. Prema

[15] Radomirović, I. (2020). *Forma punomoćja za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti,* masterski rad odbranjen na Pravnom fakultetu univerziteta u Beogradu, 17.

[16] Antić, O. (2012). *Obligaciono pravo.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 342.

[17] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Zagreb: *Narodne novine*, 166; Perović, S., Stojanović, D. (ur.). (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Kragujevac, Gornji Milanovac: Kulturni centar, Pravni fakultet u Kragujevcu, 194; Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije, 32; Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića.* Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, 51.

[18] Vizner, B. (1978). *Op. cit.*, 166.

jednom stanovištu, reč je o sastavnom delu bitne forme ugovora, te do kompletiranja forme pravnog posla davanjem saglasnosti takav ugovor ne proizvodi pravna dejstva.[19] Drugi stav o prirodi saglasnosti za zaključenje ugovora govori o davanju saglasnosti kao odložnom uslovu,[20] prema kome je ugovor nastao, ali počinje proizvoditi pravna dejstva u momentu ostvarenja uslova, odnosno dobijanja potrebne saglasnosti. Međutim, o saglasnosti trećeg lica kao odložnom uslovu može se govoriti samo kada je reč o naknadnoj saglasnosti za zaključenje ugovora, a imajući u vidu da prilikom prethodnog davanja saglasnosti ne dolazi do zasnivanja uslova jer saglasnost prethodi zaključenju ugovora.[21] Dakle, stav o saglasnosti trećeg lica kao odložnom uslovu može se razmotriti kada je reč o davanju odobrenja.[22] Kada je reč o saglasnosti koju daje zakonski zastupnik ograničeno poslovno sposobnog lica, Konstantinović zauzima stav da je reč o izjavi volje koja predstavlja sastavni deo ugovora koji zaključuje maloletnik, a da samostalno posmatrano, ona predstavlja jednostrani pravni posao na koji se primenjuju pravila o takvim pravnim poslovima.[23]

Uprkos različitim teorijama, čini se najprikladnijim prethodno utvrđivanje prirode saglasnosti putem svrhe radi koje se saglasnost zahteva. Cilj propisivanja zahteva u pogledu saglasnosti može biti sprečavanje pravnih dejstava pravnog posla da uopšte nastupe bez saglasnosti, a može biti i da je cilj ovakvog pravila da se određena fizička ili pravna lica disciplinuju i kontrolišu u pravnom prometu, te da se nepostupanje po zakonskim zahtevima prepozna i sankcioniše na odgovarajući način. Ukoliko je reč o saglasnosti koju daje državni organ u odgovarajućem upravnom postupku,[24] po pravilu će biti reč o težnji zakonodavca da uspostavi kontrolu nad određenom vrstom pravnih poslova ili nad prometom određenih dobara koja mogu biti opasna ili koja zahtevaju pojačanu obazrivost i oprez prilikom stavljanja u promet. Tako lice koje želi da otuđi vatreno oružje ima pravno relevantnu volju potrebnu za

[19] Stanković, O. (ur.). (1996). *Leksikon građanskog prava.* Beograd: Nomos, 389.

[20] Salma, J. (2004). Obligaciono pravo. Novi Sad: Pravni fakultet Novi Sad, 272; Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije, 32; Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića.* Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, 51.

[21] Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo – knjiga prva*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova *Službeni list SFRJ*, 176.

[22] Krulj, V., Blagojević, B. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Beograd: Savremena administracija, 51.

[23] Konstantinović, M. (1969). *Op. cit.*, 50.

[24] Konstantinović takođe slučajeve kada se za zaključenje ugovora zahteva saglasnost trećeg lica deli na slučajeve kada je potreban pristanak drugog lica, pri tome misleći na privatnopravna lica, i slučajeve kada je potreban pristanak državnog organa. Konstantinović, M. (1969). *Op. cit.*, 50–51.

zaključenje ugovora kojim se vatreno oružje otuđuje, ali pravno relevantna volja nije dovoljna. Potrebno je i da država, kao lice koje ima interes da kontroliše bezbedan promet vatrenog oružja dâ svoju saglasnost, te se takva dozvola državnog organa nalazi van uslova punovažnosti ugovora koji se tiče volje ugovornih strana i predstavlja samostalan uslov za punovažnost ugovora. Ugovor zaključen bez prethodne saglasnosti državnog organa je po pravilu pogođen sankcijom ništavosti.[25] Ukoliko je reč o naknadnoj saglasnosti, oni se smatraju zaključenim pod odložnim uslovom, te ako se uslov ispuni, odnosno odobrenje bude dato, takvi ugovori će proizvoditi pravna dejstva od momenta zaključenja.

Isto se može reći i kada je reč o saglasnosti organa starateljstva koja je potrebna za obavljanje poslova koji prelaze okvir redovnog upravljanja imovinom štićenika,[26] kao i detetovom nepokretnom i pokretnom imovinom velike vrednosti.[27] Lice koje traži saglasnost je potpuno poslovno sposobno, bilo da je reč o licu koje pravni posao preduzima u svoje ime i za svoj račun ili o njegovom zakonskom zastupniku, ali je ipak potrebno da poslednju reč ima državni organ kompetentan da proceni svrsishodnost i opravdanost preduzimanja takvog pravnog posla. Odnos organa koji daje saglasnost prema samom ugovoru za koji saglasnost daje je kontrolne prirode, državni organ nema neposredan interes za ishod konkretnog pravnog posla, za ugovorne strane, niti za njegov predmet, već je reč o njegovoj nadležnosti da kroz davanje odobrenja vrši kontrolu ugovora te vrste. Državni organ je nadležan da u unapred propisanom upravnom postupku utvrdi da li određeno lice treba da zaključi takav ugovor, da li je to u interesu zastupanog lica, i ukoliko su navedeni uslovi ispunjeni, on će odobriti konkretan pravni posao.

S druge strane, kada je reč o saglasnosti koju zakonski zastupnik daje za pravne poslove koje je zaključilo ograničeno poslovno sposobno lice, zakonski zastupnik, kao lice koje je zakonom ovlašćeno da se stara o pravima i interesima tog lica, zapravo kompletira i dopunjuje njegovu volju. Volja ograničeno poslovno sposobnog lica nije dovoljna za zaključivanje određenih ugovora, pa je potrebno i da njegov zakonski zastupnik dâ svoju saglasnost.[28] Ovde se može govoriti o saglasnosti trećeg kao uslovu koji je obuhvaćen uslovom punovažnosti ugovora koji se tiče volje. Ovo i stoga što je odnos trećeg lica prema pravnom poslu koji ograničeno poslovno sposobno lice treba da zaključi

[25] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića.* Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, 51.

[26] Porodični zakon – PZ, *Službeni glasnik RS,* br. 18/2005, 72/2011. – dr. zakon i 6/2015, čl. 139, st. 3.

[27] PZ, čl. 193, st. 3.

[28] Konstantinović, M. (1969). *Op. cit.*, 50.

intimniji, pa je ovo lice više zainteresovano za ishod ovakvog ugovora. Ono se stara o njegovim pravima i interesima, brine se o njegovoj imovini i pravnoj poziciji, te je naročito zainteresovano da konkretan ugovor koristi licu koje zastupa. Zakonski zastupnik, za razliku od državnog organa, svoje ovlašćenje da dâ saglasnost izvodi iz naročitog odnosa koji ima sa konkretnim licem, poput roditelja kao „najvećeg prirodnog garanta deteta“[29]. U ovoj situaciji dolazi do izražaja i težnja da se propisivanjem zahteva saglasnosti zaštite i interesi trećih lica, pri čemu se na ovom mestu pojam trećih lica odnosi na ona lica koja nisu ni na jedan način uključena u proces zaključenja ugovora, a može se drugačije nazvati i funkcijom sigurnosti pravnog prometa.[30] U nemačkoj doktrini se kao cilj davanja saglasnosti zakonskog zastupnika za pravne poslove maloletnika sa navršenom sedmom godinom života navodi zaštita maloletnika, sprečavanjem da maloletnik preduzme pravne poslove kojima bi sebi naneo štetu ili pogoršao svoj pravni položaj,[31] ali i zaštita maloletnika od trećih lica koja mogu zloupotrebiti njegovo neiskustvo. Svakako, svaki pravni sistem ima zadatak da uspostavi ravnotežu između interesa zaštite poslovno nesposobnog lica i lica sa kojima oni stupaju u ugovorne odnose.[32]

Treća vrsta saglasnosti koja se može tražiti za potpunost određenog pravnog posla jeste ona koju je ovlašćeno da dâ tačno određeno lice na osnovu pravne pozicije ili uloge koju ima u nekom pravnom odnosu, a koji prethodi ugovoru koji se želi zaključiti i koji se zapravo na njemu zasniva. U ovu grupu saglasnosti možemo uvrstiti i saglasnost zakupodavca koja se traži za davanje zakupljene stvari u podzakup, kao i saglasnost davaoca licence za davanje podlicence. U ovim slučajevima, lica čija se saglasnost traži su učesnici nekog prethodnog ugovornog odnosa povodom koga se predmetni ugovor želi zaključiti, te otuda njegov interes da utiče na pravnu sudbinu takvog ugovora.[33] Ova lica zastupaju sopstveni interes, a ne javni, niti interes lica o kome se staraju.

Zakon o obligacionim odnosima rešava ovu situaciju u pogledu ugovora ograničeno poslovno sposobnih lica: ako ograničeno poslovno sposobno lice zaključi ugovor sa trećim licem bez odobrenja zakonskog zastupnika, a u

[29] Stanković, O. (1982). Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu. *Anali Pravnog fakulteta,* 1982 (6), 1229.

[30] Vodinelić, V. (1999). Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika. *Pravo – teorija i praksa,* (3), 43.

[31] Đurđević, D. (2010). Neutralni pravni poslovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (2), 81.

[32] Smits, J. M. (2017). *Contract Law: A Comparative Introduction*. Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub, 127.

[33] Naravno, taj interes je manje izražen kod davaoca licence i zakupodavca nego kod poverioca, a imajući u vidu da se njihove dozvole ne traže uvek, već samo u naročito propisanim slučajevima, i pošto se dozvola može odbiti samo iz naročito ozbiljnih razloga.

pitanju je ugovor koji se nalazi van kruga ugovora čije samostalno zaključivanje mu je dozvoljeno zakonom, po slovu zakona, takav ugovor će biti rušljiv, ali može biti osnažen naknadnim odobrenjem zakonskog zastupnika.[34] Isto rešenje ima i nemačko pravo. Ako saugovornik poslovno nesposobnog lica pozove zakonskog zastupnika da se izjasni da li posao odobrava, izjašnjenje može biti dato samo njemu, dok bi izjašnjenje dato maloletniku pre poziva da se izjasni bilo nepunovažno.[35] Za razliku od našeg prava u kome se nakon proteka roka od 30 dana od poziva da se izjasni smatra da je odobrenje odbijeno, u nemačkom pravu taj rok iznosi dve nedelje od prijema zahteva za izjašnjenje. U švajcarskom pravu rok je formulisan kao razuman period koji je odredio saugovornik ili sud.[36]

U pogledu pravne prirode i sudbine takvog ugovora, zaključenog od strane ograničeno poslovno sposobnog lica, a bez saglasnosti zakonskog zastupnika, uprkos postojanju različitih stavova, te zakonskom uređenju ovih pravnih poslova kao rušljivih, najzastupljeniji je stav koji ovakve ugovore smatra tzv. hramajućim pravnim poslovima (*negotium claudicans).* Hramajući pravni posao se definiše kao pravni posao za čiju je punovažnost potrebna saglasnost, odnosno odobrenje nekog trećeg, pri čemu takav pravni posao ne proizvodi nikakva pravna dejstva do dobijanja saglasnosti.[37] Postoji stav u teoriji prema kome su hramajući poslovi i svi drugi poslovi za čiju valjanost je potrebno dobiti saglasnost trećeg.[38] Dakle, sve do dobijanja odobrenja zakonskog zastupnika ne može se reći da je ugovor nastao, već se može govoriti samo o određenoj „pravnoj situaciji" u kojoj se davanje saglasnosti očekuje,[39] tj. radi se o ugovoru *in statu nascendi.* Međutim, postoji i stav prema kome će ovaj hramajući pravni posao biti osnažen i bez naknadne saglasnosti zakonskog zastupnika. Naime, osnaženje ovakvog ugovora će nastupiti protekom roka tokom koga ovlašćeni subjekt može zahtevati da se ugovor poništi zbog poslovne nesposobnosti saugovornika ili odsustva saglasnosti.[40] Ali, saugovornik ograničeno poslovno sposobnog lica

[34] ZOO, čl. 56, st. 3. Kao što se ukazuje u različitim delovima rada, zakonodavčeva terminološka nedoslednost ponovo dolazi do izražaja. Iako se čl. 29, st. 1. ZOO odobrenje definiše kao saglasnost data posle zaključenja ugovora, čl. 56. govori o „naknadnom odobrenju" što u kontekstu zakonske definicije odobrenja predstavlja svojevrsni pleonazam te je određenje odobrenja kao naknadnog trebalo bi da izostane.

[35] NGZ, para. 108, al. 2.

[36] ŠGZ, para. 19a.

[37] Stanković, O. (ur.). (1996). *Leksikon građanskog prava.* Beograd: Nomos, 388.

[38] *Ibid*.

[39] Dolović Bojić, K. (2021). Pravno nepostojeći ugovori, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 113.

[40] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu, 220.

ne može zahtevati poništaj ugovora pozivajući se na odsustvo dozvole ili ograničenu poslovnu sposobnost saugovornika.[41] Saugovornik ograničeno poslovno sposobnog lica ima pravo da od ugovora odustane, što je pravna moć koja se daje savesnom saugovorniku bez obzira na pravo da zahteva poništaj u sudskom postupku. Prekluzija nastupa u roku od 30 dana od saznanja za poslovnu nesposobnost ili odsustvo saglasnosti zakonskog zastupnika, osim ukoliko zakonski zastupnik ne da odobrenje pre isteka tog roka. Reč je o preobražajnom pravu saugovornika koji nije znao za ograničenu poslovnu sposobnost saugovornika ili za odsustvo dozvole zakonskog zastupnika.[42]

Odnos saglasnosti za zaključenje ugovora sa srodnim institutima

a) Zastupanje

Zastupništvo se definiše kao vršenje pravnih poslova u tuđe ime, a na osnovu ovlašćenja za zastupanje, tako da prava i obaveze iz preduzetog pravnog posla nastupaju neposredno za zastupano lice.[43] Ovlašćenje za zastupanje može se zasnivati na zakonu, opštem aktu pravnog lica, aktu državnog organa i izjavi volje zastupanog.[44] Najčešći slučaj zakonskog zastupanja jeste zastupanje ograničeno poslovno sposobnih lica.[45] Što se tiče maloletnika koji imaju jednog ili oba roditelja, oni vrše roditeljsko pravo koje podrazumeva i ovlašćenje za zastupanje sve do sticanja punoletstva deteta i sticanja potpune poslovne sposobnosti, osim ukoliko i posle punoletstva roditeljsko pravo bude produženo sudskom odlukom. Zakonski zastupnici preduzimaju sve pravne poslove u ime i za račun deteta koje nije navršilo 14 godina života, osim korisnih, neutralnih i bagatelnih.[46] Poslovi koje bi mlađi maloletnik preduzeo samostalno ne bi proizvodili pravna dejstva, niti bi mogli biti osnaženi odobrenjem zakonskog zastupnika. U tom slučaju je reč o vršenju zastupničkih ovlašćenja, pošto roditelji preduzimaju pravne poslove u ime svog deteta, tako da prava

[41] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića.* Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, 50.

[42] Isto rešenje postoji i u nemačkom pravu, s tim što NGZ ne predviđa da se nakon isteka roka pravo na odustanak gubi, već saugovornik može odustati od ugovora dok god ga zakonski zastupnik ne odobri.

[43] Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Nomos, 193.

[44] ZOO, čl. 84, st. 2.

[45] Pored zastupanja ograničeno poslovno sposobnih lica, podjednako je bitno istaći i učestalost zastupanja pravnih lica, u čije ime pravne poslove preduzimaju ovlašćeni organi tog pravnog lica. V.: Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Op. cit.*, 208.

[46] PZ, čl. 64, st. 1.

i obaveze nastupaju neposredno za njega, a sve u skladu sa standardom najboljeg interesa deteta. Dete nema pravno relevantnu volju za preduzimanje određenih pravnih poslova, pa se u tom smislu ne može ni govoriti o zastupanju volje, već o zastupanju interesa deteta.[47]

Maloletnici koji su navršili 14. godinu života mogu preduzimati pravne poslove koje mlađi maloletnici ne mogu samostalno nikako preduzimati, ako imaju prethodnu ili naknadnu saglasnost zakonskog zastupnika. Davanjem saglasnosti on samo kompletira pravnu volju maloletnika, koji sam preduzima obaveze u svoje ime i za svoj račun.

Zakonsko zastupanje deteta od strane roditelja proizlazi iz sadržine roditeljskog prava i predstavlja i pravo i dužnost roditelja, u cilju zaštite ličnih i imovinskih interesa deteta.[48] Davanje saglasnosti predstavlja saglašavanje trećeg lica sa ugovorom koji saugovornik sam zaključuje, dok zastupništvo podrazumeva zaključivanje ugovora od strane samog zastupnika i neposredno proizvođenje pravnih dejstava takvog ugovora za zastupanog. Iako u oba slučaja lice izjavljuje svoju volju, prilikom davanja saglasnosti volja je usmerena na pristanak da se zaključi ugovor u čijem zaključenju on nije učestvovao, dok se kod zastupanja radi o pravnom poslu koji je zastupnik preuzeo, opet izjavljujući svoju volju, ali u tuđe ime. Iako će saglasnost zakonskog zastupnika biti potrebna za punovažnost nekih ugovora koje zaključuje zastupani, zakonski zastupnik će prilikom davanja saglasnosti ili odbijanja izjavljivati sopstvenu volju i u svoje ime, a ne u ime zastupanog. U pitanju je izjava volje koja samostalno posmatrano ima prirodu jednostranog pravnog posla.[49]

b) Poslovodstvo bez naloga

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, smatraće se da je nezvani vršilac od početka delovao kao zastupnik u dva slučaja: ukoliko obavljeni posao ne trpi odlaganje te predstoji šteta, ili ukoliko bi se neobavljanjem posla propustila očigledna korist za gospodara.[50] Reč je o nužnom i korisnom poslovodstvu kod koga je gospodar posla dužan da tako obavljen posao odobri, čime se smatra da je poslovođa delao u svojstvu zastupnika od samog početka. U slučaju nužnog i korisnog poslovodstva ne može biti reči o odluci gospodara posla da određeni posao odobri, već je nezavisno od svoje volje on dužan da

[47] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Zagreb: Narodne novine, 381.

[48] Draškić, M. (2020). Porodično pravo i prava deteta. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 277.

[49] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića.* Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, 50.

[50] ZOO, čl. 220, st. 2.

tako učini, a imajući u vidu da nezvani vršilac zapravo preduzima pravni ili materijalni posao na osnovu ovlašćenja sadržanog u zakonu.[51] Odobrenje se kod nužnog i korisnog poslovodstva ne može smatrati ratihabicijom iz čl. 228. Zakona o obligacionim odnosima, već se radi o jednostranom prihvatu obavljenih poslova, preuzimanju na sebe svih obaveza koje je poslovođa preuzeo u ime gospodara posla, kao i preuzimanju obaveze da se poslovođi naknade nužni i korisni izdaci i eventualno pretrpljena šteta.[52]

O davanju odobrenja u pravom smislu reči, koje zavisi od volje onog čiji je posao, može se govoriti samo ukoliko poslovođa dela bez zakonskog ovlašćenja, te isključivo od volje onog čiji je posao zavisi da li će takav posao biti naknadno odobren ili ne.[53] Iz zakonske formulacije se može jasno zaključiti da može biti reč i o pravnim i o materijalnim poslovima, dok se saglasnost iz čl. 29. Zakona o obligacionim odnosima daje samo kada je reč o pravnim poslovima. Drugo, gospodar posla odobrava posao koji je obavljen za njegov račun i u njegovom interesu. Kada treće lice daje saglasnost za zaključenje ugovora ta saglasnost je usmerena na osnaživanje posla koji ne pripada onome čija se saglasnost zahteva, već je cilj takve saglasnosti da dopuni nepotpunu volju lica čiji je ugovor u pitanju, ili da svojom saglasnošću potvrdi da je dati ugovor u interesu tog lica te da ga zastupnik takvog lica može preduzimati. U svakom slučaju, u pitanju je treće lice na koje se posledice preduzimanja pravnog posla ne projektuju, koje nema neposredni pravni interes za posao u pitanju. Stoga, iako se i u ovom slučaju zahteva davanje odobrenja, a radi ustanovljavanja fikcije da je ugovor o nalogu na osnovu koga je nezvani vršilac radio od početka, ne može se ova situacija poistovetiti niti se na nju primenjuje odredba čl. 29. Zakona o obligacionim odnosima, a imajući u vidu različitost okolnosti pod kojima se ugovor zaključuje, svojstvo u kojem se odobrenje daje i njegovu ulogu. Ako onaj čiji je posao odobri (naknadno odobri, po rečima zakonodavca) ono što je izvršeno, on postaje nalogodavac iz ugovora o nalogu. Njegova pravna pozicija je saugovaračka, te on svojim odobrenjem zapravo zasniva ugovor iz koga za njega neposredno proističu odgovarajuća prava i obaveze. Kada je reč o saglasnosti trećeg lica, ono davanjem saglasnosti ne stupa u ugovorni odnos, već njegova saglasnost predstavlja neophodan uslov za punovažnost tog ugovora, ono je u tom odnosu treće lice i davanjem takve saglasnosti se stiču prava i obaveze za ugovornike, a ne za njega, čak i ako saglasnost daje u svojstvu zakonskog zastupnika.

---

[51] Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Nomos, 196.

[52] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Zagreb: Narodne novine, 1003.

[53] ZOO, čl. 228.

POJEDINI SLUČAJEVI ZA KOJE JE PROPISANA SAGLASNOST TREĆEG LICA KAO USLOV VALJANOSTI UGOVORA

Ugovori ograničeno poslovno sposobnih lica

Ograničeno poslovno sposobno lice može samostalno preduzimati samo one pravne poslove na čije zaključenje je zakonom ovlašćeno, a za sve ostale mu je potrebno odobrenje zakonskog zastupnika, a ugovori zaključeni bez odobrenja mogu biti osnaženi naknadnim odobrenjem.[54] Očigledno je da čl. 56. ZOO nije uvažena podela saglasnosti trećeg lica na prethodnu i naknadnu, jer se na oba mesta govori o odobrenju. Smatramo da je u pitanju još jedna jezička nepreciznost zakonodavca, te da zakonodavac nije imao nameru da saglasnost u ovom slučaju ograniči samo na naknadnu. Porodični zakon, sa druge strane, kada govori o saglasnosti roditelja za poslove koje preduzima stariji maloletnik, kaže da se ona može dati i prethodno i naknadno.[55] Stariji maloletnik je inače ovlašćen da preduzima pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, pravne poslove kojima ne stiče ni prava ni obaveze i pravne poslove malog značaja bez saglasnosti zakonskog zastupnika, kao i mlađi maloletnik, dok mu je za sve ostale potrebna saglasnost.[56]

U francuskom pravu, kao i u srpskom, sposobnost (*capacité)* ili pravni kapacitet je pravilo.[57] Pretpostavka je i da poslovna sposobnost pokazana prilikom preduzimanja drugih pravnih poslova ili zaključenja drugog ugovora i dalje postoji, a teret dokazivanja će biti na licu koje tvrdi suprotno.[58] Ona u sebi obuhvata i pravnu (*capacité de juissance)* i poslovnu sposobnost (*capacité d'excercer)*, što nije slučaj u srpskom pravu.[59] Pravna sposobnost u francuskom pravu zapravo predstavlja pravo lica da „uživa" svoja prava, ali i da postane

[54] ZOO, čl. 56.

[55] PZ, čl. 64, st. 2.

[56] O pojmu pravnih poslova kojima se ne stiču ni prava ni obaveze: Đurđević, D. (2010). Neutralni pravni poslovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (2), 81 i dalje.

[57] Reformom francuskog obligacionog prava koja je stupila na snagu 1. 10. 2016. godine, pretpostavka opšte pravne sposobnosti ugovaranja se odnosi samo na fizička lica, dok je kod pravnih lica naglašena vezanost pravne sposobnosti za cilj njihovog delovanja. Francuski građanski zakonik iz 1804. godine sa izmenama (*Code Civil;* dalje u fusnotama: FGZ), para. 1145.

[58] De Leon, H. S., De Leon, H. M. Jr. (2014). *The Law on Obligations and Contracts*. Manila: Rex Book Store, 544.

[59] Pravna nesposobnost se javlja kod pravnih lica. Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law.* London and New York: Routledge, 581. Ipak, smatra se da opšta pravna nesposobnost ne postoji, zato što bi ona predstavljala negaciju ličnosti u pravu. Renault-Brahinsky, C. (2019). *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 49.

njihov nosilac, bez obzira na to da li je osnov sticanja zakon ili pravni posao.[60] Poslovna sposobnost se određuje kao sposobnost titulara prava da svoje pravo vrši, da ga „ostvaruje", naročito ugovorom.[61] Poslovna „nesposobnost ne sprečava lice da postane titular prava niti da pravo stiče, ali ga onemogućava da njime slobodno raspolaže".[62] Pretpostavka je i da poslovna sposobnost pokazana prilikom preduzimanja drugih pravnih poslova ili zaključenja drugog ugovora i dalje postoji, a teret dokazivanja će biti na licu koje tvrdi suprotno.[63]

Za razliku od pravne sposobnosti, poslovna sposobnost može biti opšta i specijalna.[64] Svojim pravima lice može raspolagati posredstvom trećeg lica koje će zastupati njega i njegove interese. Nesposobnost za vršenje prava je svojstvena maloletnicima koji nisu prošli postupak emancipacije,[65] kao i punoletnim licima koja se nalaze pod starateljstvom.[66] Maloletnici se smatraju poslovno nesposobnim licima u pogledu velikog broja poslova, sa pojedinim izuzecima. Radi preduzimanja poslova za koje nemaju potrebnu poslovnu sposobnost, maloletnici moraju biti uredno zastupani, a režim zastupništva zavisi od toga da li se o maloletniku staraju roditelji (ili jedan od njih), ili maloletnik nema roditelje. Ukoliko maloletnika ne zastupaju roditelji ili roditelj, ustanovljava se režim tutele (zaštitništva), koji podrazumeva postavljanje tutora (*tuteur)* i ustanovljavanje porodičnog saveta (*conseil de famille),* kojim predsedava posebni sudija za starateljstvo (*juge de toutelle).* Kao što je prethodno pomenuto, poslovna nesposobnost ne sprečava poslovno nesposobna lica da preduzimaju sve pravne poslove koje pravni poredak poznaje. Kada su u pitanju svakodnevni pravni poslovi *(les actes de la vie courante)* za koje zakon ili običaji daju ovlašćenje*,* poput kupovine namirnica i sličnih stvari manje vrednosti, njih poslovno nesposobno lice može preduzimati samostalno, pod uslovom da su preduzeti pod „normalnim uslovima".[67] Reč je o pravnim poslovima za koje je uobičajeno da ih i maloletno lice može preduzimati sâmo, a što se odnosi na one svakod-

[60] Terré, F., Fenouillet, D. (2012). *Droit Civil: Les personnes: Perconalité. Incapacité. Protection.* Paris: Dalloz, 280.

[61] *Ibid*.

[62] Za francusko pravo je karakteristično i zabranjivanje pojedinim licima da zaključuju neke pravne poslove, a zbog postojanja nekog odnosa između njih. Primer za to je zabrana zaključenja ugovora o prodaji nepokretnosti između supružnika, osim u situacijama propisanim zakonom. FGZ, para. 1595.

[63] De Leon, H. S., De Leon, H. M. Jr. (2014). *Op. cit.*, 544.

[64] Renault-Brahinsky, C. (2019). *Op. cit.*, 50.

[65] U francuskom pravu se maloletnim licima smatraju sva lica koja nisu navršila 18 godina života. Sva ta lica svrstana su u istu kategoriju maloletnika, pošto francusko pravo ne grupiše maloletnike na osnovu uzrasta kao što to čini naše pravo. FGZ, para. 388.

[66] FGZ, para. 1147.

[67] FGZ, para. 1148.

nevne, redovne pravne poslove koji ne mogu finansijski ugroziti maloletnika i koji su u skladu sa njegovim načinom života, ali i ovakvi pravni poslovi mogu biti poništeni ukoliko su ekonomski nepogodni za maloletnika.[68] Takvi ugovori su pogođeni sankcijom relativne ništavosti, zato što je uslov punovažnosti u konkretnom slučaju ustanovljen radi zaštite interesa jedne ugovorne strane, maloletnog lica.[69] Drugu kategoriju pravnih poslova čine poslovi redovnog upravljanja, koje može preduzimati i jedan roditelj samostalno, kao i tutor bez saglasnosti porodičnog saveta. Ugovor koji zaključi lice koje nema potrebnu poslovnu sposobnost za njegovo zaključenje je rušljiv, te proizvodi pravna dejstva i obavezuje ugovorne strane dok ne bude poništen u sudskom postupku. Na kraju, treća kategorija pravnih poslova jesu poslovi pravnog raspolaganja i pravnog upravljanja, za čije preduzimanje je potrebna saglasnost oba roditelja (ili, u slučaju njihovog neslaganja, odluka sudije za starateljstvo).

Kako je poslovna sposobnost pravilo, a nesposobnost izuzetak, francusko pravo formira takozvana „ostrva sposobnosti" unutar poslovne nesposobnosti lica. Ova „ostrva" poslovne sposobnosti se zakonski predviđaju kako bi se napravila ravnoteža između zaštite maloletnika kao cilja pravila o njihovoj poslovnoj nesposobnosti, i uvažavanja stepena njihove zrelosti i sposobnosti za rasuđivanje.[70] Zato maloletnom licu koje je navršilo 16 godina života roditelji mogu odobriti da preduzima one poslove upravljanja koji su neophodni za osnivanje i vođenje jednočlanog društva sa ograničenom odgovornošću ili jednočlanog akcionarskog društva. Ovo odobrenje mora imati oblik privatne, svojeručno potpisane isprave (*sous seing privé*) ili javnobeležničke isprave (*acte notarié*).[71]

Slično je u švajcarskom pravu: lice je poslovno sposobno ukoliko je punoletno i sposobno za rasuđivanje, a punoletstvo se stiče sa navršenih 18 godina života.[72] Prema čl. 19. Švajcarskog građanskog zakonika svaki maloletnik koji je sposoban za rasuđivanje može preduzimati sve pravne poslove uz saglasnost zakonskog zastupnika, dok samostalno može preduzimati samo one pravne poslove koji mu donose besplatnu korist. Sposobnim za rasuđivanje smatra se lice kome ne nedostaje sposobnost da razborito i racionalno deluje zbog maloletstva, mentalne zaostalosti, mentalnog poremećaja, intoksiniranosti ili sličnih okolnosti. Iako se sposobnost za rasuđivanje

[68] Smits, J. M. (2017). *Contract Law – A Comparative Introduction.* Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub, 127.

[69] Porchy-Simon, S. (2016). Droit civil 2e année: Les obligations. Paris: Dalloz, 172.

[70] Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, Y-M. (2013). *La formation du contrat – Tome 1: Le contrat – Le consentement.* Paris: LGDJ, 795.

[71] FGZ, para. 388–1–2.

[72] ŠGZ*,* para. 13.

ne utvrđuje apstrakno, već u svetlu svakog pojedinačnog slučaja ili pravnog posla, zakonski je ustanovljena pretpostavka sposobnosti za rasuđivanje u odnosu na sva lica.[73]

Dok francusko pravo najviše naglašava značaj ekonomske korisnosti pravnog posla za maloletnika, nemačko pravo, kao i druga prava pod njegovim uticajem, daleko veći akcenat stavljaju na saglasnost roditelja kao preduslov za punovažnost ugovora.[74] Nemačko pravo, kao i naše, a za razliku od francuskog prava, vrši stepenovanje poslovne sposobnosti maloletnika shodno njihovom uzrastu. Maloletnici koji nisu navršili sedam godina života su potpuno poslovno nesposobni i u tome izjednačeni sa licima koja nisu sposobna za rasuđivanje.[75] Maloletnik sa navršenih sedam godina može preduzimati sve pravne poslove uz saglasnost svog zakonskog zastupnika, dok mu za poslove kojima stiče isključivo pravnu korist nije potrebna saglasnost zakonskog zastupnika.[76] Pod saglasnošću se u ovom slučaju podrazumeva prethodna saglasnost.[77] U skladu sa značajem koji nemačko pravo pridaje saglasnosti zakonskog zastupnika kao uslova za punovažnost ugovora, pojam isključive pravne koristi se izuzetno usko tumači. Uz sticanje isključive pravne koristi, potrebno je da se maloletniku takvim sticanjem ne nameće nikakva obaveza, dužnost ili teret. Tako maloletnik bez saglasnosti zakonskog zastupnika ne bi mogao ni da primi poklon koji ima za predmet nepokretnu stvar, jer bi mu takav pravni posao nametnuo poresku obavezu.[78]

Ugovori kojima se raspolaže nepokretnom imovinom i pokretnom imovinom veće vrednosti od strane roditelja

Kada je reč o pravnim poslovima kojima se raspolaže nepokretnom imovinom ili pokretnom imovinom velike vrednosti, roditeljima je potrebna saglasnost organa starateljstva, koja u skladu sa zakonskom formulacijom može biti data i prethodno i naknadno. Saglasnost se dakle traži samo za akte raspolaganja stvarima i pravima koja već čine imovinu deteta. Pored toga, u teoriji postoji i mišljenje prema kome bi saglasnost trebalo tražiti i kada je reč

[73] Thommen, M. (2018). *Introduction to Swiss Law*. Zurich: Carl Grossmann Publishers, 293.

[74] Smits, J. M. (2017). *Contract Law – A Comparative Introduction.* Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub, 128.

[75] NGZ, para. 104.

[76] NGZ, para. 107.

[77] Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law.* London and New York: Routledge, 583.

[78] Smits, J. M. (2017). *Op. cit.*, 131.

o aktima propuštanja da se imovina besteretno uveća, poput davanja izjave o odricanju od nasleđa i odbijanju poklona.[79] Iako bi nametanje zahteva saglasnosti i u ovim situacijama bilo u skladu sa interesima zastupanog lica, postavlja se pitanje i učestalosti ovakvih slučajeva u praksi, te mogućnosti efikasnog nadzora nad odbijanjem poklona, koje se po prirodi stvari sprovodi neformalno, odbijanjem ponude za zaključenje ugovora o poklonu, koja ne podleže bilo kakvoj kontroli pomoću koje bi se moglo obezbediti da saglasnost organa starateljstva bude pribavljena. Raspolaganje se u ovom slučaju odnosi kako na pravne poslove kojima se raspolaže pravom svojine, tako i na pravne poslove kojima se raspolaže drugim stvarnim pravima, tako da se saglasnost zahteva, pored akata otuđenja, i za akte opterećenja nepokretne imovine i pokretne imovine velike vrednosti. Reč je o zaključivanju ugovora kojima se zasniva založno pravo, ustanovljava hipoteka, ili zaključuje ugovor o jemstvu.[80]

Kako se ugovori kojima se vrši raspolaganje nepokretnostima poslovno nesposobnih lica sačinjavaju u formi javnobeležničkog zapisa,[81] dok se svi ugovori kojima se vrši prenos prava svojine na nepokretnosti moraju zaključiti u formi javnobeležnički potvrđene (solemnizovane) isprave, na ove ugovore se primenjuju propisi kojima je uređena javnobeležnička delatnost i postupak sastavljanja i potvrđivanja javnobeležničkih isprava. Javnobeležničkim poslovnikom je detaljnije uređen postupak sačinjavanja javnobeležničkih isprava, koji se primenjuje na obe pomenute forme ugovora. Kada je za preduzimanje pravnog posla ili druge pravne radnje potrebna saglasnost organa starateljstva, javni beležnik upućuje učesnika, odnosno njegovog zastupnika da nadležnom centru za socijalni rad podnese zahtev za davanje saglasnosti.[82] Dalje, Javnobeležničkim poslovnikom je predviđena i sadržina javnobeležničke isprave, te se posle teksta pravnog posla u javnobeležničku ispravu unosi i napomena javnog beležnika da je ovlašćeno lice organa starateljstva dalo saglasnost za preduzimanje konkretnog pravnog posla, čak i ovlašćeno lice organa starateljstva stavlja svoj potpis na ispravu, pored drugih učesnika

[79] Stanković, O. (1982). Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu. *Anali Pravnog fakulteta,* 1982 (6), 1230; Draškić, M. (2020). *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 405.

[80] Draškić, M. (2020). *Op. cit.*, 405.

[81] Zakon o javnom beležništvu – ZJB, *Službeni glasnik RS,* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015. i 106/2015, čl. 82, st. 1, t. 1. Prema jezičkom tumačenju odredbe, u obliku javnobeležničkog zapisa moraju se sačiniti samo oni ugovori u kojima se poslovno nesposobno lice nalazi u svojstvu prenosioca prava na napokretnosti, a ne i kada se poslovno nesposobno lice nalazi u poziciji kupca na primer.

[82] Javnobeležnički poslovnik – JP, *Službeni glasnik RS,* br. 62/2016, 66/2017, 48/2018, 54/2018, 151/2020. i 59/2022, čl. 57, st. 1.

u postupku sačinjavanja isprave.[83] Takođe, javni beležnik je dužan da odbije sačinjavanje isprave ukoliko ne može da utvrdi identitet i ovlašćenje lica koje dolazi ispred organa starateljstva. Iz svih navedenih odredbi se može zaključiti da propisi koji uređuju javnobeležničku delatnost zapravo derogiraju odredbu Porodičnog zakona prema kojoj ova saglasnost može biti data i prethodno i naknadno. Kako javni beležnik prilikom postupka sastavljanja ili potvrđivanja ugovora upućuje učesnike na nadležni centar za socijalni rad, utvrđuje identitet ovlašćenog lica organa starateljstva i odbija sastavljanje i potvrđivanje isprave kada ne može da utvrdi identitet ovlašćenog lica, jasno je da ova saglasnost može biti data isključivo pre zaključenja ugovora kojim se vrši promet nepokretne imovine i pokretne imovine veće vrednosti deteta.

U francuskom pravu bi se u ovu kategoriju mogli uvrstiti oni poslovi za koje je i pored saglasnosti oba roditelja neophodno pribaviti prethodnu saglasnost sudije za starateljstvo, ali i pojedini poslovi koji nose preveliki rizik po imovinu maloletnika, koji su potpuno zabranjeni njegovim zakonskim zastupnicima.[84] Kada je reč o režimu starateljstva, staratelj za poslove pravnog raspolaganja mora pribaviti saglasnost sudije za starateljstvo, ukoliko nije reč o pravnom poslu koji je zbog svoje ozbiljnosti u potpunosti zabranjeno preduzimati od strane staratelja. Saglasnost koja se zahteva od sudije za starateljstvo prema slovu zakona mora biti data prethodno.[85] Prilikom vršenja kontrole nad sprovođenjem tih pravnih poslova, sudija za starateljstvo može, ako smatra da je neophodno da se zaštite interesi maloletnika, a s obzirom na sastav ili vrednost imovine, starost maloletnog lica ili njegove porodične okolnosti, odlučiti da će određeni pravni poslovi raspolaganja biti predmet njegovog prethodnog odobrenja.[86] Ugovori zaključeni protivno ovim pravilima pogođeni su sankcijom ništavosti. Međutim, druga ugovorna strana se može protiviti ništavosti ovako zaključenog ugovora, dokazujući da je predmetni ugovor koristan za poslovno nesposobno lice, da će od njega imati neposredne koristi ili da nije u pitanju ugovor kojim nije postignuta ugovorna ravnoteža, u kojem postoji nesrazmera ugovornih davanja (*lésionnaire)*.

[83] JP, čl. 60.

[84] Reč je o pravnim poslovima kojima se otuđuju prava ili dobra maloletnika bez naknade; kojima se stiče pravo ili potraživanje od trećeg lica prema maloletniku; vršenje delatnosti ili profesije u ime maloletnika i prenos imovine i vlasništva u fiducijarno vlasništvo.

[85] Staratelj ne može, bez prethodnog ovlašćenja sudije za starateljstvo: prodati zgradu ili preduzeće koje pripada maloletniku, uneti u privredno društvo zgradu ili preduzeće koje pripada maloletniku, podići kredit u ime maloletnika, odreći se prava koje pripada maloletniku u njegovo ime, prihvatiti nasledstvo zbog naslednika, kupiti imovinu maloletnika ili je izdati u zakup, pružiti besplatno obezbeđenje u ime maloletnika radi obezbeđenja duga trećeg lica, niti izvršiti radnju koja se odnosi na prenosive hartije od vrednosti ili finansijske instrumente. FGZ, para. 387–1.

[86] FGZ, para. 387–3, al. 1.

Ugovor o podlicenci i ugovor o podzakupu

Ugovor o podlicenci jeste ugovor kojim sticalac isključive licence pravo iskorišćavanja predmeta licence ustupa drugom licu. Pretpostavka je da sticalac isključive licence može ovo pravo ustupiti bez ikakvih uslova, ali je moguće i ugovoriti da je za zaključenje ugovora o podlicenci potrebna saglasnost davaoca licence.[87] Ovakvo ograničenje slobode da se ugovor o podlicenci zaključi je ipak delimično, a imajući u vidu da davalac licence može odbiti dozvolu samo iz ozbiljnih razloga. Postojanje ozbiljnih razloga će zavisiti od pojedinosti konkretnog slučaja, ali se može pretpostaviti da će u većini slučajeva biti dužan da podlicencu odobri. Iako je ugovor o podlicenci samostalan pravni posao, on ipak umnogome zavisi od ugovora o licenci. Lice koje se kod ugovora o licenci javlja u svojstvu sticaoca licence, kod ugovora o podlicenci ima ulogu prenosioca, pri čemu je predmet ugovora o podlicenci identičan predmetu ugovora o licenci, osim ukoliko je reč o delimičnom prenosu predmeta ugovora o licenci.[88] Takođe, trajanje ugovora o podlicenci zavisi od ugovora o licenci, čijim raskidom se automatski raskida i ugovor o podlicenci.

Slično rešenje je predviđeno i za ugovor o podzakupu. Po pravilu, zakupac može dati predmet zakupa u podzakup, osim kada je dozvola zakupodavca potrebna prema ugovoru ili zakonu.[89] Zakupodavac može odbiti zasnivanje ugovora o podzakupu samo iz opravdanih razloga, što, kao i kod ugovora o podlicenci, bitno ograničava slobodu donošenja odluke zakupodavca. Ako bi zakupodavac odbio da dâ dozvolu za zaključenje ugovora o podzakupu u odsustvu opravdanih razloga, pravo koje je dato zakupodavcu bi se pretvorilo u zloupotrebu prava koja bi bila protivna cilju radi koga je to pravo propisano.[90]

Saglasnost koja se daje prilikom zaključenja ugovora o podzakupu i podlicenci ipak ima svoje karakteristike koje ih čine drugačijim od prethodnih slučajeva kod kojih se saglasnost trećeg lica za zaključenje ugovora zahteva. Prvo, položaj davaoca licence i zakupodavca je drugačiji. Iako se oni ne nalaze u poziciji ugovorne strane,[91] oni imaju naročit interes da učestvuju u postupku zaključenja ugovora, zato što je posredan predmet ovih ugovora i dalje u njihovoj svojini, te im je od značaja način korišćenja utvrđen ugovorom o podzakupu odnosno podlicenci. Kako ZOO ovlašćuje i zakupodavca

[87] ZOO, čl. 704.

[88] Vlajković, Z. (1986). Pojam i vrste ugovora o licenci. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* (20), 127.

[89] ZOO, čl. 588.

[90] Orlić, M. (1995). Čl. 587: Kad zakupodavac može odbiti dozvolu. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović). Beograd: Savremena administracija, 1061.

[91] Vlajković, Z. (1986). *Op. cit.*, 127.

i davaoca licence da zahtevaju neposredno od sticaoca podlicence i podzakupca isplatu iznosa koji duguju davaocu podlicence odnosno zakupcu, oni imaju interes i da znaju od koga će moći potraživati iznos koji im njihovi saugovornici duguju, što predstavlja odstupanje od principa relativnog dejstva obligacionih prava.[92] Stoga, iako oni nisu ugovorne strane, ipak se ne mogu smatrati ni trećim licima u čistom obliku, zato što njihov interes da učestvuju u zaključenju ugovora prevazilazi interese koje mogu imati druga treća lica čija se saglasnost za zaključenje ugovora zahteva. Takođe, zaključenjem ugovora o podlicenci i podzakupu i oni stiču samostalna prava, te je samim tim i njihov interes naglašeniji. Još jedan pokazatelj različitosti ovog slučaja davanja saglasnosti u odnosu na prethodno navedene se može videti i u ograničenju njihove slobode da donesu odluku da li će saglasnost dati ili ne. Prema dispozitivnim zakonskim odredbama, njihova saglasnost nije ni potrebna, a ukoliko je ipak potrebno da se o zaključenju ugovora izjasne, oni to mogu učiniti u vrlo ograničenom vidu, jer će u većini slučajeva biti u obavezi da dozvole zaključenje ugovora o podlicenci i podzakupu[93] Na kraju, davalac licence može otkazati ugovor o licenci ukoliko je ugovor o podlicenci zaključen bez njegove dozvole, kao što i zakupodavac može otkazati ugovor o zakupu ako je podzakup zaključen bez njegovog pristanka. U slučaju otkaza, ugovor o podlicenci i podzakupu će automatski biti raskinuti. Ugovor o podlicenci i ugovor o podzakupu direktno zavise od sudbine licence i zakupa, i to ne samo u navedenom slučaju već i u svakom drugom slučaju raskida ugovora, što objašnjava relevantnost volje zakupodavca odnosno davaoca licence.

ZAKLJUČAK

Saglasnost trećeg lica za zaključenje ugovora u pozitivnom pravu Republike Srbije je na jedinstven način uređena samo čl. 29. ZOO, dok su konkretni slučajevi u kojima se saglasnost za zaključenje ugovora zahteva uređeni drugim odredbama. Opšte je pravilo da saglasnost može biti data prethodno ili naknadno, ali je to pravilo najčešće izmenjeno drugim odredbama. Ako saglasnost mora biti data pre zaključenja ugovora, onda odustvo takve saglasnosti vodi njegovoj ništavosti. Sa druge strane, ukoliko nije neophodno da dozvola bude data pre zaključenja ugovora, ili ako se za određeni pravni posao zahteva

[92] Orlić, M. (1995). Čl. 589: Neposredni zahtev zakupodavca. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović). Beograd: Savremena administracija, 1062.

[93] Suprotno rešenje je usvojeno u nemačkom pravu, u kome se zakupcu izričito zabranjuje da predmet zakupa daje trećim licima na korišćenje, a naročito u podzakup, bez dozvole zakupca. NGZ, para. 540.

odobrenje, onda takav ugovor biva osnažen odobrenjem, koje po preovlađujućem stavu u teoriji ima pravnu prirodu odložnog uslova.

Pravni režim saglasnosti se takođe razlikuje i u zavisnosti od toga da li saglasnost daje privatnopravni ili javnopravni subjekt. Ukoliko je reč o privatnopravnom subjektu, saglasnost se daje u skladu sa principom modifikovanog paralelizma formi. Takva saglasnost se daje u formi koja je propisana i za ugovor za koji se saglasnost daje, osim ako je reč o formi javnobeležnički potvrđene isprave ili javnobeležničkog zapisa, kada je dovoljno da saglasnost bude data u formi javno overene isprave. Ako saglasnost daje javnopravni subjekt, saglasnost se daje u skladu sa upravnopravnim propisima, i tako data saglasnost je u formi upravnog akta te samim tim ima svojstvo javne isprave. S druge strane, saglasnost koju daje fizičko ili pravno lice koje je privatnopravni subjekt ima prirodu jednostranog pravnog posla građanskog prava na koji se primenjuju relevantne odredbe ZOO.

Najčešći ugovori za koje se zahteva saglasnost trećeg lica su ugovori ograničeno poslovno sposobnih lica za koje saglasnost daje zakonski zastupnik i ugovori koje preduzima zakonski zastupnik u ime ograničeno poslovno sposobnog lica, za koje se zahteva saglasnost organa starateljstva. Ti ugovori su bili predmet najvećeg broja doktrinarnih analiza, a njima je posvećen i najveći broj odredbi kod nas i u uporednom zakonodavstvu. Odredbe o poslovnoj sposobnosti maloletnika sadržane u srpskom pravu su najpribližnije rešenju sadržanom u nemačkom pravu, a prema kome uzrast i zrelost maloletnika utiče i na obim njegove poslovne sposobnosti. Manje tipičan slučaj ugovora za koje se zahteva saglasnost trećeg lica jesu ugovori o podlicenci i podzakupu, kod kojih se saglasnost po pravilu ne zahteva, a kada se zahteva onda je sloboda u donošenju odluke o saglasnosti znatno ograničena.

Uprkos različitosti pravnih poslova koji su uređeni čl. 29. ZOO saglasnost za zaključenje ugovora treba razlikovati od saglasnosti koja se daje kod poslovodstva bez naloga, i od zastupništva. Dok davanje saglasnosti predstavlja saglašavanje trećeg lica sa ugovorom koji zastupani sam zaključuje, zastupništvo podrazumeva zaključivanje ugovora od strane samog zastupnika u ime zastupanog i neposredno proizvođenje pravnih dejstava takvog ugovora za zastupanog. S druge strane, kada treće lice daje saglasnost za zaključenje ugovora ono osnažuje posao koji mu ne pripada i u kome nema svojstvo ugovornika, za razliku od gospodara posla kod poslovodstva bez naloga, već je cilj takve saglasnosti da dopuni nepotpunu volju lica čiji je ugovor u pitanju, ili da svojom saglasnošću potvrdi da je dati ugovor u interesu tog lica te da ga zastupnik takvog lica može preduzimati.

Saglasnost za zaključenje ugovora se zahteva u nizu različitih situacija koje se među sobom razlikuju u pogledu svojstva davaoca saglasnosti, prirode i forme saglasnosti, vremenskog momenta davanja saglasnosti i posledica

njenog odsustva. Raznovrsnost ugovora za koje se zahteva saglasnost trećeg lica opravdava nejedinstveno uređenje ovog instituta u pogledu pojedinih pitanja, što je stav i drugih pravnih sistema koji su predmet analize. Ipak, to ne sprečava sagledavanje svih tih situacija kao pojava koje su obuhvaćene istim institutom i za koje ipak važe i opšta pravila sadržana u čl. 29. Zakona o obligacionim odnosima.

LITERATURA

Antić, O. (2012). *Obligaciono pravo.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

De Leon, H. S., De Leon, H. M. Jr. (2014). *The Law on Obligations and Contracts.* Manila: Rex Book Store.

Dolović Bojić, K. (2021). *Pravno nepostojeći ugovori,* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Draškić, M. (2020). *Porodično pravo i prava deteta*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Đurđević, D. (2010). Neutralni pravni poslovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* (2).

Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, Y-M. (2013). *La formation du contrat – Tome 1: Le contrat – Le consentement.* Paris: LGDJ.

Konstantinović, M. (1996) *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.* Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ.

Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora dr M. Konstantinovića.* Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu.

Krulj, V., Blagojević, B. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Beograd: Savremena administracija.

Orlić, M. (1995). Član 587: Kad zakupodavac može odbiti dozvolu. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović). Beograd: Savremena administracija.

Orlić, M. (1995). Član 589: Neposredni zahtev zakupodavca. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović). Beograd: Savremena administracija.

Pavlović, Đ. (2014). *O obveznostima i ugovorima uopšte.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo.* Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.

Perović, S., Stojanović, D. (ur.). (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Kragujevac, Gornji Milanovac: Kulturni centar, Pravni fakultet u Kragujevcu.

Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo – knjiga prva*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova Službeni list SFRJ.

Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu*. Beograd: Savez udruženja pravnika Jugoslavije.

Renault-Brahinsky, C. (2019). *Droit des obligations.* Paris: LGDJ.

Porchy-Simon, S. (2016). *Droit civil 2e année: Les obligations.* Paris: Dalloz.

Radomirović, I. (2020). *Forma punomoćja za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti,* masterski rad odbranjen na Pravnom fakultetu univerziteta u Beogradu.

Salma, J. (2004). *Obligaciono pravo.* Novi Sad: Pravni fakultet Novi Sad.

Smits, J. M. (2017). *Contract Law – A Comparative Introduction.* Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub.

Stanković, O. (ur.). (1996). *Leksikon građanskog prava.* Beograd: Nomos.

Stanković, O. (1982). Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu. *Anali Pravnog fakulteta* 1982 (6).

Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Nomos.

Terré, F., Fenouillet, D. (2012). *Droit Civil: Les personnes: Perconalité. Incapacité. Protection.* Paris: Dalloz.

Thommen, M. (2018). Introduction to Swiss Law. Zurich: Carl Grossmann Publishers.

Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Zagreb: Narodne novine.

Vlajković, Z. (1986). Pojam i vrste ugovora o licenci. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 1986 (20), 119–130.

Vodinelić, V. (1999). Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika. *Pravo – teorija i praksa,* (3).

Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law.* London and New York: Routledge.

Domaći i međunarodni izvori prava

Francuski građanski zakonik iz 1804. godine sa izmenama (*Code Civil*).

Javnobeležnički poslovnik, *Službeni glasnik RS,* br. 62/2016, 66/2017, 48/2018, 54/2018, 151/2020. i 59/2022.

Nemački građanski zakonik iz 1900. godine sa izmenama (*Bürgerliches Gesetzbuch).*

Porodični zakon, *Službeni glasnik RS,* br. 18/2005, 72/2011. – dr. zakon i 6/2015.

Predlog Zakona o izmenama i dopuni Zakona o obligacionim odnosima. (2019). Preuzeto 19. 8. 2022. sa: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2883-19.pdf

Prednacrt građanskog Zakonika Republike Srbije. (2015). Preuzeto 19. 8. 2022. sa: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html

Srpski građanski zakonik – SGZ od 11. marta 1844. godine, sa izmenama i dopunama.

Švajcarski građanski zakonik iz 1907. godine sa izmenama (*Code Civil Suisse).*

Zakon o javnom beležništvu, *Službeni glasnik RS,* br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014. – dr. zakon, 93/2014. – dr. zakon, 121/2014, 6/2015. i 106/2015.

Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89. – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ,* br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003. – Ustavna povelja i *Službeni gasnik RS,* br. 18/2020.

Original Scientific Article
DOI: 10.5937/gakv95-41494
UDC 341.241

Ivana Radomirović[*]
University of Belgrade, Institute of Comparative Law
ORCID: 0000-0001-8818-1464

CONSENT TO CONTRACT[**]

ABSTRACT: The topic of this paper is the consent of a third party to the conclusion of a contract. The current lack of interest of legal science in the institution of third-party consent to contract is a consequence of its scattered normative regulation. Considering third-party consent is required often, in numerous and diverse cases, it is sporadically regulated in parts of regulations governing these contracts. Given the large number of cases where third-party consent to contract is required, this institution is sporadically regulated in parts of regulations governing individual contracts for which consent is required. Therefore, this paper examines contracts for which it is necessary to obtain third-party consent and which most often appear in legal transactions, such as contracts involving persons with limited business capacity, as well as consent required for the conclusion of sublease and sublicense contracts. This paper also includes an analysis of the current regulation of consent in the legislation of the Republic of Serbia, as well as an analysis of issues related to the form, legal nature, and consequences of the absence of third-party consent. The paper also presents a comparative legal analysis of solutions contained in the legislation of Germany, France, and Switzerland.

Keywords: third-party consent to contract, contract validity, permit, approval

[*] e-mail: ivaana.radomirovic@gmail.com, Research associate.

[**] The paper was received on November 30, 2022 and was accepted for publishing on May 15, 2023. The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*

INTRODUCTION

The institution of third-party consent to contract is an institution that has not yet received a general analysis and theoretical overview, which may seem surprising considering the number of situations in which it appears. The reason for such a lack of interest from the scientific and expert community in this institution may be found precisely in its scattered presence in various legally regulated situations, which are not easy to process on a more abstract and general level. Third-party consent can be required for many reasons, so the role of such consent in the contract conclusion process itself varies. Secondly, consent can be given beforehand and subsequently, in which case the fate of contracts concluded without consent can also differ. Thirdly, consent can be required from both private and public law entities, so the role of the consent provider in the contract conclusion process can differ, the social justification for giving such consent is different, and the consequences of refusing consent differ.

This variety of consent in terms of the entities that give it, its timing relative to the conclusion of a contract, and its impact on the legal fate of the contract, make the scientific processing of the institution of third-party consent difficult to such an extent that the usefulness of such an analysis could even be questioned. This does not make the need to strive for such an analysis any less important, and at the same time, it demonstrates the possible necessity of further studying third-party consent as a unique institution, while pointing out questions that can be raised regarding third-party consent.

Therefore, the first part of the paper will analyze the concept of third-party consent, while the second part of the paper will be dedicated to individual cases where the Law of Contract and Torts and the Family Law impose the obligation to give prior or subsequent consent to contract. Within the framework of the general analysis, the first part of the paper will include the history of consent regulation in the legislation of the Republic of Serbia, the issue of modified form parallelism, the effect of the absence of consent on the legal fate of a contract, as well as an analysis of the relationship between the institution of consent and representation and management without mandate as related institutions, in order to gain a clearer understanding of the legal nature of consent. The second part of the paper, which will deal with various situations where the request for consent is imposed, includes contracts with persons with limited business capacity, contracts that dispose of a child's immovable property and movable property of great value, and sublease and sublicense contracts.

For a detailed examination of legal solutions related to third-party consent, the normative-dogmatic method will primarily be used in order to provide

a clear presentation of the linguistic and logical content of the norms governing third-party consent. Through the application of the historical method, the course of the development of this institution will be presented through relevant legal regulations, contributing to the view of the institution as a whole, its evolution and relationship with current solutions, with the possible presentation of *de lege ferenda* proposals. The entire paper will be permeated with a corresponding comparative legal analysis of the legal solutions of France, Switzerland, and Germany, and such a comparative legal analysis will methodologically round off the paper, with the aim of elucidating the concept of third-party consent.

GENERAL QUESTIONS ABOUT THIRD-PARTY CONSENT TO CONTRACT

This analysis of the institution of third-party consent encompasses a conceptual analysis of this institution, with the aim of reaching an integrated definition of this term, despite its scattered legal regulation. The concept of third-party consent is followed by the genesis of the term through the legislation of the Republic of Serbia, as well as the question of the form of consent. After a comprehensive analysis of the term through these perspectives, the question arises about the legal consequences of the absence of consent when it is required by law. Also, for a precise definition of this term, it is necessary to conceptually distinguish consent from related institutions.

The Concept and Development of Third-Party Consent

The principle of the autonomy of will, which allows parties in an obligation relationship to arrange their relationship as they wish, has several limitations. The freedom to conclude a contract is sometimes restricted by the requirement of third-party consent.[1] In accordance with the general provision of Article 29 of the Law of Contract and Torts, this consent can be given beforehand or subsequently,[2] which affects the consequences of the absence of consent. As non-compliance with legal requirements regarding third-party

[1] Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo – knjiga prva*. Belgrade: Newspaper and Publishing Institution Official Gazette of the SFRY, 176.

[2] Law of Contract and Torts, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 45/89. - decision of the CCY and 57/89, *Official Gazette of the FRY,* no. 31/93, *Official Gazette of SCG*, no. 1/2003. *and Official Gazette of the RS*, no. 18/2020., Article 29, paragraph 1.

consent affects the validity of a contract in the same way as contractual capacity, mutual agreement, its grounds and subject, which are considered general essential conditions for the conclusion of a contract, it is evident that third-party consent, as well as contract form, constitute special essential conditions for the conclusion of a contract if prescribed by law or provided for by the will of the contracting parties. It clearly follows from the legal wording that this consent is required from a third party, i.e. a person outside of the contract who does not have, nor will have, the status of a contracting party. The third party whose consent is required, in terms of this provision, may be a natural or legal person, as well as a private or public law entity. Third-party consent independently produces legal effects, suggesting that it is a unilateral legal transaction, i.e. a transaction consisting of a declaration of will by one person. Based on the elements presented, third-party consent can be defined as a unilateral legal transaction that, in cases prescribed by law, is a condition for the conclusion of a contract and is conducted by a person who is not a party to that contract, and which is aimed at giving or refusing consent to contract.

The Serbian Civil Code from 1844 sporadically mentions third-party consent for certain contracts, in certain cases. This Civil Code distinguished the regime under which a child's property falls if it was created under "parental authority and their management", which would then become the parents' property until succession. On the other hand, children obtain ownership of things and rights that they have acquired through their efforts or gifts, although they remain under paternal management until they reach the age of majority - 21, as per the Serbian Civil Code.[3] Article 122 of the Civil Code, discussing property under paternal management, distinguishes between the principal thing and its fruits, where the father is obligated to preserve the principal thing, unless "its consumption would be necessary for the child's happiness", in which case consumption can occur with court permission. In addition, children under the age of 7 were equated with persons "deprived of reason" and were prohibited from concluding all contracts. However, if they "received something for their benefit", such a legal transaction would produce legal effects.[4] Respecting the now outdated terminology used by the creator of the Civil Code, it can be inferred that in fact children who have not reached the age of 7 were allowed to conduct those legal transactions through which only rights are acquired. Other actions undertaken by a minor were not entirely void, but the annulment of such a contract could be requested. The right to judicially demand the annulment of a contract belonged only to the minor, who also had the burden of proving that he sustained a loss by concluding the contract. In order to keep

[3] Serbian Civil Code – SCC of March 11, 1844, as amended, para. 122.

[4] SCC, para. 533.

the contract in effect, the other contracting party could prove the opposite - that the minor did not sustain a loss by concluding the contract.[5]

However, Mihailo Konstantinović deemed it necessary to legally regulate cases where a contract's conclusion requires third-party consent, so one such provision found its place in the draft for the Code of Obligations and Contracts. Article 4 of the draft was included in the Law of Contract and Torts with minor terminological changes.[6] For a long time, this provision was immune to any changes or additions and was adopted in its entirety in Article 172 of the Draft Civil Code of the Republic of Serbia.[7] It can be concluded that the need for the development or possible change of this provision was not recognized, nor was its change considered in Serbian legislation. However, the provision on the business capacity of the recipient ("donee") from Article 512 of the Draft did not find its place in the Law of Contract and Torts. According to this provision, a gift can be received by a person without business capacity, but their legal representative can terminate the gift with their statement if it was accepted without their permission. This provision represents a sort of "exception to the exception", the establishment of control of the legal representative over the legal transaction through which a person without business capacity, in principle, acquires only rights. Despite the gratuitous nature of the gift contract, it is possible for the legal representative to determine that such a deal is not in the best interest of the gift recipient, that it imposes some obligations or burdens on them, and perhaps they can even prevent the imposition of tax obligations on a person without business capacity, as is the case with the gift contract of immovable property in German law.[8]

The fundamental rule laid down by the Law of Contract and Torts, based on Professor Konstantinović's draft, is that third-party consent can be given both beforehand and subsequently, without prioritizing either of these options.[9] Only if the law stipulates a specific requirement that the consent must be given in the form of approval or in the form of a permit, does it become a question of giving preference to one of these two modes of third-party consent.

---

[5] Pavlović, Đ. (2014). *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 232.

[6] Konstantinović, M. (1996). *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Belgrade: Newspaper and Publishing Institution Official Gazette of the SFRY, art. 4.

[7] Draft Civil Code of the Republic of Serbia. (2015). Accessed on August 19, 2022, from: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html Art. 172.

[8] More on this later in the paper.

[9] Konstantinović, M. (1996). *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Belgrade: Newspaper and Publishing Institution Official Gazette of the SFRY, art. 4.

FORM OF THIRD-PARTY CONSENT TO CONTRACT

Until March 2020, the principle of form parallelism applied to third-party consent. There should not be a disparity between the form of consent and the form of the contract for which consent is required; hence the form of consent would fully follow the form of the contract. However, following amendments and supplements to the Law of Contract and Torts, Article 29 was supplemented with Paragraph 3, stating that if the form of a contract for which consent is required is prescribed as a notarial deed or a notary-certified document, it is sufficient for the consent to be given in the form of a notarized (legalized) document.[10] In the context of less stringent contract forms and their functions, such as preventing hasty decisions and ensuring the authenticity of contracts, the principle of form parallelism is justified.[11] However, when a contract must be concluded in more stringent, notary forms, the legislator believes that the function of these forms, primarily their evidential and control functions, can be achieved without imposing stringent form requirements for consent.

The German Civil Code explicitly states that consent does not have to be given in the form required for the legal transaction for which it is given. The statement of giving or refusing consent can be communicated to any of the contracting parties.[12] There is a similar approach in Swiss law. The legal representative of a person capable of reasoning who does not have the appropriate business capacity can give consent either beforehand or subsequently, and consent can be given explicitly or implicitly,[13] without the need to be given in a particular form. However, we cannot agree with the position that consent should be devoid of any form requirements. When the aim of a required form is to protect private interests, that is the interests of contracting parties, and to protect against hasty decision-making and reckless contracting, we believe it is justified to prescribe a mandatory form for consent. By setting such requirements in terms of consent form, a more complete achievement of the form goals pursued by prescribing a form for a contract requiring consent

[10] Law of Contract and Torts, Art. 29, paragraph 3.

[11] Proposal for the Law on Amendments to the Law of Contract and Torts. (2019). Accessed on 19 August 2022 from: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2883-19.pdf.

[12] German Civil Code of 1900 as amended (*Bürgerliches Gesetzbuch;* hereinafter: GCC), para. 182, point 1.

[13] Swiss Civil Code of 1907 as amended (*Code Civil Suisse;* hereinafter in the footnotes: SWCC), para. 19a.

is achieved.[14] Also, by mandatory determination of the identity of the consent giver in the legalization process of a private document, the function of preventive jurisdiction and legal security, inherent in all notary forms, is achieved.

When it comes to the form of third-party consent, it is important to distinguish between consent given by private law entities and public law entities. Consent given by public law entities in an administrative procedure and within the limits of authority has the form of an administrative act and thus the property of a public document, so it is unnecessary and unthinkable for such consent to be given in any notarial form. The protection of public interest and the evidential function of the form of consent are equally achieved by giving consent in the form of an administrative act.[15] Besides the possibility that such a procedure is regulated by special regulations, in which case the special law will apply,[16] reasons of expediency also do not indicate the need for consent given by an administrative body to be in the form of a notary-certified document. Namely, the protection of public interest as well as the evidential function are achieved equally by giving consent in the form of an administrative act. Third-party consent by administrative bodies is regulated by administrative law, whereby the administrative regulation of consent does not change the contractual nature of the contract for which it is given.[17]

A permit or approval given by a state body is not considered an independent legal transaction. On the other hand, consent given by a natural or legal person who is a private law entity has the nature of a unilateral civil law transaction subject to the provisions of the Law of Contract and Torts, including provisions on the form of consent.[18]

Legal Nature of Third-Party Consent and Legal Consequences of Absence of Consent to Contract

In legal doctrine, there are different views on the legal nature of third-party consent, and therefore, the consequences of its absence. According to

[14] Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Belgrade: Association of Lawyers of Yugoslavia, 32.

[15] Radomirović, I. (2020). *Forma punomoćja za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti,* master's thesis defended at the Faculty of Law of the University of Belgrade, 17.

[16] Antić, O. (2012). *Obligaciono pravo.* Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 342.

[17] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Zagreb: *Narodne novine*, 166; Perović, S., Stojanović, D. (ed.). (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Kragujevac, Gornji Milanovac: Cultural Center, Faculty of Law in Kragujevac, 194; Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Belgrade: Association of Lawyers of Yugoslavia, 32; Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 51.

[18] Vizner, B. (1978). *Op. cit.*, 166.

one viewpoint, it is an integral part of the essential form of a contract, hence, until the form of the legal transaction is completed by giving consent, such a contract does not produce legal effects.[19] Another opinion on the nature of third-party consent describes giving consent as a condition precedent,[20] under which a contract has been created but begins to produce legal effects at the moment the condition is met, that is, the necessary consent is obtained. However, third-party consent can be viewed as a condition precedent only when it comes to subsequent consent, bearing in mind that when giving prior consent, there is no condition as the consent precedes the conclusion of the contract.[21] Therefore, third-party consent can be viewed as a condition precedent only when it comes to giving approval.[22] Regarding the consent given by the legal representative of a person with limited business capacity, Konstantinović holds the view that it is a declaration of will that is an integral part of a contract concluded by a minor, and when viewed independently, it represents a unilateral legal transaction subject to the rules on such legal transactions.[23]

Despite various theories, it seems most appropriate to determine the nature of consent, as previously stated, through the purpose for which consent is required. The aim of prescribing the requirement for consent may be to prevent the legal effects of a legal transaction from occurring without consent, or it may also be that the aim of such a rule is to discipline and control certain natural or legal persons in legal transactions and to identify and sanction non-compliance with legal requirements in an appropriate manner. If it is a matter of consent given by a state body in the appropriate administrative procedure,[24] it will generally be the legislator's aim to establish control over certain types of legal transactions or over the trade of certain goods that may be danger-

[19] Stanković, O. (ed.). (1996). *Leksikon građanskog prava.* Belgrade: Nomos, 389.

[20] Salma, J. (2004). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Faculty of Law, Novi Sad, 272; Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Belgrade: Association of Lawyers of Yugoslavia,, 32; Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 51.

[21] Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo – knjiga prva*. Belgrade: Newspaper and Publishing Institution Official Gazette of the SFRY, 176.

[22] Krulj, V., Blagojević, B. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Belgrade: Savremena administracija, 51.

[23] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 50.

[24] Konstantinović also divides instances when third-party consent is required into cases where the consent of another individual is needed, referring to private law entities, and cases where the consent of a state body is required. Konstantinović, M. (1969). *Op. cit.*, 50–51.

ous or require increased caution and care when placed on the market. Thus, a person who wants to alienate a firearm has a legally relevant will necessary for concluding a contract by which the firearm is alienated, but a legally relevant will is not enough. It is also necessary for the state, as a party with an interest in controlling the safe trade of firearms, to give its consent, and such a permit of a state body is outside the conditions of the validity of the contract concerning the will of the contracting parties and represents an independent condition for the validity of the contract. A contract concluded without the prior consent of a state body is typically null and void.[25] If it is a matter of subsequent consent, it is considered concluded under a condition precedent, and if the condition is met, that is, approval is given, such a contract will produce legal effects from the moment of conclusion.

The same can be said when it comes to the consent of the guardianship authority, which is required for conducting transactions that go beyond the scope of regular management of a ward's property,[26] as well as a ward's immovable property and movable property of great value.[27] The person seeking consent has complete business capacity, whether it is a person who conducts the legal transaction on their own account or a legal representative, but it is still necessary for the state body that is competent to assess the expediency and justification of conducting such a legal transaction, to have the last say. The relationship of the state body that is giving consent to the contract for which consent is required is of a controlling nature. The state body does not have a direct interest in the outcome of this specific legal transaction, in its subject, or in the contracting parties. Rather, it is a matter of its jurisdiction to exercise control over such contracts by giving approval. The state body is competent to discern in a predetermined administrative procedure whether a certain person should conclude such a contract, whether it is in the interest of the represented person, and if these conditions are met, it will approve the specific legal transaction.

On the other hand, when it comes to the consent given by the legal representative for legal transactions conducted by a person with limited business capacity, the legal representative, as a person authorized by law to protect the rights and interests of that person, essentially completes and supplements their will. The will of a person with limited business capacity is not sufficient for

[25] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 51.

[26] Family Law, *Official Gazette of the RS,* no. 18/2005, 72/2011. and 6/2015, art. 139, para. 3.

[27] Family Law, art. 193, para. 3.

concluding certain contracts, so the consent of their legal representative is also required.[28] This consent can be considered an essential condition regarding will necessary for the validity of the contract. This is because the relationship of the third party to the legal transaction that the person with limited business capacity needs to conduct is more intimate, and this person is more interested in the outcome of such a contract. The third party protects their rights and interests, takes care of their property and legal position, and is particularly interested in this contract benefiting the person they represent. Unlike a state body, a legal representative derives their authority to give consent from a special relationship they have with this specific person, such as a parent as the "greatest natural guarantor of the child"[29]. In this situation, the desire to protect the interests of third parties by requiring consent is also highlighted, with the term third parties here referring to those who are not involved in the contract conclusion process in any way, and this can also be called the function of the security of legal transactions.[30] In German doctrine, the purpose of a legal representative giving consent for legal transactions of minors who are over seven years old is the protection of minors, by preventing them from conducting legal transactions that could be harmful or weaken their legal position,[31] as well as the protection of minors from third parties who can exploit their inexperience. Certainly, every legal system has the task of establishing a balance between the interests of protecting a person with limited business capacity and those with whom they enter into contractual relationships.[32]

The third type of consent that may be required for the completion of a certain legal transaction is consent that a specific person is authorized to give based on the legal position or role they have in a legal relationship that precedes the contract that is intended to be concluded and is actually based on it. This group of consents can include the consent of the lessor required for subletting, as well as the consent of the licensor to grant sublicenses. In these cases, the persons whose consent is required are participants in some previous contractual relationship based on which this contract is supposed to be

[28] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 50.

[29] Stanković, O. (1982). Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu. *Anali Pravnog fakulteta,* 1982 (6), 1229.

[30] Vodinelić, V. (1999). Funkcije poslobne sposobnosti maloletnika. *Pravo – teorija i praksa,* (3), 43.

[31] Đurđević, D. (2010). Neutralni pravni poslovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2010 (2), 81.

[32] Smits, J. M. (2017). Contract Law – A Comparative Introduction. Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub, 127.

concluded, hence their interest in influencing the legal fate of such a contract.[33] These people represent their own interest, not the public interest, nor the interest of the person they care for.

The Law of Contract and Torts resolves this situation regarding contracts of persons with limited business capacity: if a person with limited business capacity concludes a contract with a third party without the approval of their legal representative, and it is not a type of contract whose independent conclusion is permitted by law, according to the letter of the law, such a contract will be voidable but can be validated by subsequent approval of the legal representative.[34] German law has the same solution. If the person entering into a contractual relationship with a person with limited business capacity contacts the legal representative to ask for approval, approval can only be given to them, while approval given to the minor before the call would be invalid.[35] Unlike our law, where 30 days after requesting approval, it is considered that approval is not given, in German law this period is two weeks from the receipt of the request for approval. In Swiss law, the deadline is formulated as a reasonable period set by the contracting party or court.[36]

Regarding the legal nature and fate of a contract concluded by a person with limited business capacity but without the consent of their legal representative, despite the existence of different views, and the legal regulation of these legal transactions as voidable, the most prevalent view is that such contracts are considered to be so-called limping legal transactions (*negotium claudicans*). A limping legal transaction is defined as a legal transaction whose validity requires the consent or approval of a third party, whereby such a legal transaction does not produce any legal effects until such consent is obtained.[37] There is a view that all other transactions for whose validity it is necessary to obtain the consent of a third party are limping transactions.[38] Therefore, until the approval of the legal representative is obtained, it cannot be said that a

[33] Of course, this interest is less pronounced in licensors and lessors than in creditors, given that their permission is not always required, rather only in specifically prescribed cases, and since permission can be denied only for particularly compelling reasons.

[34] Law of Contract and Torts, Art. 56, paragraph 3. As indicated in different parts of the paper, the legislator's terminological inconsistency is highlighted again. Although Art. 29, paragraph 1. defines approval as consent given after the conclusion of a contract, Art. 56. mentions about "subsequent approval", which in the context of the legal definition of approval represents a kind of pleonasm, and the designation of approval as subsequent should have been omitted.

[35] GCC, para. 108, al. 2.

[36] SWCC, para. 19a.

[37] Stanković, O. (ed.) (1996). *Leksikon građanskog prava.* Belgrade: Nomos, 388.

[38] *Ibid*.

contract has been created, rather it is only a certain "legal situation" in which consent is expected,[39] i.e. it is a contract *in statu nascendi.* However, there is also a view according to which this limping legal transaction will be validated even without the subsequent consent of the legal representative. Namely, such a contract will be validated after the period during which the authorized subject can request the contract to be annulled due to the business incapacity of the contracting party or the absence of consent.[40] But, the person entering into a contractual relationship with a person with limited business capacity cannot request the annulment of the contract citing the absence of permission or the limited business capacity of the contracting party.[41] The person entering into a contractual relationship with a person with limited business capacity has the right to withdraw from the contract, which is a legal power given to a conscientious contracting party regardless of the right to request annulment in court proceedings. The statute of repose period lasts 30 days from the day the contracting party was made aware of the other party's business incapacity or the absence of the consent of the legal representative, unless the legal representative gives approval before the end of this period. This is a legal power of the person entering into a contractual relationship with a person with limited business capacity who was unaware of the contracting party's limited business capacity or the absence of permission from their legal representative.[42]

The Relationship of Third-Party Consent with Related Institutions

a) Representation

Representation is defined as conducting legal transactions on behalf of someone else, based on authorization for representation, such that the rights and obligations from the undertaken legal transaction directly apply to the represented party.[43] The authorization for representation can be based on law, a

[39] Dolović Bojić, K. (2021). *Pravno nepostojeći ugovori*, Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 113.

[40] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Faculty of Law in Novi Sad, 220.

[41] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 50.

[42] The same solution exists in German law, except that the GCC does not stipulate that the right to withdraw is lost after the deadline passes, rather, the contracting party can withdraw from the contract as long as the legal representative does not approve it.

[43] Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Uvod u građansko pravo*. Belgrade: Nomos, 193.

general act of a legal entity, an act of a state body, and the represented party's statement of will.[44] The most common case of legal representation is the representation of persons with limited business capacity.[45] In the case of minors who have one or both parents, they exercise parental rights, which include the authority to represent a child until they reach adulthood and obtain full business capacity, unless parental rights are extended by a court decision even after the child has reached adulthood. Legal representatives conduct all legal transactions on account of the child who has not reached the age of 14, except for beneficial, neutral, and trivial transactions.[46] Activities undertaken independently by a younger minor would not produce legal effects, nor could they be validated by the approval of their legal representative. In this case, it is a matter of exercising representative powers, as parents conduct legal transactions on behalf of their child so that the rights and obligations directly apply to their child, all in accordance with the best interests of the child. A child does not have a legally relevant will for conducting certain legal transactions, so in this sense, it is not a representation of will but a representation of a child's interests.[47]

Minors who have reached the age of 14 can conduct legal transactions that younger minors cannot conduct independently if they have prior or subsequent consent from their legal representative. By giving consent, the representative only completes the legal will of the minor, who independently assumes obligations on their own account.

The legal representation of the child by the parents stems from their parental rights and represents both the right and duty of the parents, with the aim of protecting the personal and property interests of the child.[48] Giving consent represents a third party's agreement with a contract concluded by a contracting party, while representation implies the conclusion of a contract by the representative himself and the direct creation of the legal effects of such a contract for the represented party. Although in both cases the person declares their will, when giving consent, the will is directed towards agreeing to conclude a contract in which they did not participate, while in the case of

[44] Law of Contract and Torts, Art. 84, paragraph 2.

[45] In addition to the representation of persons with limited business capacity, it is equally important to highlight the frequency of representation of legal entities, on whose account legal transactions are conducted by the authorized persons of that legal entity. V.: Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Op. cit.*, 208.

[46] Family Law, art. 64, paragraph 1.

[47] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Zagreb: *Narodne novine*, 381.

[48] Draškić, M. (2020). Porodično pravo i prava deteta: Faculty of Law, University of Belgrade, 277.

representation, it is a legal transaction that the representative has conducted, again declaring their will, but in someone else's name. Although the consent of a legal representative will be required for the validity of some contracts concluded by the represented party, the legal representative will declare their own will in their own name, not in the name of the represented party, when giving or refusing consent. It is a declaration of will that, when viewed independently, has the nature of a unilateral legal transaction.[49]

b) Management without a mandate

According to the Law of Contract and Torts, it will be considered that a manager of another's affairs without a mandate has acted as an actual representative from the beginning in two cases: if the conducted transaction does not tolerate postponement and there is a risk of impending damage, or if by not conducting the transaction an obvious benefit for the principal would have been missed.[50] This refers to necessary and useful management where the principal is required to approve such a conducted transaction, whereby it is considered that the manager acted as an actual representative from the very beginning. In the case of necessary and useful management, it is not the principal's decision to approve a certain transaction. Rather, regardless of his will, he is required to do so, bearing in mind that the manager actually conducted a legal or material transaction with authorization based on law.[51] Approval in the case of necessary and useful management cannot be considered ratihabition from Article 228 of the Law of Contract and Torts, rather it is the unilateral acceptance of completed transactions, taking over all obligations that the unauthorized representative has taken on in the name of the principal, as well as taking over the obligation to compensate the manager for necessary and useful expenses and possibly suffered damage.[52]

Giving approval in the true sense of the word, which depends on the will of the principal, can only exist if the manager acts without legal authorization, and whether such a transaction will be subsequently approved or not depends solely on the will of the principal.[53] From the legal formulation, it is evident

[49] Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade, 50.

[50] Law of Contract and Torts, Art. 220, para. 2.

[51] Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Uvod u građansko pravo*. Belgrade: Nomos, 196.

[52] Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima.* Zagreb: *Narodne novine*, 1003.

[53] Law of Contract and Torts, Art. 228.

that this refers to both legal and material transactions, while consent from Article 29 of the Law of Contract and Torts is required only when it comes to legal transactions. Secondly, the principal approves the transaction done on his account. In the case of third-party consent, that consent is directed towards validating the transaction that does not belong to the one whose consent is requested, but the aim of such consent is to supplement the incomplete will of the person whose contract is in question or to confirm with their consent that the contract in question is in the interest of that person and that the representative of such a person can conduct it. In any case, it is a third party, to whom the consequences of conducting a legal transaction do not apply, and who does not have a direct legal interest in the transaction in question. Therefore, although approval is required in this case, for establishing the fiction that the contract of mandate on the basis of which the unauthorized representative acted from the beginning, this situation cannot be equated or subject to the provision of Article 29 of the Law of Contract and Torts, taking into account the different circumstances under which the contract is concluded, the capacity in which the approval is given, and its role. If the principal approves (subsequently approves, according to the legislator) what has been conducted, he assumes the role of mandator from a contract of mandate. His legal position is contractual, and by his approval, he actually enters into a contract, directly acquiring the corresponding rights and obligations. When it comes to the consent of a third party, by giving consent, they do not enter into a contractual relationship, rather their consent represents a necessary condition for the validity of that contract, they are a third party in that relationship and when they give such consent, the contracting parties acquire rights and obligations, not the third party, even if they give consent in the capacity of a legal representative.

CERTAIN CASES REQUIRING THIRD-PARTY CONSENT AS A CONDITION FOR THE VALIDITY OF A CONTRACT

Contracts with Persons with Limited Business Capacity

A person with limited business capacity can independently conduct only those legal transactions that they are authorized by law to conduct, while for all other transactions, they require the approval of their legal representative, and contracts concluded without such approval can be validated by subsequent approval.[54] Article 56 of the Law of Contract and Torts does not take

[54] Law of Contract and Torts, Art. 56.

into account the distinction between prior and subsequent third-party consent, as it refers to "approval" in both cases. We believe this is another instance of legislative imprecision, implying that the law did not intend to limit consent in this case solely to subsequent consent. On the other hand, when discussing parental consent for transactions conducted by older minors, the Family Law states that it can be given both beforehand and subsequently.[55] An older minor is authorized to conduct legal transactions through which they exclusively acquire rights, legal transactions through which they neither gain rights nor obligations, and legal transactions of minor significance, without the consent of a legal representative, as is the case with younger minors, while for all other transactions, consent is required.[56]

In French law, as well as in Serbian law, capacity (*capacité*) or legal capacity is assumed.[57] It is assumed that the business capacity demonstrated when conducting other legal transactions or concluding another contract continues to exist, and the burden of proof is on the person who claims otherwise.[58] It encompasses both legal (*capacité de juissance*) and business capacity (*capacité d'excercer*), which is not the case in Serbian law.[59] Legal capacity in French law essentially represents a person's right to "enjoy" their rights and to become their holder, regardless of whether they were acquired based on law or a legal transaction.[60] Business capacity is determined as the ability of the right holder to exercise their right, particularly through a contract.[61] Business "incapacity does not prevent a person from becoming a rights holder or from acquiring rights, but it prevents them from freely disposing of them".[62] It is

[55] Family Law, art. 64, paragraph 2.

[56] On the concept of legal transactions that do not acquire either rights or obligations see: Đurđević, D., 81 and further.

[57] With the reform of French contract law that came into effect on October 1, 2016, the presumption of general legal capacity to contract applies only to individuals, while for legal entities, the link between legal capacity and the purpose of their actions is emphasized. French Civil Code of 1804 with amendments (*Code Civil, hereinafther*: FCC), par. 1145.

[58] De Leon, HS, De Leon, HM Jr. (2014). *The Law on Obligations and Contracts*. Manila: Rex Book Store, 544.

[59] Legal incapacity occurs in legal entities. Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law.* London and New York: Routledge, 581. Nevertheless, it is considered that general legal incapacity does not exist because it would represent the negation of personality in law. Renault-Brahinsky, C. (2019). *Droit des obligations*. Paris: LGDJ, 49.

[60] Terre, F., Fenouillet, D. (2012). *Droit Civil: Les personnes: Perconalité. Incapacity. Protection.* Paris: Dalloz, 280.

[61] *Ibid*.

[62] A characteristic of French law is also the prohibition of certain individuals from conducting some legal transactions due to the existence of a relationship between them. An

assumed that the business capacity demonstrated when conducting other legal transactions or concluding another contract continues to exist, and the burden of proof is on the person who claims otherwise.[63]

Unlike legal capacity, business capacity can be general and special.[64] A person can dispose of their rights through a third party who will represent them and their interests. The inability to exercise rights is inherent in minors who have not undergone an emancipation procedure,[65] as well as in adults under guardianship.[66] Minors are considered not to have business capacity for a large number of transactions, with certain exceptions. In order to conduct transactions for which they lack the necessary business capacity, minors must be duly represented, and the regime of representation depends on whether the minor is cared for by their parents (or one of them), or if the minor has no parents. If a minor is not represented by their parents or a parent, a tutelage regime (guardianship) is established, which involves appointing a guardian (*tuteur*) and establishing a family council (*conseil de famille*), chaired by a special guardianship judge (*juge de toutelle*). As previously mentioned, business incapacity does not prevent individuals from undertaking all legal transactions recognized by the legal system. When it comes to everyday legal transactions (*les actes de la vie courante*) for which the law or customs grant authorization, such as purchasing groceries and similar things of minor value, a person without business capacity can conduct them by themselves, provided they are conducted under "normal conditions".[67] This refers to legal transactions that are typically conducted by a minor on their own, meaning everyday, regular legal transactions that cannot financially endanger the minor and that are consistent with their lifestyle, but even such legal transactions can be annulled if they are economically unsuitable for the minor.[68] Such contracts are voidable because, in this case, the condition of validity was established to protect the interests of one contracting party, the minor.[69] The second category of legal transactions consists of regular management, which can be conducted by one parent independently, as well as by a guardian without the consent of the family council.

example of this is the prohibition of concluding real estate sale contracts between spouses, except in situations prescribed by law. FCC, para. 1595

[63] De Leon, HS, De Leon, HM Jr. (2014). *Op. cit.*, 544.

[64] Renault-Brahinsky, C. (2019). *Op. cit.*, 50.

[65] In French law, all individuals who have not reached the age of 18 are considered minors. All these individuals are grouped into the same category of minors, as French law does not categorize minors based on age as our law does. FCC, para. 388.

[66] FCC, para. 1147

[67] FCC, para. 1148.

[68] Smits, J.M., 127.

[69] Porchy-Simon, S. (2016). *Droit civil 2e année: Les obligations*. Paris: Dalloz, 172.

A contract concluded by a person lacking the necessary business capacity for its conclusion is voidable, it produces legal effects and binds the contracting parties until it is annulled in court proceedings. Finally, the third category of legal transactions consists of transactions of legal disposition and legal management, for which the consent of both parents is required (or, in the case of their disagreement, a decision by the guardianship judge).

As business capacity is the rule, and incapacity the exception, French law forms so-called "islands of capacity" within a person's business incapacity. These "islands" of business capacity are established to achieve a balance between protecting minors as the objective of the rules on their business incapacity and acknowledging their level of maturity and capacity for judgment.[70] Therefore, a minor who has turned 16 can be authorized by their parents to conduct those management transactions necessary to establish and run a single-member limited liability company or a single-shareholder company. This approval must be in the form of a private, handwritten document (*sous seing privé*) or a notarial document (*acte notarié)* [71]

Similarly, in Swiss law, a person has business capacity if they are of age and capable of discernment, and majority is attained at the age of 18.[72] According to Article 19 of the Swiss Civil Code, every minor who is capable of discernment may conduct all legal transactions with the consent of their legal representative, while they may independently conduct only those legal transactions that only bring them benefit. A person is considered capable of discernment if they do not lack the ability to act lucidly and rationally due to their minority, mental retardation, mental disorder, intoxication, or similar circumstances. Although the capacity for discernment is not determined abstractly but in light of each individual case or legal transaction, a presumption of capacity for discernment is legally established for all persons.[73]

While French law primarily emphasizes the economic utility of legal transactions for a minor, German law, as well as other laws under its influence, places far greater emphasis on the consent of parents as a prerequisite for the validity of a contract.[74] German law, like our own and unlike French law, grades the business capacity of minors according to their age. Minors who

[70] Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, YM. (2013). *La formation du contrat – Tome 1: Le contrat – Le consentement.* Paris: LGDJ, 795.

[71] FCC, para. 388–1–2.

[72] SWCC*,* para. 13.

[73] Thommen, M. (2018). *Introduction to Swiss Law*. Zurich: Carl Grossmann Publishers, 293.

[74] Smits, J.M. (2017). *Contract Law – A Comparative Introduction.* Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub, 128.

have not reached seven years of age have no business capacity and are equated to persons who are incapable of discernment.[75] A minor who has reached seven years of age may conduct all legal transactions with the consent of their legal representative, but they do not need the consent of their legal representative for transactions that bring them exclusive legal benefit.[76] Consent in this case means prior consent.[77] In line with the importance German law places on the consent of a legal representative as a condition for the validity of a contract, there is an extremely narrow interpretation of the concept of exclusive legal benefit. When acquiring exclusive legal benefit, it is necessary that no obligation, duty, or burden is imposed on the minor. Thus, a minor could not even accept a gift that involves real estate without the consent of a legal representative because such a legal transaction would impose a tax obligation on them.[78]

Contracts for the Disposition of Immovable Property and Movable Property of Great Value by Parents

When it comes to legal transactions involving the disposition of immovable property or movable property of great value, parents need the consent of the guardianship authority, which can be given either beforehand or subsequently in accordance with the relevant legal formulation. Consent is required only for the disposition of property and rights that already constitute the child's property. Additionally, there is a view suggesting that consent should also be required when it comes to acts of failing to increase the property gratuitously, such as renouncing inheritance and rejecting gifts.[79] Although imposing a requirement for consent in these situations would be in line with the interests of the represented party, the question arises regarding the frequency of such cases in practice and the possibility of efficient supervision over gift rejections, which are informally implemented by rejecting an offer to conclude a gift contract, which is not subject to any control that could ensure that the consent of the guardianship authority is obtained. Disposition in this case refers to both legal transactions involving property rights and those involving other

[75] GCC, para. 104.

[76] GCC, para. 107.

[77] Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law.* London and New York: Routledge, 583.

[78] Smits, J.M. (2017). *Op. cit.*, 131.

[79] Stanković, O. (1982). Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu. *Anali Pravnog fakulteta,* 1982 (6), 1230; Draškić, M. (2020). Porodično pravo i prava deteta: Faculty of Law, University of Belgrade, 405.

real rights, so besides acts of alienation, consent is also required for acts of burdening immovable property and movable property of great value. These are contracts establishing a right of pledge, establishing a mortgage, or concluding a contract of guarantee.[80]

As contracts disposing of immovable property of persons without business capacity are created in the form of a notarial deed,[81] while all contracts transferring property rights to immovables must be concluded in the form of a notary-certified (solemnized) document, these contracts are subject to regulations governing the notarial profession and the process of drafting and confirming notarial documents. The procedure for drawing up notarial documents is regulated in more detail by the Public Notary Rules of Procedure, which apply to both forms of contract mentioned. When the consent of the guardianship authority is required for conducting a legal transaction or other legal action, the notary public instructs the party, or their representative, to submit a request for consent to the competent social work center.[82] Furthermore, the Public Notary Rules of Procedure also govern the content of the notarial document, so after the text of the legal transaction, the notarial document also includes a note by the notary that the authorized person of the guardianship authority has given consent for conducting a specific legal transaction, and even the authorized person of the guardianship authority signs the document, alongside other participants in the procedure of drafting the document.[83] In addition, the notary is obligated to refuse to draft a document if he cannot determine the identity and authorization of the authorized person from the guardianship authority. From all the mentioned provisions, it is evident that the regulations governing notarial activity actually derogate from the provision of the Family Law according to which this consent can be given either beforehand or subsequently. As the notary instructs the participants to contact the competent social work center during the process of drafting or confirming the contract, verifies the identity of the authorized person of the guardianship authority, and refuses to draft and confirm the document when he cannot determine the identity of the authorized person, it is clear that this consent can be

[80] Draškić, M. (2020). *Op. cit.*, 405.

[81] Law on Public Notaries, *Official Gazette of the RS,* no. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015. and 106/2015, Art. 82, paragraph 1, point. 1. According to the linguistic interpretation of the provision, only those contracts in which a person without business capacity is in the role of the transferor of immovable property rights must be formulated in the form of a notarial record, but not when the person without business capacity is in the position of the buyer, for example.

[82] Public Notary Rules of Procedure, *Official Gazette of the RS,* no. 62/2016, 66/2017, 48/2018, 54/2018, 151/2020. and 59/2022, Art. 57, paragraph 1.

[83] Public Notary Rules of Procedure, Art. 60.

given exclusively before concluding a contract dealing with trading immovable property and valuable movable property of a child.

In French law, this category could include those transactions for which, in addition to the consent of both parents, it is necessary to obtain the prior consent of the guardianship judge, as well as certain transactions that pose too high a risk to the minor's property, which their legal representatives are completely forbidden from conducting.[84] When it comes to the guardianship regime, for transactions of legal disposition, the guardian must obtain the consent of the guardianship judge, unless it is a legal transaction that the guardian is completely forbidden from conducting due to its significance. The consent required from the guardianship judge, according to the letter of the law, must be given beforehand.[85] When exercising control over the implementation of these legal transactions, the guardianship judge may decide that certain transactions of legal disposition will be subject to his prior approval if he considers it necessary to protect the interests of the minor, and considering the composition or value of the property, the minor's age, or his family circumstances.[86] Contracts concluded contrary to these rules are null and void. However, the other contracting party may oppose the nullity of such a contract, proving that the contract in question is beneficial for the person without business capacity, that he will obtain direct benefits from it, or that it is not a contract in which contractual balance was not achieved, in which there is a disproportion of mutual consideration (*lésionnaire*).

Sublicense Contracts and Sublease Contracts

A sublicense contract is a contract by which the licensee of an exclusive license transfers the right to use the subject of the license to another person. The assumption is that the licensee of an exclusive license can transfer this right without any conditions, but it is also possible to make an agreement that

[84] This refers to legal transactions that alienate the rights or goods of a minor without compensation; where a right or claim is acquired from a third party on behalf of the minor; the conduct of an activity or profession in the name of the minor; and the transfer of property and ownership into a trust.

[85] The guardian may not, without prior authorization from the guardianship judge: sell a building or company belonging to the minor, enter a building or company that belongs to the minor into another company, take out a loan in the name of the minor, renounce the rights that belong to the minor on their behalf, accept an inheritance on behalf of the heir, purchase the minor's property or lease it out, provide free security in the name of the minor to secure a third party's debt, or take an action related to transferable securities or financial instruments. FCC para. 387–1.

[86] FCC, para. 387–3, para. 1.

the consent of the licensor is needed to conclude the sublicense contract.[87] Such a restriction on the freedom to conclude a sublicense contract is, however, partial, considering that the licensor can refuse permission only for compelling reasons. The existence of compelling reasons will depend on the specifics of each particular case, but it can be assumed that in most cases, he will be obligated to approve the sublicense. Although the sublicense contract is an independent legal transaction, it largely depends on the license contract. The party appearing as the licensee in the license contract has the role of the licensor in the sublicense contract, with the subject of the sublicense contract being identical to the subject of the license contract, unless it's a partial transfer of the subject of the license contract.[88] Also, the duration of the sublicense contract depends on the license contract, whose termination automatically leads to the termination of the sublicense contract.

A similar solution is provided for sublease contracts. As a rule, the lessee can sublease the subject of the lease, unless the lessor's permission is required according to a contract or the law.[89] The lessor can refuse the conclusion of a sublease contract only for compelling reasons, which, as with the sublicense contract, significantly limits the lessor's decision-making freedom. If the lessor refused to grant permission for the conclusion of a sublease contract in the absence of compelling reasons, the right given to the lessor would turn into an abuse of rights contrary to the purpose for which the right was prescribed.[90]

The consent that is required when concluding sublease and sublicense contracts, however, has characteristics that make it different from previous cases where third-party consent is required. First, the position of the licensor and the lessor is different. Although they are not contracting parties,[91] they have a special interest in participating in the contract conclusion process because the indirect subject of these contracts is still their property, and the manner of use determined by the sublease or sublicense contract is of importance to them. As the Law of Contract and Torts authorizes both the lessor and the licensor to directly demand from the sublicensee and the sublessee the payment of the amount they owe to the licensee or the lessee, they have

[87] Law of Contract and Torts, Art. 704.

[88] Vlajković, Z. (1986). Pojam i vrste ugovora o licenci. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* (20), 127.

[89] Law of Contract and Torts, Art. 588.

[90] Orlić, M. (1995). Čl. 587: Kad zakupodavac može odbiti dozvolu. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ed. Slobodan Perović). Belgrade: Savremena administracija, 1061.

[91] Vlajković, Z. (1986). Pojam i vrste ugovora o licenci. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* (20), 127.

an interest in knowing from whom they will be able to claim the amount they are owed, which represents a deviation from the principle of the relative effect of obligations.[92] Therefore, even though they are not contracting parties, they cannot truly be considered third parties either because their interest to participate in the conclusion of the contract exceeds the interests that other third parties, whose consent is required, may have. Also, by concluding sublicense or sublease contracts, they acquire independent rights, so they have an even greater interest. Another indication of the distinctiveness of this example of giving consent compared to the previously mentioned ones can be seen in their limited freedom to decide whether to give consent or not. According to dispositive legal provisions, their consent is not even required, and if it ends up being necessary, they can give it in a very limited form, as in most cases they will be obligated to allow the conclusion of a sublicense or sublease contract.[93] The licensor can terminate the license contract if the sublicense contract was concluded without his permission, just as the lessor can terminate the lease contract if the sublease was concluded without his consent. In the case of cancellation, the sublicense and sublease contracts will be automatically terminated. The sublicense contract and the sublease contract directly depend on the fate of the license and lease, not only in the aforementioned case but also in any other case of contract termination, which explains the relevance of the will of the lessor or licensor.

CONCLUSION

Third-party consent to contract in the positive law of the Republic of Serbia is uniquely regulated only by Article 29 of the Law of Contract and Torts, while the specific cases where third-party consent is required are regulated by other provisions. The general rule is that consent can be given beforehand or subsequently, but this rule is most often amended by other provisions. If consent must be given before the conclusion of a contract, then the absence of such consent leads to its nullity. On the other hand, if it is not necessary for permission to be given before the conclusion of a contract, or if a certain legal transaction requires approval, then such a contract is validated

[92] Orlić, M. (1995). Čl. 589: Neposredni zahtev zakupodavca. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ed. Slobodan Perović). Belgrade: Savremena administracija, 1062.

[93] The opposite solution has been adopted in German law, in which the lessee is expressly forbidden from allowing third parties to use the leased property, especially for subleasing, without the lessor's permission. GCC, para. 540.

when approval is given, which according to the prevailing view in theory has the legal nature of a condition precedent.

The legal regime of consent also differs depending on whether consent is given by a private or public law entity. If it is a private law entity, consent is given in accordance with the principle of modified form parallelism. Such consent is given in the form that is prescribed for the contract for which consent is required, except in the case of the form of a notary-certified document or a notarial deed, when it is sufficient for consent to be given in the form of a publicly certified document. If the consent is given by a public law entity, it is given in accordance with administrative law regulations, and such consent is in the form of an administrative act and therefore has the status of a public document. On the other hand, consent given by a natural or legal person who is a private law entity has the nature of a unilateral legal transaction of civil law which is subject to the relevant provisions of the Law of Contract and Torts.

The most common contracts for which the consent of a third party is required are contracts with persons with limited business capacity for whom consent is given by their legal representative and contracts concluded by the legal representative on account of a person with limited business capacity, for which the consent of the guardianship authority is required. These contracts have been the subject of the largest number of doctrinal analyses, and the largest number of provisions in our legislation and comparative legislation are dedicated to them. The provisions on the business capacity of minors contained in Serbian law are closest to the solutions contained in German law, according to which the age and maturity of a minor affect the scope of his business capacity. A less common case of contracts for which third-party consent is required are contracts for sublicensing and subleasing, where consent is generally not required, and when it is required, the freedom to decide whether to give consent is significantly limited.

Despite the diversity of legal transactions that are regulated by Article 29 of the Law of Contract and Torts, third-party consent should be distinguished from consent given in management without a mandate and consent given in representation. While giving consent represents a third party's agreement with a contract that the represented party concludes themselves, representation involves concluding a contract by the representative on account of the represented party and directly producing the legal effects of such a contract for the represented. On the other hand, when a third party gives consent to contract, it validates a transaction that does not belong to them and in which it does not have the status of a contracting party, unlike the principal in the case of management without a mandate. Rather the purpose of such consent is to supplement the incomplete will of the person whose contract is in question or to

confirm with their consent that the contract in question is in the interest of that person and that the representative of such a person can conclude it.

Third-party consent is required in a series of different situations that differ from each other in terms of the status of the consent giver, the nature and form of consent, the timing of consent relative to the conclusion of a contract, and the consequences of its absence. The diversity of contracts for which third-party consent is required justifies the scattered regulation of this institution in terms of certain issues, which is also the view of other legal systems that are the subject of this analysis. However, this does not prevent all these situations from being viewed as phenomena covered by the same institute, and for which the general rules contained in Article 29 of the Law of Contract and Torts still apply.

BIBLIOGRAPHY

Antić, O. (2012). *Obligaciono pravo.* Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.

De Leon, HS, De Leon, HM Jr. (2014). *The Law on Obligations and Contracts*. Manila: Rex Book Store.

Dolović Bojić, K. (2021). *Pravno nepostojeći ugovori*, Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.

Draškić, M. (2020). Porodično pravo i prava deteta: Faculty of Law, University of Belgrade.

Đurđević, D. (2010). Neutralni pravni poslovi. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2010 (2).

Ghestin, J., Loiseau, G., Serinet, YM. (2013). *La formation du contrat – Tome 1: Le contrat – Le consentement.* Paris: LGDJ.

Konstantinović, M. (1969). *Obligaciono pravo – prema beleškama sa predavanja profesora Dr. M. Konstantinovića.* Belgrade: Student Union of the Faculty of Law in Belgrade.

Konstantinović, M. (1996). *Obligacije i ugovori – Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Belgrade: Newspaper and Publishing Institution *Official Gazette of the SFRY*.

Krulj, V., Blagojević, B. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Belgrade: Savremena administracija.

Orlić, M. (1995). Čl. 587: Kad zakupodavac može odbiti dozvolu. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ed. Slobodan Perović). Belgrade: Savremena administracija.

Orlić, M. (1995). Čl. 589: Neposredni zahtev zakupodavca. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ed. Slobodan Perović). Belgrade: Savremena administracija.

Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Faculty of Law in Novi Sad.

Pavlović, Đ. (2014). *O obveznostima i ugovorima uopšte*. Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.

Perović, S. (1964). *Formalni ugovori u građanskom pravu.* Belgrade: Association of Lawyers of Yugoslavia.

Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo – knjiga prva*. Beograd: Newspaper and Publishing Institution *Official Gazette of the SFRY*.

Perović, S., Stojanović, D. (ed.). (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Kragujevac, Gornji Milanovac: Cultural Center, Faculty of Law in Kragujevac.

Porchy-Simon, S. (2016). *Droit civil 2e année: Les obligations*. Paris: Dalloz.

Radomirović, I. (2020). *Forma punomoćja za zaključenje ugovora o prodaji nepokretnosti,* master's thesis defended at the Faculty of Law of the University of Belgrade.

Renault-Brahinsky, C. (2019). *Droit des obligations*. Paris: LGDJ.

Salma, J. (2004). *Obligatory law.* Novi Sad: Faculty of Law Novi Sad.

Smits, J.M. (2017). *Contract Law - A Comparative Introduction.* Cheltenham, Northhampton: Edward Elgar Pub.

Stanković, O. (1982). Ograničena poslovna sposobnost i zastupanje maloletnika od strane njihovih roditelja u našem pravu. *Anali Pravnog fakulteta,* 1982 (6).

Stanković, O. (ed.). (1996). *Leksikon građanskog prava.* Belgrade: Nomos.

Stanković, O., Vodinelić, V. (2007). *Uvod u građansko pravo*. Belgrade: Nomos.

Terre, F., Fenouillet, D. (2012). *Droit Civil: Les personnes: Perconalité. Incapacity. Protection.* Paris: Dalloz.

Thommen, M. (2018). Introduction to Swiss Law. Zurich: Carl Grossmann Publishers.

Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. Zagreb: *Narodne novine*.

Vlajković, Z. (1986). Pojam i vrste ugovora o licenci. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* (20).

Vodinelić, V. (1999). Funkcije poslobne sposobnosti maloletnika. *Pravo – teorija i praksa,* (3).

Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law.* London and New York: Routledge.

Domestic and international sources of law

French Civil Code of 1804 with amendments (*Code Civil*).

Law on Public Notaries, *Official Gazette of the RS,* no. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015. and 106/2015.

Law of Contract and Torts, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 45/89. - decision of the CCY and 57/89, *Official Gazette of the FRY,* no. 31/93, *Official Gazette of SCG* , no. 1/2003. *and Official Gazette of the RS*, no. 18/2020.

Public Notary Rules of Procedure, *Official Gazette of the RS,* no. 62/2016, 66/2017, 48/2018, 54/2018, 151/2020. and 59/2022.

German Civil Code of 1900 as amended (*Bürgerliches Gesetzbuch).*

Family Law, *Official Gazette of the RS,* no. 18/2005, 72/2011. and 6/2015.

Proposal for the Law on Amendments to the Law of Contract and Torts. (2019). Accessed on 19 August 2022 from: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2883-19.pdf

Draft Civil Code of the Republic of Serbia. (2015). Accessed on August 19, 2022, from: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html

Serbian Civil Code of March 11, 1844, as amended.

Swiss Civil Code of 1907 as amended (*Code Civil Suisse)*.

Оригинални научни рад
DOI: 10.5937/gakv95-41438
UDC 34(37)

Милица Ристић[*]
Правни факултет Универзитета у Бањој Луци
ORCid: 0009-0008-4380-5155

ACTIO FAMILIAE ERCISCUNDAE У ГОРТИНСКОМ ЗАКОНИКУ И ЗАКОНУ 12 ТАБЛИЦА[**1]

САЖЕТАК: Аутор се у раду бави преиспитивањем односа грчке и римске правне традиције кроз анализу института *actio familiae erciscundae* или тужбе за подјелу породичне имовине која се налази и у Гортинском законику и у Закону 12 таблица. У раду је кориштено неколико научноистраживачких метода, међу којима је по природи ствари најзаступљенији упоредноправни метод, којим ће аутор покушати да одговори на питање да ли се тужба *actio familiae erciscundae* може означити као својеврсни правни трансплант, те да ли се из тог односа могу извући

[*] email: milica.ristic@pf.unibl.org, виши асистент. Милица Костовски, у време пријаве рада Милица Ристић.

[**] Рад је примљен 28. 11. 2022, а прихваћен је за објављивање 13. 1. 2023. године.

[1] За разлику од савремених законика који представљају свеобухватне зборнике једне тачно одређене гране права, први зборници права често се називају кодификацијама иако материји различитих грана права приступају казуистично и то углавном без одређене систематике у излагању. Упркос одсуству суштинских елемената који чине појам кодификације у данашњем смислу ријечи, вјероватно је да су ови зборници у оновременим околностима заиста посматрани као праве и обимне кодификације (тако, нпр. Тит Ливије за Закон 12 таблица каже да је он „цјелокупна кодификација јавног и приватног права“, упркос томе што овај Закон у својим нормама изоставља регулисање неких основних института римског права). У домаћој литератури усталио се обичај да се за велики грчки зборник користи термин Гортински законик, док се за Закон 12 таблица користи дословен превод, те се аутор опредјелио да у овом раду слиједи такву уобичајену праксу и традицију.

и неки општији закључци о степену правне трансплантације између два велика античка система. У циљу пружања што потпунијег одговора на то питање, у раду су такође кориштени и историјскоправни метод, како би се боље схватио друштвено-политички контекст датог времена, као и језички метод у сврху исправног тумачења смисла и значења тужбе *actio familiae erciscundae.* Иако на први поглед постојање ове тужбе у два велика античка прописа указује на одређене сличности, ипак се дубљом анализом карактера породичне заједнице и имовине у римском и грчком друштву откривају и неке суштинске разлике представљене у раду, из чега аутор закључује и да је степен грчког утицаја на римско право донекле прецјењен и пренаглашен.

Кључне речи: *actio familiae erciscundae*, тужба за подјелу породичне имовине, Гортински законик, Закон 12 таблица, конзорцијум

УВОД

Проблем постојања празнина у правним изворима само је један од изазова са којима се суочавају они који се баве правном историјом. Врло често се због тога правни историчари у недостатку других могућности окрећу компарацији правних система, као путу за проналажење аргумената за своје закључке.

Упоредноправни метод је управо један такав пут, који ипак може да крије бројне опасности. Једна од њих састоји се већ у могућности погрешке приликом избора правних система за поређење, који наизглед могу да створе привид уске повезаности, а да коначни закључци покажу сасвим другачије. О овој проблематици писао је проф. др Алан Вотсон, који је свој научни рад посветио правном „позајмљивању" из једног система у други као једном од најважнијих видова еволуције права. Сходно његовој теорији тзв. правних трансплената, правно позајмљивање или трансплантација најобилнији је извор правног развитка кроз историју.[2] Чиниоци који доводе до пресађивања неког института из система даваоца у систем

[2] Своју теорију правних трансплената, Вотсон је први пут представио у свом дјелу „Правни трансплaнти" 1974. године. Теорија правних трансплената према којој се највећи број правних система у историји развио путем преузимања права из других система значајно је уздрмала став историјскоправне школе о постојању нарочитих националних особености сваког појединачног правног система. Наиме, уколико је право једне државе која се посматра посебно обимно позајмљено из неког сасвим другачијег система, у разлитичим временским и просторним околностима, онда је упитно да ли би такво право могло да се сматра „духом народа." Вотсон, А. (2010). *Правни трансплaнти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 159–163.

примаоца могу да буду историјски, културолошки, политички, али врло често се ради и о сасвим обичним случајностима[3], што Вотсон нарочито показује на примјеру рецепције швајцарског права у турски правни систем.

Опасност употребе упоредноправног метода састоји се и у томе да се закључци изведени за један правни систем означе као општи модели правног развоја. Тиме настају стереотипи, који, уколико се довољно често и критички не преиспитују, лако могу надмашити степен баналности и постати увријежена мишљења којима се догматски приступа.[4] Једна од таквих предрасуда јесте и претпоставка о римској култури и Римљанима уопште као плагијаторима грчке оригиналности и инвентивности. И док се таква претпоставка са одређеном вјероватноћом може узети као поуздана када се ради о пољу религије или умјетности, дотле се, кад је у питању право, она мора посматрати са значајним подозрењем. За то постоје најмање два разлога. Први лежи у суштинској разлици у правном сензибилитету ова два народа, тачније у разлици између грчке потребе за апстракцијом и римске казуистичности. Други разлог је чињеница да се ни у најразвијенијем периоду грчког друштва, издјељеног на полисе као основне друштвене и политичке јединице, тешко могло говорити о јединствености грчког права.[5] Употреба овог термина стога је оправдана само уколико се анализира један фонд заједничких установа карактеристичан за све грчке полисе.

Циљ овог рада није да докаже потпуно одсуство испреплетености грчког и римског права, јер већ географска близина показује да је таквог прожимања, у некој мјери, морало бити. Стога ће предмет рада бити оцјена грчког утицаја на римско право кроз анализу специфичног института који у римском Закону 12 таблица носи назив *actio familiae erciscundae* (тужба за разврГнуће породичне заједнице), а који се такође са одређеним степеном сличности појављује и у грчком Гортинском

[3] Околност да је Турска 1924. године донијела свој грађански законик по узору на швајцарски законик посљедица је случајности да је тадашњи турски министар правде Махмуд Есад Бозкурт своје правничко образовање стекао у Швајцарској и отуда најбоље познавао то право, а не резултат неког апстрактног схватања да је швајцарско право политички или економски било прикладније као потенцијални модел. Вотсон, А. (2010). *Правни трансплантти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 170–171. Скоро идентична ситуација уочава се и на примјеру Српског грађанског законика, чији је творац Јован Хаџић студирао право у Бечу и Пешти, што је био један од пресудних фактора да се приликом израде овог законика послужи аустријским, а не француским узором.

[4] Посавец, В. (2004). Јесу ли Грци били иноватори, а Римљани плагијатори: Рим и Грчка као стереотип. *Latina et Graeca* 2, 21–40.

[5] Аврамовић, С., Станимировић, В. (2007). *Упоредна правна традиција*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 114.

законику. Кроз изучавање њиховог међусобног односа покушаће се дати и оквирна слика односа грчког и римског права у цјелини.

УОПШТЕНО О ОДНОСУ ГРЧКЕ И РИМСКЕ ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ

Идеја о преплитању грчког и римског права потиче још из списа знаменитих римских историчара и писаца. Тит Ливије тако наводи да је прије настанка Закона 12 таблица комисија од десет чланова (*decemviri legibus scribundis*) отпутовала у Атину и друге грчке градове да се упозна са Солоновим законима. Иако се одређене сличности са Солоновим законима могу уочити, историјскоправна наука данас је ипак становишта да се вјероватније радило о утицајима из Јужне Италије, гдје се налазила колонија *Magna Graecia*.[6] Посматрано са данашње тачке гледишта, заиста изгледа невјероватно да је десеточлана комисија патриција у ондашњим транспортним условима могла или хтјела да отпутује у Атину, а камоли у стари град Гортину на острву Крит. Са друге стране, оправдано је и запитати се да ли би Римљани, несклони кодификаторској дјелатности, своју „цјелокупну кодификацију јавног и приватног права“ донијели без консултовања страних извора? У таквој дилеми, можда се баш посјета југу Италије, релативно блиском и у просторном и у културолошком погледу, понудила као компромис.[7]

Римско позивање на грчке изворе није посебна новина у логици премодерног законодавства. Вотсон је тврдио да нарочито важну улогу у процесу правног позајмљивања има позивање на ауторитет, како би се тиме прибавила снажнија подршка сопственом мишљењу.[8] Стари кодекси, готово без изузетка, служе се овом тактиком, било да се позивају на божански ауторитет, као што се то чини у Хамурабијевом законику, било да је прича о њиховом доношењу „упакована“ у мистична путо-

[6] Уосталом, то потврђују и списи Дионизија из Халикарнаса, према којима је један дио комисије путовао у Атину, док је други посјетио грчке градове на југу Италије.

[7] Liebs, D. (2007). Die zwölf Tafeln im Vergleich mit griechischen und israelischen Kodifikationen. *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften – Israel, Griechenland, Rom*. Berlin, 87–101.

[8] На овај начин Вотсон објашњава снагу доктрине прецедента у енглеском праву и обичај римских правника да се за своје аргументе послуже цитатима старијих колега. Ни позитивно, право није имуно на то да подршку за своје ставове потражи у неким престижним и развијенијим системима. Вотсон, А. (2010). *Правни трансплантти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 150.

вања законодавца у далеке земље како би пронашао инспирацију, каква је ситуација у случају Закона 12 таблица. Није случајно да у легенди о доношењу овог Закона, децемвири путују баш у Грчку, колијевку цивилизације, идеал државе наспрам римске још увијек претежно затворене, пољопривредне заједнице. Вајс уочава да иза овог поступања стоји иста логика, а то је да се новом закону обезбједи већи ауторитет тиме што ће се обликовати легендаран наратив о његовом усвајању из развијенијих цивилизација.[9] Ако је то био покретачки мотив Римљана, онда је готово па сигурно да у својој потрази за адекватним ауторитетом нису могли да нађу бољи узор од најважнијег епиграфског споменика Старе Грчке.

Пронађен тек 1884. године, Гортински законик изазвао је велико интересовање и одушевљеност у научним круговима.[10] У теорији преовладава став да се ради о правном извору чију непроцјењиву вриједност могу да разумију само они који добро познају обимну литературу о томе како је дошло до стварања једног оваквог Законика.[11] За Аврамовића, Гортински законик је без дилеме најпотпунији правни епиграфски текст из свеколике античке грчке старине.[12]

Много је аргумената који на први поглед могу да створе утисак повезаности и позајмљивања између ова два правна акта. Први се свакако тиче времена њиховог доношења, с обзиром на то да су према често прихваћеном ставу у науци, оба донесена око 450. године п. н. е. Уз одређену дозу опреза, могу се и у погледу њихове суштине и формулације уочити неке сличности, а само једна од њих била би та да оба законика почињу с одредбама процесног права. Из вида се не може изузети ни сличност друштвених услова у којима су они настајали. Стога је изучавање ова два прописа драгоцјено не само у смислу спознаје развоја права, већ и у циљу бољег схватања социолошког контекста тог времена.

---

[9] Вајс, А. (1969). Неке карактеристике старих кодекса. *Анали Правног факултета у Београду* 2, 140–141.

[10] Овај старогрчки натпис из петог вијека п. н. е. одмах је добио епитет најстарије сачуване европске кодификације, а због више од 600 редова текста исписаног на дванаест колумни, крунисан је и атрибутом „краљице натписа“. Аврамовић, С., Станимировић, В. (2007). *Упоредна правна традиција*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 100–102.

[11] Merriam, A. C. (1885). Law Code of Cretan Gortyna. *The American Journal of Archaeology and of the History of the Fine Arts*, 4, 324–350; Calhoun, G. M. (1924). The Materials for a Study of Greek Law. *California Law Review,* 6, 463–480. Нема сумње да је Гортински законик резултат високоразвијене критске културе, „најсјајнијег изданка комплекса егејских култура распрострањених у цијелом Егејском базену“. Посавец, В. (2004). Јесу ли Грци били иноватори, а Римљани плагијатори: Рим и Грчка као стереотип. *Latina et Graeca,* 2, 30.

[12] Аврамовић, С. (1987). Аграрни односи у Гортинском законику. *Зборник Правног факултета у Ријеци*, 21–31.

Почетни занос изазаван проналаском Гортинског законика и постављањем хипотезе о његовој уској вези са Законом 12 таблица, спласнуо је са годинама истраживања и откривања нових извора. Тако је временом постављен упитник изнад датума наводног доношења ових законика, те је за Гортински законик данас скоро па извјесно да су неке његове одредбе настале и прије VII вијека п. н. е. Степен сличности између њих у погледу суштине и формулације не одступа значајно у односу на уобичајени степен сличности између старих кодекса. Штавише, Закон 12 таблица ближи је законицима Старог истока, као што је нпр. Ешнунски законик,[13] него што је то случај са Гортинским закоником. Аналогија у стављању одредби процесног права на прво мјесто није никакав изузетак, већ типично поступање премодерних законодаваца који су на овај начин настојали осигурати државни монопол над рјешавањем спорова и спријечити употребу принципа самопомоћи. Од тога не одступају чак ни неки каснији средњовјековни законици, као што је франачки Салијски законик.

Прича о корелацији између два велика законика само је дио шире поставке о ослањању римског на грчко право.[14] Неки од института који су се нашли у Закону 12 таблица наводно су потицали директно од Солона, као што су одредбе о начину сахрањивања. За један дио ових тврдњи, показало се да не постоје довољно јаки докази који би говорили у прилог тако великог обима позајмљивања из грчког у римско право.[15] Но ако бисмо и прихватили такву тезу, остаје неспорно да се углавном ради о

[13] Delz, J. (1966). Der griechische Einfluss auf die Zwölftafelgesetzgebung. *Museum Helveticum: schweizerische Zeitschrift für klassische Altertumswissenschaft,* 2, 69–83. Тако, нпр. Ешнунски законик у чл. 12. и 13. не предвиђа санкционисање лица за убиство крадљивца који је крађу извршио ноћу, што видимо и у таблици VIII Законика 12 таблица: *si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto* (ако неко ноћу краде, па буде убијен, нека је с правом убијен). Станимировић, В. (2020). *Хрестоматија за упоредну правну традицију*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 24.

[14] Они који су о томе говорили потврду за свој став налазили су у институтима мираза, одржаја или тестамента, чије се поријекло приписивало Грцима. Аврамовић, С. (1981). *Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву*, докторска дисертација. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 371–372.

[15] Аврамовић наглашава да и поред формалне сличности грчких располагања за случај смрти и римског тестамента, постоји суштинска разлика која нас спријечава да између ових института ставимо знак једнакости. Она се састоји у томе да грчки правни послови не садрже именовање универзалног сукцесора у случају смрти. То не значи да у Грчкој није постојала слобода располагања *mortis causa*, али се она исрцпљивала кроз друге различите видове располагања, а не кроз тестамент, чији је *essentialia negotii* према римском схватању било управо именовање *heres*, односно универзалног сукцесора. Аврамовић, С. (1987). Разлике у садржини и правној природи римског тестамента и тзв. легатског тестамента старог грчког права. *Анали Правног факултета у Београду* 1, 9–18.

институтима атинског, а не нужно и гортинског права. Да би се извео закључак о евентуалној међузависности између грчког и римског права, потребно је у истраживање уврстити и особености гортинског права. Једна од таквих је и постојање тужбе за разврснуће породичне заједнице, о којој ће бити више ријечи у наставку рада.

ACTIO FAMILIAE ERCISCUNDAE У ЗАКОНУ 12 ТАБЛИЦА

Еволутивни развој римске породице од *consortium*-а до *familia*

О тужби за разврснуће породичне заједнице у римском праву сазнајемо тек из једне уопштене формулације коју Закон открива у својој петој таблици.[16] Остатак Закона или бар онај дио који је успјешно реконструисан не даје нам више података о називу ове тужбе, њеном настанку или евентуалној примјени. Међутим, већ етимологија овог термина упућује на то да се ради о правном средству које је служило за разврснуће (*ciere* – сијећи, дијелити) једног специфичног облика римске породичне заједнице под називом *familia*.[17] Да би се он у потпуности разумио, потребно је сагледати и његов развој из претходног облика римске породице који је остао упамћен као *consortium*.

Посматран у својој суштини, *consortium* није ништа друго до римски облик онога што се у српском праву означавало као породична задруга.[18] Овај облик породице представља заједницу имовине, живота и рада коју чине десетине чланова, углавном браће и сестара или других блиских крвних сродника, као и један број кућних робова. У *consortium*-у

[16] V.: 10: *„Haec actio (familiae erciscundae) profiscitur e lege XII tabularum.“* односно: „А ова тужба (за поделу наследства) пореклом је из Закона 12 таблица“. Даниловић, Ј., Станојевић, О. (1987). *Текстови из римског права: практикум за вежбе*, Београд: Службени лист.

[17] Станојевић, О. *Римско право*. (1998). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 140.

[18] Кулаузов истиче да имовинскоправни режим задружних добара у српском праву можемо упоредити са оним који је постојао у римском облику ортаклука *ercto non cito* у којем је сваки члан удружења имао право својине на цјелокупној имовини удружења док не би дошло до разврснућа путем тужбе *actio familiae erciscundae*. Тај облик ортаклука настајао је након смрти оца породице и распада *consortium*-а, у којем је више породица са својим потомством живјело на неподијељеном имању. Кулаузов, М. (2012). Критике Српског грађанског законика од 1844. године са посебним освртом на одредбе о породичној задрузи. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 1, 427–426.

је човјек, како је то примјетио Стојчевић,[19] само привремени гост који рођењем и смрћу долази и одлази из породице као вјечног самосталног бића. *Consortium* је сопственик цјелокупне породичне имовине, док су приватна права појединаца сведена на неки облик располагања личним стварима мање вриједности. У таквој форми породичног организовања нема мјеста индивидуализму, који је у потпуности подређен функционисању и очувању интереса колективитета. У условима затворене, натуралне привреде, када се још нису јасно издвојили основни државни органи, овакав облик породице је и једини могући. Цијепањем генса, јавна овлаштења полако се преносе на заједничке органе власти, док *consortium* преузима „приватна“ овлаштења везана за подизање породице и потомства.[20] Тако се упоредо са развојем *consortium-a* прелази из стадијума родовског уређења у облик државног уређења, на ком примјеру се види тијесна функционална повезаност породице и државе.

Дегенерација *consortium-a* почиње оног тренутка у којем друштвене и економске прилике дозвољавају појединцима засебан живот ван колектива, без неопходности да се у заједницу уноси оно што је стечено ван ње. Стање у којем затичемо породицу у вријеме доношења Закона 12 таблица је управо такво стање.[21] Како истиче Стојчевић, процес распадања *consortium-a* сигурно је почео и прије доношења Закона, који потврђује раније постојање тужбе *actio familiae erciscundae*, чијем установљењу је претходио режим у којем је била могућа само пријатељска подјела.[22] Римско друштво у вријеме доношења Закона је друштво које са једне стране још увијек осјећа потребу за постојањем *consortium-a*, док се са друге стране већ уочава формирање новог облика породице под називом *familia*.

---

[19] Стојчевић, Д. (1981). *Римско приватно право*. Београд: Савремена администрација, 76.

[20] Бујуклић, Ж. (2006). *Forum Romanum: Римска држава, право, религија и митови*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 290–291.

[21] Тренутак декаденције римског конзорцијума Полојац везује управо за доношење Законика 12 таблица, односно увођење тужбе *actio familiae erciscundae* која је донијела битну промјену у првобитном режиму конзорцијума. Полојац, М. (1992). Societas и consortium – порекло класичног ортаклука. *Анали Правног факултета у Београду,* 6, 599–609.

[22] Стојчевић наводи да је процес пријатељске подјеле обично почињао тако што би се поједини насљедници одвајали са својим женама и потомцима и самостално обављали послове *consortium-a.* Тако је у прво вријеме, између њих и осталих насљедника долазило до престанка заједнице живота и рада, али не и заједнице имовине, а нарочито оног дијела имовине који се означавао као *heredium* односно као центар породичног култа. Стојчевић, Д. (1959). *Uti legassit* Закона XII таблица. *Анали Правног факултета у Београду*, vol. 7, 3–4, 334–345.

Терминолошке недоумице у погледу тумачења и превода појмова *familia* и *actio familiae erciscundae*

Термин *familia* не подразумијева нужно породицу, него је и један у низу појмова којима се римско право користило да се означи својеврсна имовинска цјелина.[23] У најранијем периоду настанка, *familia* је заиста скуп људи, најчешће повезаних крвним сродством, који чини агнатску породицу на чијем се челу налази *pater familias*. Међутим, употреба овог термина у различитим римским изворима указује на то да се термином *familia* могло користити и онда када се говори о имовини која објезбјеђује егзистенцију породице, а која је најчешће укључивала непокретности, робове, алат за обраду земље и све оно што је служило породици у свакодневној употреби.[24] Такво значење појма *familia* постаје итекако смислено уколико се посматра у свјетлу одредбе Закона у којој се говори о *actio familiae erciscundae*, па је сасвим оправдано поставити и питање адекватног превода ове тужбе на наш језик.

Чини се да не постоје разлози толиког значаја који би нас убједили да је превод „тужба за развргнуће породичне заједнице“ примјеренији од превода „тужба за подјелу породичне имовине“.[25] Имајући у виду чврсту испреплетеност породичног и имовинског елемента у римском праву, не би било одвећ погрешно ова два термина користити паралелно, с обзиром на то да је суштина тужбе усмјерена на исти циљ – распад насљедничке заједнице настале услијед смрти оца породице и стварање појединачних

[23] Интересантно је примјетити да се у римским изворима термин *familia*, који је коријен ријечи „породица“ у већини данашњих европских земаља, најрјеђе користи у том контексту. Напротив, поред тумачења већ наведених у тексту, *familia* често означава и скупину патријархалних или чак ослобођених робова који су након манумисије остајали у породици и дуговали различите обавезе свом бившем господару. Супротно од данашње ситуације, када би жељели да се реферишу на породичну лозу или крвно сродство, Римљани су чешће употребљавали термин *domus* од термина *familia*. Dixon, S. (1992). *The Roman Family*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1–3.

[24] Хелд, Х. Р. (2015). Концепт имовине у римском праву. *Зборник Правног факултета у Загребу* 3–4, 555–577.

[25] У домаћој литератури се *actio familiae erciscundae* преводи на различите начине, па је тако можемо пронаћи као тужбу за подјелу сусвојине или имовинске заједнице (Милошевић), тужбу за подјелу породичне заједнице (Стојчевић), тужбу за подјелу заједнице између сунасљедника (Ромац) или тужбу за подјелу конзорцијума (Станојевић). С обзиром на то да су се учинци поступка вођеног по *actio familiae erciscundae* сводили и на раскидање заједнице живота и на раскидање заједнице имовине између насљедника, ова изнијансираност у различитим преводима, не представља одвећ велики проблем у разумјевању значења римске тужбе у ширем смислу, али може да изазове нејасноће у погледу карактера својине насљедника на насљеђеној породичној имовини.

породица. Проблеми се, ипак, јављају у компарацији термина „тужба за подјелу сувласничке заједнице“, како то преводе Ромац и Милошевић, и „тужба за подјелу конзорцијума“, како је тужбу *actio familiae erciscundae* тумачио Станојевић.

Ова наизглед безначајна разлика у терминологији доводи до дилеме у погледу карактера својине насљедника на породичној имовини. Ако су након смрти оца породице његови насљедници остајали да живје у конзорцијуму, тада је сасвим оправдано рећи да су се налазили у режиму заједничке својине и да њихови удијели нису били јасно одређени, па је у циљу прецизирања и сепарације њихових својинских дијелова било потребно искористити тужбу *actio familiae erciscundae*.[26] Ту претпоставку потврђује и конститутивни карактер пресуде којом су се права у корист странака тек успостављала. Уколико су они ипак били сувласничари, а Јустинијанова кодификација њихову заједницу третира као сувласничку у којој су имали тачно одређене својинске дијелове, намеће се питање да ли је онда поступак по тужби *actio familiae erciscundae* заправо само поступак физичке диобе, без потребе да се утврђује удио сваког сувласничара. Основ за овакво тумачење проналазимо у кондемнацији формуле у диобеним споровима: „Колико треба досудити, нека судија досуди Тицију“[27] – из чега се види да је преторов налог судији био усмјерен на досуђивање, а не на одређивање висине дијела сваког појединачног насљедника. Па опет, ако је то заиста био случај, на темељу чега и у којем поступку су онда раније утврђени њихови удјели?

Непостојање јасног појма приватне својине у периоду доношења Закона 12 таблица указује на то да је у прво вријеме након смрти оца породице могао постојати конзорцијум насљедника, па би употреба термина „тужба за подјелу конзорцијума“ заиста била адекватна. Међутим, даљи развој породичних и својинских односа у Риму наговјештава да је исто тако могло да се ради и о тужби за подјелу сувласничке заједнице. Мноштво противрјечних података о току овог поступка онемогућава нам да се са стопроцентном сигурношћу опредјелимо за неки од два понуђена превода. У одсуству поузданих извора који би нам боље дочарали карактер

[26] У једној заједници као што је конзорцијум располагање имовином и све користи прибављене на тај начин припадају свим члановима конзорцијума. Полојац закључује да то јасно говори о непостојању квота, односно режиму колективне својине над имовином што је битно различито у односу на обичну сувласничку заједницу насљеђа. Полојац, М. (1992). *Societas* и *consortium* – порекло класичног ортаклука. *Анали Правног факултета у Београду*, 6, 604.

[27] *Inst*. 4, 42 – наведено према Бујуклић, Ж. (2006). *Forum Romanum: Римска држава, право, религија и митови.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 110.

породичне заједнице након смрти *pater familias-a*, можда је најбоље опредјелити се за најопштији термин „тужба за подјелу породичне имовине“ и претпоставити да је римски казуистички дух оличен у дјелатности претора, зависно од тога да ли су насљедници били заједничари или сувласници, за сваку појединачну ситуацију тражио најбоље могуће рјешење.

Familia **као својеврсна имовинска цјелина**

Прихватимо ли тезу да појам *familia* не обухвата само људе повезане браком и крвним сродством, него и посебан облик породичне имовине, тиме и даље нисмо одговорили на питање шта све улази у обим те исте имовине која се дијели по основу *actio familiae erciscundae.* Додатну конфузију на овом пољу ствара и употреба термина *familia pecuniaque* који упозорава на нужност да се диференцира евентуална разлика између појмова *familia* и *pecunia*[28] и одговори на питање да ли су обе врсте ствари представљале имовину породичне заједнице. Чињеница да се у називу ове тужбе не спомиње *pecunia,* али и то да се у коријену ријечи *(h)erciscundae* крију *herctum* – насљедство и већ споменуто *ciere* – дијелити, предочавају нам да је поступак по тужби *actio familiae erciscundae* заправо поступак за подјелу насљеђене имовине у чији опсег не улази *pecunia*.[29] За разлику од насљеђене имовине која представља кључ опстанка једне породице, *pecunia* коју чини имовина стечена мимо заједнице и састављена углавном од мање вриједних покретних ствари, много је лакше била предмет отуђивања и располагања. Отуда и не треба да чуди различит имовински и насљедноправни третман ова два типа имовине, међу којим Закон 12

[28] Термин *familia* се у значењу наслијеђене породичне имовине употребљава на још неколико мјеста у Законику, нпр. у таблици V, 4–5 у којој се говори о законском насљеђивању: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento* (Ако неко умре без тестамента ко нема свог насљедника, нека насљедство припадне најближем агнату. Ако нема агната, нека насљедство припадне гентилима). Са друге стране, термин *pecunia* углавном се у Законику преводи као новац, нпр. у таблици VII, 12: *Sub hac condicione liber esse iussus si decem milia heredi dederit, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dandno pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex XII tab. iubet* (Ако је некоме дана слобода под условом да насљеднику исплати десет тисућа, он ће, и ако би га насљедник продао, доћи до слободе чим тај даде новац купцу, тако је наређивао Законик 12 плоча). Израз води поријекло од *pecus* и првобитно је означавао стоку коју је породица одгајала на пашњацима и користила у привређивању за своје потребе. У најраније доба стока се користила као средство за размјену, па је отуда и први римски новац назван по њој.

[29] Анђелковић, М. (1984). *Familia pecuniaque* Закона 12 таблица. *Гласник Етнографског института САНУ.* Београд, 85–100.

таблица већу пажњу, природно, поклања оном који представља базу одржања једне породице.

Из напријед изложене анализе *consortium*-а, посредно се извлачи закључак да се у таквим условима заједништва тешко могло говорити о насљедном праву у оном контексту у којем га ми данас посматрамо. Како умрли члан није имао право својине на породичној имовини, тиме га није могао ни пренијети – све оно што би затекао у *consortium*-у, морао је истоме и оставити, чиме се његова улога практично сводила на администратора породичном имовином. Јаки трагови гентилног уређења осјете се у одредби Закона у којој се каже да ако оставилац нема најближих потомака (*sui heres*) или чланова породице са којима је живио у конзорцијуму (*agnates*), тада се имовина утапа у заједничку имовину генса, без прецизирања особе која ће наслиједити у таквој ситуацији. Иако постојање тестамента у оваквим условима дјелује немогуће, његова егзистенција управо је доказ борбе са реликтима старог друштва и покушај *pater familias*-а да имовину својих најближих потомака (*sui heredes*) сачува од претензија агната и гентила.[30] Стога би се овај акт само условно могао означити као тестамент. Вјероватно је његово састављање првенствено било усмјерено на одређивање лица које ће, с обзиром на важност породичног култа, наставити да обавља улогу *pater familias*-а након смрти оца, при чему би то лице било из круга најближих потомака, а не из реда оставиочеве браће. Иако Стојчевић негира да је садржина оваквог тестамента била усмјерена на расподјелу имовине, можда је *de cuius*, свјестан тога да не може да управља оним што улази у опсег *familia*, користио могућност да путем тестамента подијели бар оно што је остало у оквиру *pecunia*.[31]

Водећи се латинском изреком да је сувласништво мајка свађа, можда би се уз велику дозу опреза могла поставити и хипотеза да је *pater familias* већ у свом тестаменту одређивао насљедне дијелове својих *sui heredes*, што је у вези са претходно изнесеном проблематиком својинског режима у насљедничкој заједници. Тиме би насљедници, из режима заједничке својине какав је постојао у конзорцијуму постајали сувласници чији су својински дијелови идеално одређени, али који још увијек

[30] Стојчевић сматра да је *testamentum calatis comitiis* само плод дуготрајне борбе *pater familias*-а да кућа и имовина остану потомцима, а не даљим сродницима. За такво нешто, он је у прво вријеме од надлежних комицијских скупштина морао да добије одговарајућу дозволу. Таква дозвола постала је излишна са развојем приватне својине, па се на крају све свело на то да *pater familias* пред скуштином изговори одређену формулу која је у ствари била *testimonium*, а из тога је изведен и термин *testamentum*. Стојчевић, Д. (1959). *Uti legassit* Закона XII таблица. *Анали Правног факултета у Београду*, vol. 7, 3–4, 344.

[31] *Ibid*., 342.

немају физички одвојене дијелове имовине за себе. Посматрано из овог угла, тужба *actio familiae erciscundae* могла је да служи насљедницима да изврше физичку подјелу ствари, чиме је дефинитивно долазило до цијепања конзорцијума. Улога суда тиме би се заправо свела само на званичну потврду оставиочеве посљедње воље. Но, имајући у виду морална и религијска схватања тог периода у којем су интереси породице редовно односили превагу над интересима појединаца, до овакве праксе могло је можда доћи тек у каснијим фазама развоја римског друштва, ако је уопште и дошло. Све до тада, готово па извјесно је да је висина насљедног дијела сваког појединог насљедника имала свој основ у обичајном праву.

ТУЖБА ЗА ПОДЈЕЛУ ПОРОДИЧНЕ ИМОВИНЕ У ГОРТИНСКОМ ЗАКОНИКУ

Неодвојивост јавног и приватног у грчком породичном животу

Тужбу за подјелу породичне имовине у Гортинском законику, сасвим природно, нећемо наћи под називом *actio familiae erciscundae.*[32] Својеврсни пандан ове тужбе крије се у колумни V Гортинског законика у којој се говори о законским насљедним редовима, након чега слиједи одредба која каже да ако неки од епибалоната желе да се подијели имовина, а други не, судија треба да пресуди тако да они који желе подјелу управљају свом имовином док се не подијели.[33] Законодавац предвиђа да се у случају неслагања око подјеле имовине, иста понуди на продају. Таква имовина мора бити продата оном који понуди највишу цијену, након чега свако добија дио који му припада, а за цјелокупан поступак продаје обавезно је присуство три или више пуноправних и слободних свједока. Видимо да се насљедницима у случају да не желе наставити живот у заједници након смрти оставиоца, пружа и алтернативна могућност која се састоји у развргнућу те заједнице. Прва разлика која се може уочити у компарацији са римском *actio familiae erciscundae* јесте већ разлика у нормирању: док Римљани само узгред спомињу постојање такве тужбе, Грци нам дају

[32] У раду је кориштена анализа, коментар и превод Гортинског законика који је дао Сима Аврамовић у магистарској тези „Рано грчко право и Гортински законик“ одбрањеној на Правном факултету Универзитета у Београду, 1977.

[33] Гортински законик (ГЗ), V, 28–34, 44–54.

доста прецизан опис поступка за диобу породичне имовине.[34] Чиниоци који су утицали на ту околност највјероватније су историјски, јер Закон 12 таблица познајемо само на основу реконструкција. Није немогуће замислити на тренутак ни то да је ова околност посљедица различитости у менталитету и духу Римљана и Грка, као ни то да су Римљани сматрали да није потребно да се процедура записује јер су већ знали како она тече на основу Гортинског законика.

За грчко, као и за римско друштво 5. вијека п. н. е. домаћинство или *oikos* без сумње је фундаментална градивна јединица.[35] Као и римско, и грчко друштво је изразито класне природе, јер политичка, грађанска и својинска права – права на клер произилазе из припадности највишој класи – хетајрији. Како сваки пуноправни припадник хетајрије има земљишну парцелу једнаке величине, то једнакост у парцелама подразумјева истовремено и једнакост у правима. Такозвана „аграрна демократија“ морала је бити сачувана.[36] Зато је у грчком друштву примјетна тенденција очувања истог броја парцела исте величине која прожима све поре грчког живота. У њеној служби су забране отуђења и располагања породичном имовином, фаворизовање мушких насљедника у насљеђивању породичне имовине[37], видови ограничења мираза[38] и нарочито институт тзв. кћерке насљеднице – епиклере,[39] који није типичан само за стару Грчку, али

[34] Аврамовић, С., Станимировић, В. (2007). *Упоредна правна традиција*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 104.

[35] Друштвено-економски услови тог времена у Грчкој су чинили готово незамисливим да постоји индивидуа која не припада неком домаћинству. Како истиче Foxhall, домаћинство или *oikos* је „*primary arena for the expression of age and sex roles, kinship, socialization and economic cooperation*“. Припадност *oikos*-у отуда је услов за остваривање права како у приватној, тако и у јавној сфери. Foxhall, L. (1989). Household, Gender and Property in Classical Athens. *The Classical Quarterly,* 39 (1), 22–44.

[36] V.: Asheri, D. (1963). Laws of Inheritance, Distribution of Land and Political Constitutions in Ancient Greece. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte,* 12 (1), 1–21.

[37] ГЗ, IV, 31–43.

[38] У Гортини је жена у брак улазила са својом посебном имовином, која се најчешће састојала од покретних ствари и новца и била је строго одјељена од имовине мужа. Иако се насљедни дио кћерке није нужно исцрпљивао кроз мираз, ипак је карактер добара која су добијале кћери углавном искључивао непокретности. Вријеме у којем су и жене могле наслиједити непокретности или их добити кроз мираз тек је требало да дође. Станимировић, В. (2006). *Брак и брачна давања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 66–68.

[39] Кћерка насљедница или епиклера (у Гортини се користио назив *patroiokos*) је она која након смрти свог оца нема браће која би могла да наслиједе породичну имовину. Стога се њена обавеза састоји у удаји за неког од мушких сродника свог оца како би у таквом браку родила мушког потомка који ће се сматрати насљедником свог деде и преузети његове дужности. Сам назив *epikleros* указује на „ону која иде уз

којем је у литератури у односу на све друге правне системе посвећена највећа пажња.[40] Отуда би било очекивано да у служби једнакости грађана и спрјечавања концентрације земље у рукама малог броја повлаштених буде предвиђен и принцип недјељивости породичне имовине. Он се ипак нарушава повећањем индивидуалних слобода и јачањем приватног власништва, што Гортински законик прати управо увођењем могућности подјеле имовине између насљедника.

Римски *consortium* и грчки *oikos*

Већу прецизност Гортинског законика у односу на Закон 12 таблица уочавамо и у погледу диференцирања различитих насљедних режима, у зависности од врсте ствари које се насљеђују. Колумна IV Гортинског законика открива нам да критско друштво препознаје специфичан статус кућа робова и њихове стоке који припадају цијелој аристократској заједници. Надаље, ту је и тзв. породична својина која обухвата куће у граду, робове, ситну и крупну стоку која не припада војкејима, што насљеђују искључиво синови. Међутим, у наставку ове колумне, законодавац предвиђа и посебан насљедноправни режим за, како каже, „осталу имовину" која се састоји у покретним стварима, које припадају и синовима и кћеркама, са разликом што синови добијају дупло већи износ у односу на своје сестре. С једне стране, тежња за очувањем једнаког броја клерова јасно избија из режима насљеђивања непокретности док, са друге стране, уочавамо и постепено пробијање и јачање приватне својине. Суштински, то је исти тренд који је примјетан и у Закону 12 таблица, са битном разликом да је Гортински законик подвајање различитих група имовинских објеката назначио далеко прецизније. Додатно, у оквиру појма породичне имовине, Римљани у својој *familia* не врше подјелу на оно што припада

насљедство". Аврамовић истиче да већ такав назив поручује да је у случају овог института примарна заштита имовинских интереса мушких сродника и аристократских породица, док је одгој и васпитање епиклере секундарног карактера. Аврамовић, С. (1979). Епиклера, кадестаи и епибалонти – спорне установе ранограчког гортинског права. *Анали Правног факултета у Београду* 5–6, 476–489.

[40] Тако се и у праву јужнословенских и балканских народа могу пронаћи институти којима се служило у ситуацији када кћерка остане једини насљедник очеве имовине. Аврамовић наводи примјере албанске *виргине*, црногорске *остајнице* и тзв. *благарице* у обичајима Јужних Словена. Уз незнатне различитости, сви ови институти у најширем смислу служили су истом циљу којем је служио и институт епиклере. Avramović, S. (1994). La patroiokos des lois de Gortyne: Etude linguistique, Response to Monique Bile. *Symposion 1993, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. Böhlau, Köln–Weimar–Wien, 53–60.

аристократској заједници и оно што припада ужем кругу породице. Када се ради о ономе што подразумјевамо под појмом *familia*, и у гортинском и у римском праву видимо потребу за задржавањем такве имовине у заједници. Насупрот томе, када се ради о покретним стварима или условно означеним римским *pecunia*, законодавац у Гортини увиђа да је неопходно регулисати и њихов насљедноправни статус, за разлику од Рима гдје разматрање режима насљеђивања ових ствари остаје у домену претпоставки.

Као што грчка и римска породична имовина нису синоними, тако то нису ни грчка и римска породица. Одиста, оне су и једна и друга заједнице живота, имовине и рада у којима поред крвних сродника, живи и одређен број кућних робова. И једна и друга породица своју имовину доживљавају као својеврсни траст у којем је њихова улога да за потомке сачувају оно што су преци сачували њима. Али већ у претходно наведеним одредбама о законском насљеђивању истиче се битна, ако не и најбитнија разлика у погледу статуса оца породице, чији укућани слободно располажу својом приватном својином без потребе за његовом сагласношћу.[41] У Атини отац породице није тиранин који одлучује о животу и смрти укућана, већ лице које представља породицу у јавном животу и које то чини у претходном договору са породицом.[42] Нема сумње да је тако или бар слично морало бити и у Гортини, која је у погледу односа супружника или односа родитеља и дјеце увијек била либералнија.[43] Гортински законодавац није био у тој мјери оптерећен забранама акумулације земље, па су вјероватно и због тога ограничења у погледу располагања имовином била флексибилнија, бар у односу на Атину. То је навело Ашери (Asheri) да каже да је у погледу својинског режима на имовини *oikos* Гортина његовала тзв.

[41] Аврамовић истиче да постоје двије суштинске разлике које власт оца породице у Грчкој разликују од римске *patria potestas*. Прва се састоји у томе да у грчким изворима нема назнаке да је *kirios* имао на располагању нешто попут *ius vitae ac necis* у односу на чланове свог домаћинства, а друга у томе да су у својим правним и пословним односима синови уживали приличан степен аутономије у односу на оца. Другим ријечима, у Грчкој не налазимо трагове *patria potestas* коју су Римљани сматрали изузетном и посебном карактеристиком свог друштва. Аврамовић, С. (1981). *Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву*, докторска дисертација. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 360–363.

[42] Foxhall, L. (1989). Household, Gender and Property in Classical Athens. *The Classical Quarterly,* 39 (1), 31.

[43] Нпр. у поређењу положаја жене у Атини и Гортини, примјетно је да гортинска жена ужива далеко већу слободу у односу на своју савременицу у Атини. За разлику од Атине, гдје се жена у насљедном праву може само евентуално појавити као епиклера, жена у Гортини има и активну и пасивну насљедну улогу. Од свих грчких полиса, изгледа да је у Гортини син епиклере насљеђивао не по стицању пунољетства, већ по мајчиној смрти и био у позицији да наслиједи чак два домаћинства, што је за грчко право усмјерено ка очувању једнаког броја клерова, било незамисливо.

milder policy што је у директној вези са одредбом о могућности подјеле те имовине.[44]

Епибалонти – технички термин са бројним значењима

У циљу бољег разумјевања одредаба које говоре о подјели породичне имовине, неопходно је осврнути се на значење термина *епибалонти* који се провлачи кроз готово све норме Законика. Колумна V, након три врло прецизно одређена насљедна реда (дјеца и њихова дјеца, браћа и њихова дјеца, сестре и њихова дјеца), у случају њиховог одсуства, предвиђа да имовине треба да се приме епибалонти који на њу имају право. Законик даље додаје да у ситуацији када нема епибалоната из куће, имовину треба да добију они који чине клер, а потом слиједи одредба која је предмет овог рада – о могућности епибалоната да захтјевају подјелу имовине.

Појам епибалонти је, уз неке друге појмове грчког права, свакако један од најконтроверзнијих, а сагласност о његовом правом значењу у науци још није постигнута. Простом компарацијом са терминологијом употребљеном када се говори о четвртом насљедном реду дошло би се до прилично апсурдног закључка да су захтјев за подјелу имовине могли поставити само они који су се налазили у том реду, искључујући тако ближе сроднике из прва три реда. Етимолошки, ријеч *епибалонти* подразумијева „оног који има право на нешто“. У складу са тим, Аврамовић истиче да се ради о техничком термину, којег треба тумачити у зависности од контекста и који је врло вјероватно био већ укоријењен у обичајном праву, тако да га није требало посебно објашњавати у самом Законику.[45] Сходно томе, може се закључити да термин епибалонти у истој колумни, у одредбама које стоје једна до друге има различито значење: у једној он подразумијева чланове четвртог насљедног реда, док се у другој мисли на све оне који имају могућност постављања захтјева за подјелу имовине. То су, дакле, сви насљедници, а с обзиром на карактер друштва и дух насљедног права у Законику, очекивано би било да су то прије свега синови умрлог. На овом терену уочавамо сличност са римским правом, са разликом у томе што су синови насљедници у римској породици били конкуренти не само у погледу управљања наслијеђеном имовином, него и у погледу тога коме ће припасти улога новог *pater familias*-а.

[44] Asheri, D. (1963). Laws of Inheritance, Distribution of Land and Political Constitutions in Ancient Greece. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte,* 12 (1), 18.

[45] Avramović, S. (1990). Die epiballontes als Erben im Gesetz von Gortyn. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 107, 363–370.

Грчки извори ћуте о томе колико често је долазило до подјеле имовине и како је изгледао тај поступак.[46] Врло вјероватно је он у ранијим фазама развоја гортинског друштва био изузетно ријетка појава, док је каснија динамика довела до бржег цијепања породичних задруга. Облигаторно присуство свједока, обавеза продаје купцу који понуди највишу цијену, као и вјероватно учешће неког државног магистрата, могућно су елементи који повезују овај поступак са његовим римским парњаком. Међутим, како се ради о захтјевима форме који нису неки посебан куриозитет ни грчког ни римског права, они су недостатни да би се на основу њих извео чврст закључак о позајмљивању процесних правила из Гортине у Рим. Сличности на које је указано у раду прије су продукт степена економског развоја и Рима и Гортине у којима још увијек постоје породичне задруге и гдје још увијек није стасала приватна својина. Тамо гдје је она ојачала, као што је нпр. у Атини, постојале су посебне тужбе за разврг-нуће породичних заједница (*dike eis dateton hairesin*). Али у Гортини, која се налазила на прекретници између конзервативног и новог, тужба за подјелу породичне заједнице могла је да буде само рудиментарно процесно средство,[47] чији механизми је тек требало да буду изграђени са продором нових схватања о породичним и својинским односима.

ЗАКЉУЧАК

Примамљивост теорије о правној трансплантацији између грчког и римског права лако би нас могла навести на закључак да је и тужба за подјелу породичне имовине саставни дио корпуса позајмљених института. Међутим, треба узети у обзир да пука егзистенција тужбе којом се омогућава подјела породичне имовине у два најважнија извора античког права није сама по себи доказ правне трансплантације. Да би се тако

[46] Поједини натписи из Хиоса, иако датирају отприлике из истог времена из којег и Гортински законик (између 475. и 450. г. п. н. е) нису нам од велике користи, јер се њихов садржај односи на јавну продају непокретности конфискованих најчешће из разлога јавног интереса. Једна од плоча открива да се приликом продаје наводила листа трансакција које су се тицале непокретности и да се обавезно наводило име претходног власника или имена његових насљедника. Тај податак сугерише да су насљедници очигледно имали некаква овлашћења у односу на имовину, али колики је био обим тих овлашћења, не можемо прецизно знати. Надаље, имајући у виду расправу већ изнесену у раду о различитости установа у грчком праву, сасвим је разумно претпоставити да оно што је важило на Хиосу није нужно морало да важи и за Гортину. Faraguna, M. (2006). Terra pubblica e vendite di immobili a confiscati a Chio nel V secolo a.C. *DIKE* 8, 89–99.

[47] *Ibid*., 489.

нешто тврдило, потребно је доказати и велики степен истовјетности у погледу примјене такве тужбе у два различита правна система.

Њихова диференцијација превазилази чисто формалну и очигледну номотехничку разлику. Карактер породичне имовине чија се подјела може тражити у гортинском и римском праву није идентичан; проблем се овдје не своди само на строго одвајање термина *familia* и *pecunia*, него и на потребу гортинског друштва да дио породичне имовине остане у кругу тзв. аристократске заједнице. Такав имовински контекст посљедица је сложених породичних односа, опет значајно различитих у Гортини и Риму. Није случајност да је изрека да је сувласништво мајка свађа настала баш у Риму, у којем су искључиво синови располагали правом не само на породичну имовину, већ и на неприкосновени статус оца породице. Не треба погрешно закључити да је Грцима такав култ био небитан. Али одсуство јаке очинске власти и чињеница да за Грке, за разлику од Римљана, кћерка није крај породице, установили су у Гортинском законику прецизно разрађен систем насљеђивања из којег нису искључени ни женски сродници. Различитости у погледу карактера имовине чија се подјела тражи, као и у погледу круга лица која су била овлаштена на учешће у насљеђивању, неспорно су утицале и на различитости у току поступка за подјелу породичне имовине.

На темељу свега изнесеног може се закључити да извори којима располажемо не дају довољно основа да се закључи да је *actio familiae erciscundae* правни трансплант који су Римљани преузели од Грка. Постојање ове тужбе у оба епиграфска, временски блиска извора ипак свједочи о томе да правни системи понекад, у сличним друштвеним условима, рађају сличне институте који се јављају као одговор на новонастале друштвене захтјеве. Отуда егзистенцију *actio familiae erciscundae* у Закону 12 таблица не морамо нужно тумачити као још један преписивачки покушај Римљана. Чак и да она то јесте, неспорно је да су и овдје Римљани остали вјерни својој потреби да и преузете институте прилагоде свом духу. На примјеру нормирања *actio familiae erciscundae* уочава се и парадокс, незаобилазан у поређењу Грка и Римљана: док Гортински законик опширно објашњава тужбу за подјелу имовине, али нам не даје податке о изгледу и току поступка, дотле Закон 12 таблица тужбу спомиње у једној јединој реченици, а поступак до најситнијих детаља разрађују претори у својој пракси. Тај шаблон није примјетан само у погледу *actio familiae erciscundae,* те нас због тога наводи на једини сигуран закључак: без обзира на то да ли је и у којој мјери између Грка и Римљана долазило до преузимања, на крају ни једни ни други нису могли да побјегну од сопствене оригиналности и аутентичности.

ЛИТЕРАТУРА

Правноисторијски извори

Аврамовић, С. (1977). *Рано грчко право и Гортински законик: магистарски рад.* Правни факултет Универзитета у Београду.

Даниловић, Ј., Станојевић, О. (1987). *Текстови из римског права: практикум за вежбе.* Београд: Службени лист.

Књиге и чланци

Аврамовић, С. (1979). Епиклера, кадестаи и епибалонти – спорне установе раногрчког гортинског права. *Анали Правног факултета у Београду,* 5–6, 476–489.

Аврамовић, С. (1981). *Еволуција слободе тестирања у античком грчком праву*, докторска дисертација. Правни факултет Универзитета у Београду.

Аврамовић, С. (1987). Аграрни односи у Гортинском законику. *Зборник Правног факултета у Ријеци*, 21–31.

Аврамовић, С. (1987). Разлике у садржини и правној природи римског тестамента и тзв. легатског тестамента старог грчког права. *Анали Правног факултета у Београду,* 1, 9–18.

Avramović, S. (1994). La patroiokos des lois de Gortyne: Etude linguistique, Response to Monique Bile. *Symposion 1993, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. Böhlau, Köln–Weimar–Wien, 53–60.

Avramović, S. (1997). Die Epiballontes als Erben im Gesetz von Gortyn. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 107, 363–370.

Аврамовић, С., Станимировић, В. (2007). *Упоредна правна традиција*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Анђелковић, М. (1984). *Familia pecuniaque* Закона 12 таблица. *Гласник Етнографског института САНУ.* Београд, 85–100.

Asheri, D. (1963). Laws of Inheritance, Distribution of Land and Political Constitutions in Ancient Greece. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte,* 12 (1), 1–21.

Biscardi, A. (1958). Idees Maitresses Du Regime De l'indivision en Droit Grec. *Revue Historique de Droit Français et Étranger (1922–)*, *35*, 321–348.

Бујуклић, Ж. (2006). *Forum Romanum: Римска држава, право, религија и митови.* Правни факултет Универзитета у Београду.

Bajc, A. (1969). Неке карактеристике старих кодекса. *Анали Правног факултета у Београду* 2, 137–155.

Вотсон, А. (2010). *Правни трансплантти*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Delz, J. (1966). Der griechische Einfluss auf die Zwölftafelgesetzgebung. *Museum Helveticum:schweizerische Zeitschrift für klassische Altertumswissenschaft* 2, 69–83.

Dixon, S. (1992). *The Roman Family*. Baltimore: The John Hopkins University Press.

Кулаузов, М. (2012). Критике Српског грађанског законика од 1844. године са посебним освртом на одредбе о породичној задрузи. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1, 427–436.

Liebs, D. (2007). Die zwölf Tafeln im Vergleich mit griechischen und israelischen Kodifikationen. *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften – Israel, Griechenland, Rom*, Berlin, 87–101.

Маленица, А. (2012). *О методу историјскоправне науке*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Merriam, A. C. (1885). Law Code of Cretan Gortyna. *The American Journal of Archaeology and of the History of the Fine Arts*, 4, 324–350.

Милошевић, М. (2016). *Римско право*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Полојац, М. (1992). *Societas* и *consortium* – порекло класичног ортаклука. *Анали Правног факултета у Београду*, 6, 599–609.

Посавец, В. (2004). Јесу ли Грци били иноватори, а Римљани плагијатори: Рим и Грчка као стереотип. *Latina et Graeca*, 2, 21–40.

Ромац, А. (1989). *Римско право.* Загреб: Народне новине.

Станимировић, В. (2006). *Брак и брачна давања*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Станимировић, В. (2020). *Хрестоматија за упоредну правну традицију.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Станојевић, О. (1998). *Римско право*. Правни факултет Универзитета у Београду.

Стојчевић, Д. (1959). Uti legassit Закона XII таблица. *Анали Правног факултета у Београду*, vol. 7, 3–4, 334–345.

Стојчевић, Д. (1981). *Римско приватно право*. Београд: Савремена администрација.

Faraguna, M. (2006). Terra pubblica e vendite di immobili confiscati a Chio nel V secolo a.C. *DIKE* 8, 89–99.

Foxhall, L. (1989). Household, Gender and Property in Classical Athens. *The Classical Quarterly,* 39 (1), 22–44.

Хелд, Х. Р. (2015). Концепт имовине у римском праву. *Зборник Правног факултета у Загребу,* 3–4, 555–577.

Calhoun, G. M. (1924). The Materials for a Study of Greek Law. *California Law Review*, 6, 463–480.

Original Scientific Article
DOI: 10.5937/gakv95-41438
UDC 34(37)

Milica Ristić[*]
Faculty of Law, University of Banja Luka
ORCid: 0009-0008-4380-5155

ACTIO FAMILIAE ERCISCUNDAE IN THE GORTYN LAW CODE AND THE LAW OF THE TWELVE TABLES[**1]

ABSTRACT: In this paper, the author examines the relationship between Greek and Roman legal traditions through the analysis of *actio familiae erciscundae* – a Roman legal action seeking the partition of inheritance (division of family property), which can be found both in the Gortyn Law Code and the Law of the Twelve Tables.

[*] email: milica.ristic@pf.unibl.org. Senior assistant. Milica Ristić, at the time of submission; now Milica Kostovski.

[**] The paper was received on November 28, 2022, and the paper was accepted for publication on January 13, 2023.

The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*.

[1] In contrast to contemporary codes, which represent comprehensive collections of a precisely defined branch of law, the first law collections are often referred to as codifications, although they approach the matter of different branches of law casuistically and mostly without a specific systematic presentation. Despite the absence of essential elements that constitute the concept of codification in the modern sense of the word, it is likely that these law collections were indeed considered genuine and extensive codifications in the circumstances of that time (for example, Titus Livius describes the Law of the Twelve Tables as a "complete codification of public and private law", despite the fact that it omits the regulation of certain fundamental institutions of Roman law in its norms). In domestic literature, it is customary to use the term "Gortyn Code" for the large Greek collection of laws, while a literal translation is used for the "Law of the Twelve Tables". The author has, thus, decided to follow this common practice and tradition in this paper as well.

Several scientific research methods were used in the paper, with the comparative legal research method being the most represented one, due to the nature of the subject at hand. Using comparative legal research, the author will try to answer the question of whether the *actio familiae erciscundae* legal action can be marked as a kind of legal transplant and whether it is possible to come to some more general conclusions about the degree of legal transplantation between the two great ancient legal systems from this relationship. To provide the most comprehensive answer to this question, the historical method (historical approach to legal research) was also used in the paper to better understand the socio-political context of the given time, along with the linguistic method to correctly interpret the true sense and meaning of the *actio familiae erciscundae* action. Although, at first glance, the existence of this particular legal action in these two large ancient legal systems indicates certain similarities, a deeper analysis of the nature of family union and property in Roman and Greek society reveals some key differences presented in the paper, based on which the author concludes that the degree of Greek influence on Roman law is somewhat overrated and overemphasized.

Keywords: *actio familiae erciscundae*, legal action for division of family property, the Gortyn Law Code, the Law of the Twelve Tables, consortium

INTRODUCTION

The issue of gaps in legal sources is one of the numerous challenges legal historians face. Consequently, in the absence of other alternatives, they often turn to the comparison of legal systems in an effort to find arguments to support their conclusions.

The comparative legal research method is the most common route they take, which can, nonetheless, conceal numerous dangers. One of them lies in the possibility of making an error when choosing legal systems for comparison in the first place, which may seemingly create an illusion of close interconnectedness, while the final conclusions reveal an entirely different situation. Prof. Dr. Alan Watson wrote about this issue, dedicating his scientific work to the exploration of legal "borrowing" – the act of moving a legal system from one country to another as one of the most important forms of legal evolution. According to his theory of the so-called "legal transplants," legal borrowing or "transplantation" is the most fertile source of legal development throughout history.[2] Factors that lead to the transplantation of a legal rule or institution

[2] Watson first presented his theory of legal transplants in his work "Legal Transplants" in 1974. This theory, according to which the majority of legal systems in history

from the donor system to the recipient system can be historical, cultural, and political, but nonetheless, they are often nothing more but completely ordinary coincidences [3], as Watson explicitly demonstrates using the example of the reception of Swiss law into the Turkish legal system.

The danger of using the comparative legal method also lies in the possibility that the conclusions drawn for one legal system get labeled as general models of legal development. This, consequently, creates stereotypes that, if not critically reexamined frequently enough, can easily surpass the level of banality and become nothing but entrenched beliefs approached dogmatically.[4] An example of one such prevalent prejudice is the assumption that Roman culture and Romans, in general, are plagiarists of Greek originality and inventiveness. While such an assumption may be considered reliable to a certain degree when it comes to fields such as religion or art, in the context of law, it must be taken with a considerable dose of suspicion. There are at least two reasons for this. The first reason lies in the fundamental difference in the legal sensibility between these two nations, specifically in the distinction between the Greek inclination towards abstraction and the Roman casuistry. The second reason is that, even during the most developed period of Greek society, when it was divided into polises (city-states) as the primary social and political units, it was difficult to speak of the uniqueness of Greek law.[5] Therefore, the use of this term is justified only when analyzing a common fund of legal institutions characteristic of all Greek city-states.

---

have developed through the adoption of laws from other legal systems, significantly challenged the position of the historical school of jurisprudence's thoughts on the existence of distinct national characteristics of each individual legal system. Namely, if the law of a particular state observed is considered to be extensively borrowed from a completely different legal system, in different temporal and spatial circumstances, it is questionable whether such a law could be considered to reflect the true "spirit of the people." Watson, A. (2010). *Legal Transplants.* Belgrade: *University of Belgrade, Faculty of Law,* 159–163.

[3] Turkey's adoption of its civil code in 1924 based on the Swiss civil code can be attributed to the coincidence that the Turkish Minister of Justice at that time, Mahmud Esad Bozkurt, had received his legal education in Switzerland and was well-versed in Swiss law. This practical reason influenced this situation way more than any abstract belief that it was because the Swiss law was politically or economically a more suitable model. Watson, A. (2010). *Legal Transplants.* Belgrade: *University of Belgrade, Faculty of Law*, 170–171. An almost identical situation can be observed in the case of the Serbian Civil Code, whose creator Jovan Hadžić studied law in Vienna and Budapest. This was one of the decisive factors in using the Austrian law model, rather than the French one, in its development.

[4] Posavec, V. (2004). Jesu li Grci bili inovatori, a Rimljani plagijatori: Rim i Grčka kao stereotip. *Latina et Graeca* 2, 21–40.

[5] Avramović, S., Stanimirović, V. (2007). *Uporedna pravna tradicija*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 114.

The aim of this paper is not to prove the complete absence of any intertwinement between Greek and Roman law, as geographical proximity alone suggests that some level of assimilation must have occurred. Hence, the subject of this paper will be the assessment of Greek influence on Roman law through the analysis of a specific legal institution known as "*actio familiae erciscundae*" (a legal action seeking division of family inheritance / family property) in the Roman Law of the Twelve Tables (hereinafter: the Law), which also appears in the Greek Gortyn Law Code (hereinafter: Gortyn Code) with a certain degree of similarity. By studying their mutual relationship, an attempt will be made to paint a general picture of the relationship between Greek and Roman law as a whole.

THE RELATIONSHIP BETWEEN GREEK AND ROMAN LEGAL TRADITIONS: A GENERAL OVERVIEW

The idea of the intertwining of Greek and Roman law dates back to the writings of renowned Roman historians and writers. Titus Livius (known in English as Livy) stated that, prior to the creation of the Law of the Twelve Tables, a commission of ten members (*decemviri legibus scribundis*) traveled to Athens and other Greek cities to familiarize themselves with the laws of Solon. Although certain similarities with Solon's laws can be observed, legal historians find it more likely that the influences came from Southern Italy, where the colony of *Magna Graecia* was located.[6] From today's perspective, it truly seems unlikely that a ten-member commission of patricians, given the transportation conditions of that time, could or even would have wanted to travel to Athens, let alone to the ancient city of Gortyn on the island of Crete. On the other hand, it is justified to question whether the Romans, who were generally not inclined towards codification, would have enacted their "comprehensive codification of public and private law" without consulting foreign sources. Faced with such a dilemma, perhaps a visit to southern Italy, relatively close both in spatial and cultural terms, seemed like a fair compromise.[7]

Roman reliance on Greek sources is not exactly a novelty in the logic of premodern legislation. Watson argued that the invocation of authority played

[6] This is also confirmed by the writings of Dionysius of Halicarnassus, according to which one part of the commission travelled to Athens, while the other visited Greek cities in the south of Italy.

[7] Liebs, D. (2007). Die zwölf Tafeln im Vergleich mit griechischen und israelischen Kodifikationen. *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften – Israel, Griechenland, Rom*. Berlin, 87–101.

a particularly important role in the process of legal borrowing, with the aim to secure stronger support for one's opinion.[8] This tactic was employed in ancient codes almost without exception, whether by invoking a divine authority, as is the case with the Code of Hammurabi, or "wrapping" the story of their enactment in mystical journeys of lawmakers traveling to distant lands in search of inspiration, as is the situation with the Law of the Twelve Tables. It is not coincidental that, in the legends of the enactment of this Law, the so-called *decemvirs* (Latin for "ten men") travel precisely to Greece, the cradle of civilization and the ideal state in contrast to the predominantly closed, agricultural community of Rome at that time. Vajs observed the same pattern and logic behind these events as well – providing greater authority to the new law by shaping a legendary narrative about its adoption from more advanced civilizations.[9] If this was the driving motive of the Romans, then it is almost certain that, in their search for adequate authority, they could not have been able to find a better legal model than the most important epigraphic monument at the time – Ancient Greece.

Discovered in 1884, the Gortyn Code sparked great interest and enthusiasm in academic circles.[10] In theory, the prevailing view is that this is a legal source whose immeasurable value can only be understood by those well acquainted with the extensive literature on how such a Code was created.[11] According to Avramović, the Gortyn Code is, without a doubt, the most complete legal epigraphic text from the entirety of ancient Greek antiquity.[12]

---

[8] This is how Watson explains the power of the doctrine of precedent in English law and the custom of Roman jurists to rely on quotations from older colleagues for their arguments. Even in a positive light, the law isn't immune to seeking support for its views in prestigious and more developed systems. Watson, A. (2010). *Legal Transplants.* Belgrade: *University of Belgrade, Faculty of Law*, 150.

[9] Vajs, A. (1969). Neke karakteristike starih kodeksa. *Belgrade Law Review* 2, 140–141.

[10] This ancient Greek inscription from the 5th century BCE immediately gained the epithet of the oldest preserved European codification. Due to more than 600 lines of text inscribed on its twelve columns, it was also crowned as the "queen of inscriptions." Avramović, S., Stanimirović, V. (2007). *Uporedna pravna tradicija*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 100–102.

[11] Merriam, A. C. (1885). Law Code of Cretan Gortyna. *The American Journal of Archaeology and of the History of the Fine Arts*, 4, 324–350; Calhoun, G. M. (1924). The Materials for a Study of Greek Law. *California Law Review,* 6, 463–480. "There is no doubt that the Gortyn Law Code is the result of a highly developed Cretan culture, "the brightest branch of the complex Aegean cultures spread throughout the entire Aegean basin.", Posavec, V. (2004). Jesu li Grci bili inovatori, a Rimljani plagijatori: Rim i Grčka kao stereotip. *Latina et Graeca,* 2, 30.

[12] Avramović, S. (1987). Agrarni odnosi u Gortinskom zakoniku. *Collected Papers of the Faculty of Law in Rijeka,* 21–31.

There are numerous arguments that, at first glance, may create the impression of interconnectedness and borrowing between these two legal acts. The first one concerns the timing of their enactment, considering that both were adopted around 450 BCE, according to the commonly accepted view in academia. With a certain degree of caution, similarities can also be observed in terms of their essence and formulation, one of them being that both codes start with procedural law regulations. Additionally, it is impossible to overlook the similarity of the social conditions in which they originated. Therefore, studying these two regulations is extremely valuable not only in terms of understanding the development of law but also for a better comprehension of the sociological context of that time.

The initial enthusiasm sparked by the discovery of the Gortyn Code and the hypothesis of its close connection to the Law of the Twelve Tables gradually diminished over years of research and uncovering new sources. As a result, a question mark was raised over the dates of the alleged enactment of these codes, and, today, it is almost certain that certain provisions and regulations of the Gortyn Code originated even before the 7th century BCE. The degree of similarity in terms of substance and wording does not deviate significantly from the usual degree of similarity between old codices in general. Moreover, the Law of the Twelve Tables is more similar to the legal codes of the Ancient East, such as the Laws of Eshnunna [13], than to the Gortyn Code. The analogy of placing procedural law provisions in the forefront of a code is not an exception but a typical approach of premodern legislators who sought to secure state monopoly over dispute resolution and prevent the use of self-help principles. Even some medieval codes, such as the Salic Law of the Salian Franks, which were developed at a later time, adhere to this approach.

The correlation between these two great codes is just a small part of a broader framework and storyline of Roman reliance on Greek law.[14] Certain provisions found in the Law of the Twelve Tables were allegedly directly influenced by Solon, such as the provisions regarding burial customs. However,

[13] Delz, J. (1966). Der griechische Einfluss auf die Zwölftafelgesetzgebung. *Museum Helveticum: schweizerische Zeitschrift für klassische Altertumswissenschaft,* 2, 69–83. For example, in the Laws of Eshnunna, Articles 12 and 13 do not provide sanctions for killing a thief who committed theft at night, which we can also see in Table VIII of the Law of the Twelve Tables: *si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto* ("If one is slain while committing theft by night, he is rightly slain"). Stanimirović, V. (2020). *Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 24.

[14] Those who discussed this found support for their points of view in provisions regarding inheritance, maintenance, or testaments, whose origins were attributed to the Greeks. Avramović, S. (1981). E*volucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu, Ph.D. thesis*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 371–372.

some of these theories lack substantial evidence to support claims of such a significant borrowing from Greek into Roman law.[15] Nonetheless, even if we were to accept such a thesis, it remains indisputable that these legal institutions primarily belong to Athenian rather than necessarily Gortynian law. In order to draw a conclusion about the possible interdependence between Greek and Roman law, examining the specific characteristics of the Gortyn Code is also necessary. One such characteristic is the existence of a legal action for the dissolution of family community, which will be further discussed in this study.

ACTIO FAMILIAE ERCISCUNDAE IN THE LAW OF THE TWELVE TABLES

The evolutionary development of the Roman family from *consortium* to *familia*

We learn about the legal action for the dissolution of a family community in Roman Law only from one general formulation revealed in the fifth table of the Law.[16] What has remained of the Law, or at least the part of it that has been successfully reconstructed, does not provide us with any further information regarding the official title of this legal action, its origin, or potential application at the time. However, the etymology of this term suggests that it refers to a legal means that served for the dissolution (*ciere* – engl.: to cut, to divide) of a specific form of Roman family community known as *familia*.[17] To fully understand it, it is necessary to examine its development from the previous form of the Roman family known as *consortium*.

[15] Avramović emphasizes that, despite the formal similarities between Greek dispositions in the case of death and the Roman testaments, a substantial difference prevents us from equating these legal actions. Greek legal acts do not include the appointment of a universal successor in the case of death. This does not mean that freedom of disposition of *mortis causa* did not exist in Greece, but rather that it was realized through different forms of disposition rather than through a testament, whose *essentialia negotii*, according to Roman understanding, specifically included the appointment of a *heres*, that is, a universal successor. Avramović, S. (1987). Razlike u sadržini i pravnoj prirodi rimskog testamenta i tzv. legatskog testamenta starog grčkog prava. *Belgrade Law Review,* 1, 9–18.

[16] V.: 10: *"Haec actio (familiae erciscundae) profiscitur e lege XII tabularum,"* that is: "And this lawsuit (for the division of inheritance) originates from the Law of the Twelve Tables." Danilović, J., Stanojević, O. (1987). *Tekstovi iz rimskog prava: praktikum za vežbe*. Belgrade: Službeni list.

[17] Stanojević, O. (1998). *Rimsko pravo*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 140.

In essence, *consortium* is nothing more than the Roman term for what was referred to as "family commune" or "family community" in Serbian law.[18] This form of a family represented a community of property, life, and labor consisting of tens of members, mostly siblings or other close blood relatives, as well as a number of household slaves. In a *consortium*, as Stojčević observed [19], a person is merely a temporary guest entering and leaving the family through birth and death as an eternal, independent being. In the *consortium*, the collective ownership of the entire family property took precedence, while individual rights were reduced to a form of disposition over personal belongings of lesser value. In such family structure, there is no place for individualism, which is entirely subordinate to the functioning and preservation of the interests of the collective. Under conditions of such a closed, subsistence economy, when basic state bodies had yet to be clearly distinguished, this form of family was the only possible one. As the gens began to break up, public authority gradually shifted to joint authorities and collective governing bodies, while the *consortium* assumed "private" matters related to raising a family and offspring.[20] Thus, in parallel with the development of the *consortium*, the transition from a tribal form of organization to a state form of organization can also be observed, demonstrating the close functional connection between the family and the state.

The degeneration of the *consortium* began as soon as social and economic circumstances allowed individuals to lead separate lives outside the collective, without the necessity of bringing what has been acquired outside of the community back into it. This accurately represents the structure of a family during the enactment of the Law of the Twelve Tables.[21] As Stojčević emphasizes, the disintegration of the *consortium* surely began even before

[18] Kulauzov emphasizes that the property regime of joint assets in Serbian law can be compared to the one that existed in Roman law in the form of a partnership called "ercto non cito," where each member of the association had ownership rights over the entire association's property until it was divided through the legal action of "*actio familiae erciscundae*." This form of cooperation would arise after the family's patriarch's death and the dissolution of the *consortium*, under which multiple families lived together on undivided property with their descendants. Kulauzov, M. (2012). Kritike Srpskog građanskog zakonika od 1844. godine sa posebnim osvrtom na odredbe o porodičnoj zajednici. *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad,* 1, 427–426.

[19] Stojčević, D. (1981). *Rimsko privatno pravo*. Belgrade: *Savremena administracija*, 76.

[20] Bujkulić, Ž. (2006). *Forum Romanum: Rimska država, pravo, religija i mitovi*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 290–291.

[21] Polojac suggests that the decline of the Roman *consortium* is directly linked to the enactment of the Law of the Twelve Tables, specifically the introduction of the *actio familiae erciscundae*, which brought about a significant change in the original regime of

the enactment of the Law, which confirms the earlier existence of the legal action known as *actio familiae erciscundae*, preceded by a regime in which only amicable division of assets was possible.[22] During the enactment of the Law, Roman society was in a transitional phase. On one hand, there was still a lingering sense of the importance of the *consortium*, while on the other hand, the emergence of a new family structure known as *familia* was already becoming evident.

Terminological ambiguities in interpreting and translating the terms "familia" and "actio familiae erciscundae"

The term "familia" does not necessarily imply a family in the modern sense of the word but is rather one in a series of concepts in Roman law used to denote a distinct property unit.[23] In the earliest period of its origin, *familia* referred to a group of individuals, often bound by blood ties, constituting an agnatic family led by a *pater familias*. However, the usage of this term in various Roman sources indicates that the term *familia* could also have been used when referring to the property that ensured the family's existence, which often included real estate, slaves, agricultural tools, and anything else utilized by the family in their daily lives.[24] Such meaning of the term *familia* becomes quite apparent when examined in relation to the provision of the Law which addresses the *actio familiae erciscundae*, thus raising a valid question about the suitable translation of this legal action into our language.

---

the *consortium*. Polojac, M. (1992). Societas i consortium – poreklo klasičnog ortakluka. *Belgrade Law Review,* 6, 599–609.

[22] Stojčević notes that the process of amicable division typically began with individual heirs separating from the *consortium* with their spouses and children, independently carrying out the affairs of the *consortium*. Initially, this would lead to a separation of shared life and work between them and other heirs, but not to a division of property, particularly property known as heredium, which served as the focal point of the family cult alt the time. Stojčević, D. (1959). Uti legassit Zakona XII tablica. *Belgrade Law Review,* vol. 7, 3–4, 334–345.

[23] Interestingly, in Roman sources, the term "familia," which is the root of the word "family" in most European languages today, is rarely used in that context. Instead, in addition to the interpretations discussed earlier, *familia* often refers to a group of patriarchal or even emancipated slaves who, after manumission, continued to reside in the household and had certain obligations towards their former master. Contrary to present-day practice, the Romans used the term *domus* rather than *familia* when referring to a lineage or blood relationship. Dixon, S. (1992). *The Roman Family*. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1–3.

[24] Held, H. P. (2015). Koncept imovine u rimskom pravu. *Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb,* 3–4, 555–577.

Thus, it seems that there are no compelling reasons that would convince us that the translation "(legal) action for the dissolution of family community" would be more appropriate than the translation "(legal) action for division of family property."[25] Taking the strong interconnection between family and the element of property within Roman law into consideration, it wouldn't be entirely incorrect to use these two terms interchangeably, given that the essence of the action is directed towards the same objective – the dissolution of the inherited community upon the death of the head of the family (*pater familias*) and the establishment of individual families. However, difficulties arise when comparing the translation of the term "action for the division of joint property or co-ownership community" as proposed by Romac and Milošević, and the term "action for division of *consortium*" as interpreted by Stanojević in the context of the *actio familiae erciscundae*.

This seemingly insignificant difference in terminology raises a dilemma regarding the nature of the heirs' ownership of family property. If the heirs continued to live together in a *consortium* after the death of the head of the family (*pater familias*), it could be argued that they were in a regime of co-ownership, where the division of property shares was not clearly defined. Therefore, in order to specify and separate their respective shares of ownership, it was necessary to utilize the *actio familiae erciscundae*.[26] This assumption is further supported by the constitutive nature of the judgment through which the rights in favor of the parties were just starting to be established. Suppose they were indeed co-owners and that Justinian's codification treated their community as a co-ownership with clearly defined shares. In that case, the question of whether the *actio familiae erciscundae* is essentially just a procedure for the physical division of property and assets, without the need to determine the rightful share of each co-owner, arises. The basis for this interpretation can be found

[25] In domestic literature, *actio familiae erciscundae* is translated in various ways, such as "action for the division of joint property or co-ownership community" (Milošević), "action for the division of family community" (Stojićević), "lawsuit for the division of community among co-heirs" (Romac), or "lawsuit for the division of *consortium*" (Stanojević). Considering that the procedure conducted under *actio familiae erciscundae* involved both the dissolution of communal life and the division of property among the heirs, this variation in translations does not pose a significant problem in understanding the true meaning of this Roman legal action in a broader sense. However, it may cause ambiguity regarding the nature of ownership of the inherited family property by the heirs.

[26] In a community such as a *consortium*, all members collectively own the property and have equal rights to the benefits derived from it. According to Polojac, this clearly demonstrates the absence of quotas, that is, a regime of collective ownership over the property, which differs significantly from the typical co-ownership inheritance regime. Polojac, M. (1992). *Societas* i *consortium* – poreklo klasičnog ortakluka. *Belgrade Law Review*, 6, 604.

in the judicial condemnation of the formula in division-based disputes: "*As much as should be awarded, let the judge award to Titius*"[27] – indicating that the praetor's instruction to the judge was focused on adjudication rather than determining each individual heir's specific share. However, if that was indeed the case, on what grounds and during what kind of procedure were their shares previously established?

The absence of a clear concept of private property during the period of the enactment of the Law of the Twelve Tables indicates that in the immediate aftermath of the father's death, there could have been a *consortium* of heirs, making the use of Stanojević's term "action for division of *consortium*" indeed appropriate. However, further development of family and property relations in Rome suggests that it could have also been an action for the division of a co-ownership community. The multitude of conflicting information regarding the course of this procedure prevents us from definitively opting for one of the two proposed translations with absolute certainty.

In the absence of reliable sources that would provide us with a better understanding of the nature of the family community after the death of the *pater familias,* perhaps it is best to settle for the broadest term "(legal) action for division of family property" or "lawsuit for division of family property" and assume that the Roman casuistic spirit manifested in the activities of the praetor, who, depending on whether the heirs were co-owners or joint owners, sought the best possible solution for each individual situation.

Familia **as a distinctive property entity**

If we were to accept the thesis that the term *familia* encompasses not only a group of individuals connected by marriage and blood relations but also a distinct form of family property, we still haven't answered the question of what exactly falls within the scope of this property divided based on the *actio familiae erciscundae.* The use of the term *familia pecuniaque* further complicates matters in this field, as it highlights the need to differentiate the potential distinction between the concepts of *familia* and *pecunia*[28] and answer the ques-

[27] *Inst*. 4,42 – as stated by Bujuklić, Ž. (2006). *Forum Romanum: Rimska država, pravo, religija i mitovi. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law*, 110.

[28] The term *familia* is used in the context of inherited family property several times in the Law of the Twelve Tables. For example, in Table V, 4-5, which discusses intestate succession and inheritance: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento*. ("If someone dies intestate without a legal heir, let the nearest agnate have the family inheritance. If there is no agnate, let the gentiles have the family inheritance.") On the other hand, the term *pecunia*

tion of whether they both represented assets of a family community. The fact that the term *pecunia* is not mentioned in the title of this legal action, as well as that the root of the word *(h)erciscundae* contains the word *herctum* – inheritance, and the previously mentioned *ciere* – divide, suggests that the process of the *familiae erciscundae* action is actually a procedure for the division of inherited property, which does not include *pecunia* within its scope.[29] Unlike inherited property, which represents the key to the survival of a family, *pecunia*, consisting of property acquired outside the family community and mainly composed of less valuable movable assets, was much easier subject to alienation and disposal. Hence, it is not surprising that these two types of property received different treatment in terms of property and inheritance laws and regulations, with the Law of the Twelve Tables naturally giving greater attention to the one that represented the foundation for the preservation of a family.

From the aforementioned analysis of *consortium*, an indirect conclusion can be drawn that in such conditions of communal living, it was difficult to speak of inheritance law in the context in which we perceive it today. Since a deceased member did not have ownership rights over the family property, they were unable to transfer it. Everything they encountered within the *consortium* had to be left behind as it was, reducing their role to that of a mere administrator of family property. Strong traces of gentile organization can be felt in the provision of the Law stating that if the testator has no closest descendants (*sui heres*) or family members with whom they lived in the *consortium* (*agnates*), then the property is absorbed into the common property of the gens, without specifying the individual that will inherit it. Although the presence of a testament may seem impossible in such conditions, its existence serves as evidence of the struggle against remnants of the old society and the attempt of the *pater familias* to preserve the property of their closest descendants (*sui heredes*) from the claims of agnates and gentiles.[30] Therefore, this act could only be

is generally translated as "money" in the Law of the Twelve Tables, such as, for example, in Table VII, 12: *Sub hac condicione liber esse iussus si decem milia heredi dederit, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dandno pecuniam ad libertatem perveniet: idque lex XII tab. iubet.* ("If one is granted freedom on the condition of paying ten thousand to the heir, they will attain their freedom as soon as they provide the money to the buyer, as ordered by the Law of the Twelve Tables.") The term *pecunia* originates from the word *pecus* and initially referred to livestock that families raised on pastures for their personal purposes. In the earliest periods, livestock served as a means of exchange, which is why the first Roman currency was named after it.

[29] Anđelković, M. (1984). *Familia pecuniaque* Zakona 12 tablica. *Bulletin of the Institute of Ethnography SASA*, Belgrade, 85–100.

[30] Stojčević believes that *testamentum calatis comitiis* is merely the result of a long-standing struggle by the *pater familias* to ensure that the family's house and other property are passed down to their descendants rather than distant relatives. Initially, the *pater*

tentatively considered a testament. Its composition was likely primarily aimed at determining the individuals who, considering the importance of the family cult at the time, would continue to fulfil the role of the *pater familias* after his death. In this case, the chosen individual would come from the circle of closest descendants rather than the ranks of the testator's brothers. Although Stojčević denies that the content of such a testament was aimed at property distribution, it is possible that the *de cuius* (the testator), aware that they cannot control what falls within the scope of *familia*, used the opportunity to distribute at least what remained within *pecunia* through the testament.[31]

Based on the Latin saying that "co-ownership is the mother of disputes", it could be hypothesized (with a great deal of caution) that the *pater familias* already determined the inheritable shares of the *sui heredes* in their testament, which is related to the previously discussed issue of the property regime within the community of heirs. By doing so, the heirs, coming from a regime of co-ownership that existed within the *consortium*, would become co-owners with clearly defined shares but without physically separate portions of the property. From this perspective, the *familiae erciscundae* action could have served the heirs to carry out the physical division of property, leading to the definitive fragmentation of the *consortium*. The role of the court would, in that case, be reduced to the official confirmation of the testator's final will. However, considering the moral and religious beliefs of that time, where family interests often took precedence over individual interests, such practice may have only emerged in the later stages of development of the Roman society, if it occurred at all. Until then, it is almost certain that determining the inheritance share of each individual heir was based on customary law.

familias had to obtain permission from the competent *comitia* assemblies for such an arrangement. However, with the development of private property, such permission became unnecessary. In the end, it all boiled down to the *pater familias* uttering a specific formula before the assembly, which was essentially a *testimonium*, which gave rise to the term *testamentum*. Stojčević, D. (1959). *Uti legassit* Zakona XII tablica. *Belgrade Law Review,* vol. 7, 3–4, 344.

[31] *Ibid*., 342.

LEGAL ACTION FOR THE DIVISION OF FAMILY PROPERTY IN THE GORTYN LAW CODE

The inseparability of public and private property in Greek family life

In the Gortyn Code, the legal action for the division of family property will, naturally, not be found under the term *actio familiae erciscundae.*[32] A parallel to this legal action can be found in Column V of the Gortyn Code, which addresses the legal hierarchy of inheritance. Subsequently, there is a provision stating that if some of the *epiballontes* wish to divide the property while others do not, the judge should make a ruling enabling those who seek division to retain control of their property until it is divided.[33] The legislator foresees that, in case of disagreement regarding the division of property, it should be offered for sale. Such property must be sold to the highest bidder, and each person should receive their rightful share. The entire selling process requires the presence of three or more competent and impartial witnesses. We can see that the heirs are given an alternative option if they do not wish to continue living in the community after the death of the testator, which involves the dissolution of that community. The first notable difference in comparison to the Roman *actio familiae erciscundae* is the variation in regulation.

While the Romans only briefly mention the existence of such a legal action, the Greeks provide a much more elaborate description of the procedure for the division of family property.[34] The factors that influenced this situation are most likely historical in nature, considering that our knowledge of the Law of the Twelve Tables relies solely on reconstructions. This difference most likely stems from differences in the mentality and mind-set of the Romans and Greeks. Additionally, it is possible that the Romans deemed it unnecessary to document the procedure since they were already familiar with how it was conducted based on the Gortyn Code.

In both Greek and Roman societies of the 5th century BCE, the household or "*oikos"* was unquestionably the fundamental unit of society.[35] Both

[32] The analysis, commentary, and translation of the Gortyn Code used in this paper were provided by Sima Avramović in his M.A. thesis "Rano grčko pravo i Gortinski zakonik," defended at the Faculty of Law, University of Belgrade, in 1977.

[33] The Gortyn Code (GC), V, 28–34, 44–54.

[34] Avramović, S., Stanimirović, V. (2007). *Uporedna pravna tradicija*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 104.

[35] The socio-economic conditions in Greece at the time made it almost inconceivable for there to be an individual who did not belong to a household. As *Foxhall* emphasizes, the household or *oikos* is the "*primary arena for the expression of age and sex roles, kinship,*

Roman and Greek societies were highly class-based, as political, civil, and property rights (rights to the land) stem from belonging to the highest class, the *hetaireia*. Since every full member of the *hetaireia* possessed an equal-sized land parcel, equality in land implies equality in rights. The so-called "agrarian democracy" had to be preserved.[36] Therefore, in Greek society, there is a noticeable tendency to preserve the same number of land parcels of equal size, which permeates all aspects of Greek life. In its service are prohibitions on alienating and disposing of family property, favouring male heirs in the inheritance of family property[37], various restrictions on dowries[38] and particularly the provisions regarding the so-called daughter heiress – the *epikleros*[39], which is not unique to ancient Greece but receives the greatest attention in the literature compared to other legal systems.[40] Therefore, it would be expected that in the pursuit of citizen equality and preventing land concentration among a privileged few, the principle of indivisibility of family property would be established. However, this principle was violated by the increasing individual

socialization, and economic cooperation." Belonging to the *oikos* is therefore a prerequisite for exercising rights in both the private and public spheres. Foxhall, L. (1989). Household, Gender and Property in Classical Athens. *The Classical Quarterly,* 39 (1), 22–44.

[36] V.: Asheri, D. (1963). Laws of Inheritance, Distribution of Land and Political Constitutions in Ancient Greece. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte,* 12 (1), 1–21.

[37] GC, IV, 31–43.

[38] In Gortynia, women entered marriage with their own separate property, primarily movable possessions and money, which was strictly kept separate from their husbands' property. While daughters' portion of inheritance was not necessarily limited to the dowry, the nature of the goods they received mostly excluded immovables. An era when Gorytinian women were able to inherit immovable assets or acquire them through dowry was yet to come. Stanimirović, V. (2006). *Brak i bračna davanja*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 66–68.

[39] A daughter who is the sole heiress or an *epikleros* (referred to as *patroiokos* in Gortynia) is one who, after her father's death, had no brothers to inherit the family property. Therefore, her duty consisted of marrying a male relative of her father so that she could bear a male descendant who would be considered the heir of his grandfather and assume his responsibilities. The term *epikleros* itself implies "one who accompanies the inheritance." Avramović emphasizes that such a term already suggests that the primary protection of the property interests used to lie with the male relatives and aristocratic families, while the upbringing and education of the *epikleros* were of secondary importance. Avramović, S. (1979). Epiklera, kadestai i epibalonti – sporne ustanove ranogrčkog gortinskog prava. *Belgrade Law Review,* 5–6, 476–489.

[40] In the early South Slavic and Balkan legal systems, similar practices can be found in situations when a daughter becomes the sole inheritor of her father's property. Avramović cites examples such as the Albanian *virgjinesha*, Montenegrin *ostajnica*, and the so-called *blagorica* in the customs of the South Slavs. With slight variations, all these institutions served the same purpose as the *epikleros*. Avramović, S. (1994). La patroiokos des lois de Gortyne: Etude linguistique, Response to Monique Bile. *Symposion 1993, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. Böhlau, Köln-Weimar-Wien, 53–60.

freedoms and the strengthening of private ownership, which the Gortyn Code addresses by introducing the possibility of dividing property among heirs.

The Roman *consortium* and the Greek *oikos*

We can observe a greater precision in the Gortyn Code compared to the Law of the Twelve Tables regarding the differentiation of various inheritance regimes, depending on the type of property being inherited. Column IV of the Gortyn Code reveals that Cretan society recognized the specific status of slave households and their livestock, which belong to the entire aristocratic community. Furthermore, there is the concept of the so-called "family property," which includes urban houses, slaves, and small and large livestock that do not belong to the *vokeis*, and are exclusively inherited by sons. However, in the subsequent part of this column, the legislator introduces a separate, distinct inheritance system referred to as "other property," which comprises movable assets inherited by both sons and daughters, the only difference being that sons receive twice the amount compared to their sisters. On the one hand, the desire to maintain an equal number of inheritable assets is clearly evident in the regime of inheriting immovable property. On the other hand, we can observe a gradual emergence and strengthening of private property. Essentially, this is the same trend observed in the Law of the Twelve Tables, with a significant difference being that the Gortyn Code provides a much more precise delineation of different categories of property. Additionally, within the concept of family property, the Romans do not make a distinction between what belongs to the aristocratic community and what belongs to the immediate family circle in their *familia*. When it comes to the concept of *familia*, both in Gortyn and Roman law, there is a common understanding of the need to retain such property within the community. However, when it comes to movable assets or, more broadly, the Roman *pecunia*, the legislator in Gortynia recognizes the importance of regulating their inheritance status, while in Rome, the discussion of inheritance regimes for these assets remains speculative and in the realm of assumptions.

Just as the notions of Greek and Roman family property are not synonymous, neither are Greek and Roman families. Indeed, both represent communities of life, property, and labour, where, in addition to blood relatives, a certain number of household slaves also reside. In both cases, the families perceive their property as a form of trust, where their role is to preserve what their ancestors have passed down to them for the benefit of future generations. However, in the aforementioned provisions on legal inheritance, a significant, maybe even the most significant, difference is emphasized regarding the status

of the head of the family, whose household members freely dispose of their private property without the need for his consent.[41] In Athens, the head of the family (the father or *pater familias*) was not a tyrant determining the fate of other household members. Instead, he acted as a representative of the family in public affairs, based on a prior agreement with the family.[42] There is no doubt that a similar arrangement must have existed in Gortynia as well, which was always more liberal in terms of spousal relationships and parent-child dynamics.[43] The Gortynian legislator was not as burdened with restrictions on land accumulation, which likely made the limitations on property disposal more flexible, at least compared to Athens. This led *Asheri* to suggest that Gortynia had a milder policy regarding property ownership within the *oikos*, which is directly related to the provision allowing for the division of property.[44]

Epiballontes – a technical term with multiple meanings

To better understand the provisions regarding the division of family property, it is necessary to examine the meaning of the term "*epiballontes*" appearing throughout most of the Code. In Column V, after outlining three precisely defined hierarchies of inheritance (children and their descendants, brothers and their descendants, sisters and their descendants), it is stipulated that, in the absence of any of these heirs, the property should be passed on to

[41] Avramović points out two significant differences that set apart the authority of the father, the head of the family in Greece, from the Roman *patria potestas*. The first difference is that Greek sources do not indicate that the *kirios* had a power equivalent to the *ius vitae ac necis* (right of life and death) over the members of his household. The second difference is that sons in Greece enjoyed a considerable degree of autonomy in their legal and business dealings with their fathers. In other words, we do not find evidence of the *patria potestas* in Greece, which the Romans regarded as an exceptional and distinct feature of their society. Avramović, S. (1981). *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu, Ph.D. thesis, University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade,* 360–363.

[42] Foxhall, L. (1989). Household, Gender and Property in Classical Athens. *The Classical Quarterly,* 39 (1), 31.

[43] For example, when comparing the status of women in Athens and Gortyn, it is evident that women in Gortyn enjoyed far greater freedom compared to their contemporaries in Athens. Unlike in Athens, where a woman's involvement in inheritance law was limited to being an *epiklera*, a woman in Gortyn had both an active and passive role in inheritance. Unlike in the Greek city-states, it seems that in Gortyn, the son of an *epiklera* inherited not upon reaching adulthood, but upon the death of his mother and was in a position to inherit even two households. This concept was unheard of in Greek law, as it was oriented towards maintaining an equal number of heirs, known as *klēroi*.

[44] Asheri, D. (1963). Laws of Inheritance, Distribution of Land and Political Constitutions in Ancient Greece. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte,* 12 (1), 18.

the *epiballontes* who have the right to inherit it. The Code further states that, if there are no eligible *epiballontes* within the household, the property should then be inherited by those who constitute the *oikos*. This is followed by a provision that is the focus of this study – the possibility for the *epiballontes* to request the division of the property.

The term "*epiballontes*" is undoubtedly one of the most controversial concepts in Greek law, along with several other terms. There is still no consensus among academia regarding its exact meaning. Simply comparing it with the terminology used when referring to the fourth rank in the line of inheritance would lead to a rather absurd conclusion that only those within that specific rank had the right to request the division of the property, thus excluding closer relatives from the first three ranks within the inheritance hierarchy. Etymologically, the term "*epiballontes*" refers to "*one who has the right to something*." With that in mind, Avramović emphasizes that this is a technical term that should be interpreted depending on the context. It is also highly likely that this term was already rooted in customary law, so it didn't require a separate explanation within the Code.[45] Based on this, it can be concluded that the term "*epiballontes*" has different meanings in adjacent provisions within the same column. In one instance, it refers to members of the fourth inheritance rank, while in another, it encompasses all those who have the right to request the division of property. This includes all heirs, with a particular focus on the sons of the deceased, given the societal context and the spirit of inheritance law in the Code. A similar situation can also be observed in Roman law, with the difference being that, in Roman families, as heirs, sons were not only competitors in terms of managing the inherited property but also in terms of assuming the role of the new *pater familias*.

Greek sources remain silent about how often property divisions occurred and what this process looked like.[46] It is highly likely that property divisions were extremely rare in the early stages of Gortynian society, while later

[45] Avramović, S. (1990). Die epiballontes als Erben im Gesetz von Gortyn. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,* 107, 363–370.

[46] Despite dating from approximately the same period as the Gortyn Law Code (between 475 and 450 BCE), certain inscriptions from Chios are not of great use to us because they mainly deal with the public sale of confiscated properties, usually for public interest. One of the inscriptions reveals that during the sale, a list of transactions concerning the properties was provided, and the name of the previous owner or their heirs was always mentioned. This suggests that the heirs had some authority over the property, although the exact extent of their authority is unclear. Considering the earlier discussion regarding the differences in legal institutions in Greek law, it is reasonable to assume that what applied in Chios did not necessarily apply in Gortyn. Faraguna, M. (2006). Terra pubblica e vendite di immobili a confiscati a Chio nel V secolo a.C. *DIKE* 8, 89–99.

dynamics led to faster fragmentation of family households. The mandatory presence of witnesses, the obligation to sell to the highest bidder, and the possible involvement of a state magistrate are the elements that connect this process to its Roman counterpart. However, since these formal requirements are not unique or exclusive to either Greek or Roman law, they are not enough to firmly conclude that Rome was borrowing procedural rules from Gortynia. The similarities mentioned in this paper are more likely a result of the level of economic development in Rome and Gortynia at the time, where family households still existed, and the notion of private property had not yet fully emerged. In places where private property gained more prominence, such as Athens, specific legal actions for the dissolution of family communities (*dike eis dateton hairesin*) did exist. However, in Gortyn, which was at a crossroads between the conservative and the new at the time, the legal action for the division of the family community and property could have been nothing but a rudimentary procedural tool,[47] with its mechanisms yet to be developed with the emergence of new understandings of family and property relations.

CONCLUSION

The plausibility of the theory of legal transplantation between Greek and Roman law could easily lead us to conclude that the legal action for the division of family property is an integral part of the borrowed legal institutions (provisions). However, we must consider that the mere existence of an action enabling the division of family property in the two most important sources of ancient law is not evidence of legal transplantation in itself. To make such a claim, it is necessary to demonstrate a high degree of similarity in the application of such a legal action in two different legal systems, such as these.

Their differentiation goes beyond merely a formal and evident nomotechnical difference. The nature of family property itself, which is subject to division in both Gortynian and Roman law, is not identical. The issue at hand

[47] Despite dating from approximately the same period as the Gortyn Law Code (between 475 and 450 BCE), certain inscriptions from Chios are not of great use to us because they mainly deal with the public sale of confiscated properties, usually for public interest. One of the inscriptions reveals that during the sale, a list of transactions concerning the properties was provided, and the name of the previous owner or their heirs was always mentioned. This suggests that the heirs had some authority over the property, although the exact extent of their authority is unclear. Considering the earlier discussion regarding the differences in legal institutions in Greek law, it is reasonable to assume that what applied in Chios did not necessarily apply in Gortyn. Faraguna, M. (2006). Terra pubblica e vendite di immobili a confiscati a Chio nel V secolo a.C. *DIKE* 8, 489.

is not just about strictly separating the terms "*familia*" and "*pecunia*," but also about the Gortynian society's desire to keep a portion of family property within the confines of the so-called "aristocratic community". Such a context of property stems from complex family dynamics, which differed significantly between Gortynia and Rome. It is no coincidence that the saying "co-ownership is the mother of disputes" originated in Rome, where only sons had the right not only to family property but also to the inviolable status of the head of the family, that is, the family's patriarch (*pater familias*). One should not mistakenly assume that the Greeks regarded such a cult as insignificant. However, due to the absence of strong paternal authority and the fact that, unlike in Roman society, daughters did not mark the end of the family line, the Gortyn Code established a precisely elaborated inheritance system that included female relatives as well. These differences in the nature of the property subject to division and the individuals allowed to be involved in the inheritance process and claim it, undoubtedly influenced the variations in the process of dividing family property.

Based on the information presented in this paper, it is evident that the available sources do not provide sufficient evidence to conclude that the *actio familiae erciscundae* was a legal transplant adopted by the Romans from the Greeks. However, the existence of this legal action in both closely timed epigraphic sources indicates that legal systems sometimes develop similar institutions and provisions in response to emerging social demands, particularly under similar social conditions. Hence, the existence of *actio familiae erciscundae* in the Law of the Twelve Tables does not necessarily imply that the Romans were "copying" legal rules from other societies. Even if this was the case, it is clear that they remained true to their tendency to adapt any borrowed provisions and institutions to fit their own legal frameworks and systems. The regulation of *actio familiae erciscundae* reveals an unavoidable paradox when comparing the Greeks and Romans. The Gortyn Code extensively explains the legal action for the division of property but provides no information about its procedure. On the other hand, the Law of the Twelve Tables mentions this action in a single sentence, leaving its detailed development to the praetors in their practice. This pattern is not limited to *actio familiae erciscunda*e alone, leading us to the only certain and clear conclusion that, regardless of any potential influence or borrowing between the Greeks and Romans and its extent, both societies maintained their originality and authenticity.

BIBLIOGRAPHY

Historical-legal sources

Avramović, S. (1977). *M.A. thesis: Rano grčko pravo i Gortinski zakonik*. University of Belgrade, Faculty of Law.

Danilović, J., Stanojević, O. (1987). *Tekstovi iz rimskog prava: praktikum za vežbe*. Belgrade: Službeni list.

Books and articles

Anđelković, M. (1984). *Familia pecuniaque* Zakona 12 tablica. *Bulletin of the Institute of Ethnography SASA*. Belgrade, 85–100.

Asheri, D. (1963). Laws of Inheritance, Distribution of Land and Political Constitutions in Ancient Greece. *Historia: Zeitschrift Für Alte Geschichte,* 12 (1), 1–21.

Avramović, S. (1979). Epiklera, kadestai i epibalonti – sporne ustanove ranogrčkog gortinskog prava. *Belgrade Law Review,* 5–6, 476–489.

Avramović, S. (1981). *Evolucija slobode testiranja u antičkom grčkom pravu, Ph.D. thesis,* University of Belgrade, Faculty of Law.

Avramović, S. (1987). Agrarni odnosi u Gortinskom zakoniku. *Collected Papers of the Faculty of Law in Rijeka,* 21–31.

Avramović, S. (1987). Razlike u sadržini i pravnoj prirodi rimskog testamenta i tzv. legatskog testamenta starog grčkog prava. *Belgrade Law Review,* 1, 9–18.

Avramović, S. (1994). La patroiokos des lois de Gortyne: Etude linguistique, Response to Monique Bile. *Symposion 1993, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*. Böhlau, Köln-Weimar-Wien, 53–60.

Avramović, S. (1997). Die Epiballontes als Erben im Gesetz von Gortyn. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte,* 107, 363–370.

Avramović, S., Stanimirović, V. (2007). *Uporedna pravna tradicija*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Biscardi, A. (1958). Idees Maitresses Du Regime De l'indivision en Droit Grec. *Revue Historique de Droit Français et Étranger (1922–)*, *35*, 321–348.

Bujkulić, Ž. (2006). *Forum Romanum: Rimska država, pravo, religija i mitovi.* Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Calhoun, G.M. (1924). The Materials for a Study of Greek Law. *California Law Review,* 6, 463–480.

Delz, J. (1966). Der griechische Einfluss auf die Zwölftafelgesetzgebung. *Museum Helveticum:schweizerische Zeitschrift für klassische Altertumswissenschaft,* 2, 69–83.

Dixon, S. (1992). *The Roman Family*. Baltimore: The John Hopkins University Press.

Faraguna, M. (2006). Terra pubblica e vendite di immobili confiscati a Chio nel V secolo a.C. *DIKE* 8, 89–99.

Foxhall, L. (1989). Household, Gender and Property in Classical Athens. *The Classical Quarterly* 39 1, 22–44.

Held, H. P. (2015). Koncept imovine u rimskom pravu. *Collected Papers of the Faculty of Law in Zagreb,* 3–4, 555–577.

Kulauzov, M. (2012). Kritike Srpskog građanskog zakonika od 1844. godine sa posebnim osvrtom na odredbe o porodičnoj zajednici. *Collected papers of the Faculty of Law in Novi Sad,* 1, 427–436.

Liebs, D. (2007). Die zwölf Tafeln im Vergleich mit griechischen und israelischen Kodifikationen. *Gesetzgebung in antiken Gesellschaften – Israel, Griechenland, Rom*, Berlin, 87–101.

Malenica, A. (2012). *O metodu istorijskopravne nauke*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law

Merriam, A. C. (1885). Law Code of Cretan Gortyna. *The American Journal of Archaeology and of the History of the Fine Arts,* 4, 324–350.

Milošević, M. (2016). *Rimsko pravo*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Polojac, M. (1992). Societas i consortium – poreklo klasičnog ortakluka. *Belgrade Law Review,* 6, 599–609.

Posavec, V. (2004). Jesu li Grci bili inovatori, a Rimljani plagijatori: Rim i Grčka kao stereotip. *Latina et Graeca,* 2, 21–40

Romac, A. (1989). *Rimsko pravo*. Zagreb: The Official Gazette of the Republic of Croatia.

Stanimirović, V. (2006). *Brak i bračna davanja*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law

Stanimirović, V. (2020). *Hrestomatija za uporednu pravnu tradiciju*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Stanojević, O. (1998). *Rimsko pravo*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Stojčević, D. (1959). Uti legassit Zakona XII tablica. *Belgrade Law Review,* vol. 7, 3–4, 334–345.

Stojčević, D. (1981). *Rimsko privatno pravo*. Belgrade: *Savremena administracija*.

Vajs, A. (1969). Neke karakteristike starih kodeksa. *Belgrade Law Review,* 2, 137–155.

Watson, A. (2010). *Legal Transplants.* Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Originalni naučni rad
DOI: 10.5937/gakv95-37706
UDC 343.12

Aleksandra Stefanović[*]
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
ORCid: 0000-0003-0824-0255

ODNOS KONDIKCIJE I VERZIJE U MODERNOM PRAVU[**]

SAŽETAK: Autorka u radu analizira tužbu iz sticanja bez osnova kroz dva instituta: kondikciju i verziju. Nastanak kondikcije i verzije se vezuje za rimsko pravo, mada je njihova esencija u modernim pravima drastično promenjena. Neophodno je odrediti ih u odnosu sa drugim tužbama kako bi se i putem negativne definisanosti dodatno razjasnile granice ovih instituta kao prethodni korak u izlaganju. Treba utvrditi njihove međusobne sličnosti i razlike kao i drugačija poimanja u zavisnosti od stanovišta pravnog sistema o načinu uređenja tužbe iz sticanja bez osnova kako bi se adekvatno uporedili. U radu su korišćeni uporednopravni i dogmatski metodi.

Ključne riječi: kondikcija, verzija, odnos, tužba, zastarelost

UVOD

Sticanje bez osnova se istorijskopravno razvija iz dve tužbe: kondikcije i verzionog zahteva. Ova podela potiče iz rimskog prava kada se neosnovano obogaćenje pominjalo u vezi sa nekoliko instituta od kojih se kondikcije i tužba

[*] email: aleksandra.stefpfbg@gmail.com, pravnik, doktorand na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu

[**] Rad je primljen 10. 6. 2022, a prihvaćen je za objavljivanje 7. 12. 2022. godine.

actio de in rem verso po svom značaju izdvajaju. Sistem kondikcija je pružao zaštitu osiromašenom u slučajevima kada nije mogao da podnese tužbu, a obaveza koju je ispunio nije imala osnov, odnosno osnov nije nastao ili je kasnije otpao.[1] Sve kondikcije su se mogle podneti u slučajevima u kojima se obogaćenje ogledalo u prelazu nekog dobra iz imovine osiromašenog u imovinu obogaćenog bez pravnog osnova.[2] Verziona tužba je predstavljala jednu od šest pretorskih tužbi *actiones adiecticiae qualitatis* kojima je poverilac mogao da naplati od *pater familias*-a potraživanje prema licu *alieni iuris* iz pekulijuma, odnosno imovine kojom je lice *alieni iuris* upravljalo u korist *pater familias*-a pod uslovom da je korist od posla pretočena u imovinu *pater familias*-a.[3] Dalje kroz istoriju su zemlje pod rimskom pravnom tradicijom razvijale koncept sticanja bez osnova pod kondikcijom ili verzijom. Opredeljivanje za kondikciju kao način uređenja sticanja bez osnova je podrazumevalo posebno uređenje slučajeva kada se ovaj institut može primeniti, dok je opredeljivanje za verzioni zahtev predstavljalo prihvatanje ideje da se svi slučajevi sticanja bez osnova mogu obuhvatiti jednom opštom tužbom.[4]

KONDIKCIJA

Tužba iz sticanja bez osnova se tradicionalno naziva kondikcija po uzoru na rimsko pravo.[5] Postoji i stav da je kondikcija procesno sredstvo koje ima opštiji karakter od tužbe, odnosno da kod nje ne mora da se navodi pravni osnov.[6] Ona je obligacione prirode te se može podići samo protiv obogaćenog i njegovih naslednika kao univerzalnih sukcesora, a ne i protiv singularnih sukcesora.[7] U obligacionopravnom odnosu koji nastaje sticanjem bez osnova, obogaćeni ima poziciju dužnika, a osiromašeni poziciju poverioca. Iz prethodno navedenog proizlazi da osiromašeni ima tražbeno pravo spram

[1] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 601.

[2] *Ibid*., 601.

[3] Zimmermann R. (1996). *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition.* New York (USA): Oxford University Press Inc., 878.

[4] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 601.

[5] Antić O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 534, 536.

[6] Stanković E., Vladetić S. (2017). *Rimsko pravo*. 2. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 312.

[7] Radišić J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11. izdanje. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 349.

obogaćenog koje može realizovati podnošenjem tužbe, te na taj način, pokretanjem parničnog postupka. Njome se traži povraćaj stvari.[8]

Za razliku od kontinentalnog prava, u engleskom i američkom su sredstva restitucije kako obligacionopravna, tako i stvarnopravna.[9] Cvetković Đorđević uočava da je prva grupa restitutornih sredstava obligacionopravne prirode i da su usmerena na plaćanje novčane sume koja odgovara vrednosti koju je tužilac primio, dok su druga stvarnopravne prirode i upravljena su na povraćaj određene stvari koja se nalazi kod tuženog.[10] Ona napominje da ta sredstva imaju stvarnopravni karakter jer pretpostavljaju primenu tehnike *tracing* koja omogućava tužiocu da prati stvar koja je izašla iz njegove imovine, bez obzira na to gde se odnosno kod koga nalazi.

Kondikcija je u današnjim pravima (kao u srpskom pravu) po pravilu opšteg karaktera odnosno može se podići jedna tužba za sve vrste sticanja bez osnova (pa i povraćaj kod isplate nedugovanog). Takođe, reč je o ličnoj tužbi – osiromašeni je može podići samo protiv lica sa kojim stoji u obligacionopravnom odnosu.[11] Odnosno, zahtev za povraćaj nedugovanog iznosa se može postaviti samo prema onom licu kome je uplata izvršena.[12] Prethodno navedeno proizlazi iz *inter partes* dejstva obligacionih odnosa te je tužba iz sticanja bez osnova relativnog karaktera.

Kondikcija je tužba za osudu na činidbu,[13] odnosno zahtev glasi na *dare oportere.*[14] Međutim, u teoriji se vodio spor o tome da li se kondikcija zasniva na obogaćenju ili činjenici da nema valjanog titulusa. Ovo razlikovanje ima i praktičan značaj: ako je zahtev zasnovan na obogaćenju, tužilac će uspeti u sporu samo ako je tuženi postao vlasnik stvari; ako se tužba zasniva na nedostatku titulusa, traži se restitucija neosnovane izmene do koje je došlo u

[8] Garner B. A. (2014). *Black's Law Dictionary.* 10th edition. St. Paul (USA): Thomson Reuters West, 352.

[9] Cvetković Đorđević, V. (2020). Pravno neosnovano obogaćenje u anglosaksonskom pravu. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (knjiga 10), 190.

[10] *Ibid*., 191.

[11] Aranđelović, D. (1929). *Zbirka rasprava*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 73.

[12] Veljković, D. (2020b). Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 133/81 od 20. oktobra 1981. godine. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (II knjiga). Beograd: Nova consulting.

[13] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 534.

[14] Polojac, M. (2018). *Praktikum za rimsko pravo. Tekstovi i slučajevi rimskih pravnika iz obligacionog prava*. 5. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 227.

korist imovine dužnika, a na štetu imovine poverioca.[15] Antić na istom mestu iznosi stav da tužba treba da bude bazirana na obogaćenju, ali napominje da se obogaćenje shvata u smislu odgovarajuće i definitivne promene u imovinama poverioca (tj. osiromašenog) i dužnika (tj. obogaćenog).

ODNOS SA DRUGIM GRAĐANSKOPRAVNIM TUŽBAMA

Tužba iz sticanja bez osnova može biti supsidijarna, isključujuća ili konkurentna u odnosu na ostale građanskopravne tužbe.

Odnos između svojinske tužbe i tužbe iz sticanja bez osnova je isključujući jer svojinska tužba podrazumeva da je lice koje je ovlašćeno za podizanje tužbe vlasnik stvari *ergo* nije stečeno (pa ni stečeno bez osnova). Radišić[16] primećuje da je tada došlo do obogaćenja u ekonomskom smislu, ali ne i pravnom. Svojinska tužba je stvarnopravna tužba sa apsolutnopravnim dejstvom dok je tužba iz sticanja bez osnova, kao što je ranije navedeno, lična i relativna tužba. U ovom slučaju se govori o svojinskim tužbama u užem smislu, dok u širem smislu su svojinske tužbe i one koje se ne zasnivaju na utvrđivanju prava svojine poput publicijanske tužbe (ishod spora zavisi od jačeg osnova državine) ili posesorne tužbe (za koje ishod zavisi od utvrđenja činjenice oduzimanja ili smetanja državine).[17] Odnos između pomenutih tužbi se najbolje izražava maksimom da „ko može da vindicira, ne može da kondicira". Pasivno legitimisano lice je neposredni držalac stvari bez pravnog osnova, te nije dovoljno dokazati da je tuženi bio držalac.[18] Nasuprot tome, u slovenačkom pravu se javlja stav da bi tužilac mogao da podnese jedno ili drugo, ako ima pravni osnov za oba, pri čemu će često lakše dokazati kondikcioni zahtev nego vlasnički, a ne mora da dokaže krivicu u slučaju zahteva iz neosnovanog obogaćenja.[19] Aranđelović[20] navodi savesnost sticaoca kao granicu: ukoliko je sticalac nesavestan – nije došlo do prenosa svojine te tada isplatilac može podići reivindikacionu tužbu. Pretpostavljam da autor aludira na sticanje od nevlasnika (ukoliko je

[15] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 535.

[16] Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11. izdanje. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 350.

[17] Antić, O. (2010). *Op. cit.*, 539.

[18] Stanković, O., Orlić, M. (2016). *Stvarno pravo*. 9. izdanje. Beograd: Nomos doo, 133.

[19] Cigoj, S. (1976). *Obligacije: sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primarjalnem pravu*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, 266.

[20] Aranđelović, D. (1929). *Zbirka rasprava*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 74–75.

reč o pokretnim stvarima) odnosno pravila o održaju za primenu kojih je ipak potrebno da se zadovolji niz drugih uslova, dok se savesnost pretpostavlja.

Osiromašeni može birati između podnošenja tužbe iz sticanja bez osnova i tužbe za naknadu štete jer se one nalaze u odnosu konkurencije[21] budući da se primenjuju u oblastima u kojima postoje preklapanja. Obe tužbe su ličnog i relativnog karaktera. Zahtev za naknadu štete i zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja se ne isključuju po svom nastanku, pa bi oštećeni trebalo da ima mogućnost izbora između njih ili mogućnost da u istoj tužbi sa jednim tužbenim predlogom navede obe osnove, ističući pri tome da ne bi trebalo da dođe do dvostruke kompenzacije jer je reč samo o jednom dugu.[22] Poveriocu bi trebalo dopustiti i njihovu kumulaciju jer nema razloga zbog kojeg on eventualni višak (protivpravno) stečene koristi nad štetom koja mu je naneta ne bi mogao da ostvari zahtevom iz neosnovanog obogaćenja i na taj način ga kumulira sa odštetnim (naravno, gledajući na to da ne dolazi do dvostruke kompenzacije).[23] Važno je naglasiti da u slučaju postojanja odnosa konkurencije lice ne može kumulirati zahtev, ali može razliku do pune vrednosti stečenog bez osnova ostvarivati drugom tužbom. S obzirom na to da se zahtev za naknadu štete i zahtev iz neosnovanog obogaćenja prema pretpostavkama i zacrtanom cilju značajno razlikuju, ne može se generalno tvrditi da je odštetni zahtev specijalniji od zahteva iz neosnovanog obogaćenja.[24] U francuskom pravu se pitanje takve kumulacije ne postavlja jer zbog ograničavanja zahteva iz neosnovanog obogaćenja prema visini nadoknade (po pravilu double plafond) kumulacija ta dva zahteva za poverioca nije naročito zanimljiva, zato što ne omogućava oduzimanje dobiti u iznosu koji prelazi gubitak poverioca.[25] Čl. 219. ZOO je priznato pravo na naknadu koristi od upotrebe nezavisno od prava na nadoknadu štete kod upotrebljavanja tuđe stvari u svoju korist kao vrste sticanja bez osnova. Primer preklapanja jeste ako se šteta oštećenog lica sastoji u oduzimanju stvari koja se nalazi kod štetnika, odnosno odgovornog lica, svoj zahtev on može da formuliše kao zahtev prema pravilima o sticanju bez osnova ukoliko proceni da bi povraćajem stvari (s obavezom vraćanja plodova i plaćanja zatezne kamate) obuhvatio interes koji bi mogao da ostvari tužbom za naknadu

[21] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Beograd: Naučna knjiga, 561.

[22] Lutman, K. (2020). Neosnovano obogaćenje u odnosu na ugovorno, deliktno i stvarno pravo. *Odabrane teme obligacionog prava. Zbornik radova Druge regionalne konferencije iz obligacionog prava održane 14. i 15. novembra 2019. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, 240.

[23] *Ibid.*, 246–247.

[24] *Ibid.*, 244.

[25] *Ibid.*, 247.

štete.[26] Isto važi i za obrnut slučaj: tužilac može svoj zahtev da kvalifikuje kao zahtev za naknadu štete, čime će obuhvatiti i obim njegovog osiromašenja kvalifikujući ga kao štetu te sledi da to, da li će presuda biti doneta prema pravilima sticanja bez osnova ili pravilima odgovornosti za štetu, dobrim delom zavisi od toga kako tužilac tj. oštećeni tj. osiromašeno lice kvalifikuje svoj zahtev.[27] Svakako, ne treba gubiti iz vida da je pravna kvalifikacija zahteva tužioca pitanje koje je u isključivoj ingerenciji suda jer je reč o primeni materijalnog prava[28] te je i navođenje pravnog osnova tužbe, u skladu sa čl. 192, st. 4. Zakona o parničnom postupku,[29] fakultativni sastojak tužbe. Treba voditi računa da se dve tužbe povodom istog osnova ne mogu istovremeno upotrebiti protiv istog tuženog, ali, kada je reč o slučaju da je jedno lice upotrebilo tuđu stvar da bi učinilo korist drugom licu, tužilac može drugog da tuži zbog sticanja bez osnova, a pravog zbog naknade štete.[30] Ukoliko je pak nastao dvostruki obligacioni odnos, koji omogućava upotrebu obe tužbe, ali je jedna obligacija prešla u naturalnu, na primer zbog zastarelosti, kao *ultimatum remedium*, ostaće kondikcija – uostalom kao i u rimskom pravo, tako je i u savremenim pravima kondikcija često poslednje sredstvo za pružanje pravne zaštite.[31] Najznačajnija razlika koja pokazuje značaj ove kvalifikacije su rokovi zastarelosti: potraživanje po osnovu odgovornosti za štetu zastareva u subjektivnom roku od tri godine, računajući od dana kada je oštećenik saznao kako za štetu, tako i za identitet štetnika, odnosno u objektivnom roku od pet godina od dana prouzrokovanja štete (čl. 376, st. 1. i 2. ZOO) dok potraživanje iz sticanja bez osnova zastareva u opštem roku zastarelosti pošto poseban nije predviđen. Upravo zbog značaja razlučivanja odnosa između ove dve grupe pravila čl. 209. ZOO izričito propisuje da posle nastupanja zastarelosti prava da zahteva naknadu štete, oštećeni može da zahteva od odgovornog lica, prema pravilima koja važe u slučaju sticanja bez osnova, da mu ustupi ono što je dobio radnjom kojom je prouzrokovana šteta. Zapravo, tužba iz sticanja bez osnova i tužba za naknadu štete se u izvesnom smislu dopunjuju: ukoliko je putem kondikcije

[26] Simonović, I. (2018). *International Scientific Conference „Law in the context of addressing the challenges of the contemporary world" Collection of summaries*. Faculty of Law, University of Niš, 191; Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 612.

[27] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Beograd: Naučna knjiga, 561.

[28] Jakšić, A. (2019). *Građansko procesno pravo*. 11. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 359.

[29] Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013. – odluka US, 74/2013. – odluka US, 55/2014, 87/2018. i 18/2020.

[30] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 540.

[31] *Ibid.*

vraćena stvar kojom je tuženi bio obogaćen, tužbom za naknadu štete se može tražiti još izgubljena dobit.[32] Vedriš[33] smatra da je verzioni zahtev[34] po ZOO strogo supsidijaran, iako je vladajuće mišljenje da osiromašeni može birati (mada je iznos kod verzionog zahteva često manji od naknade štete te bi se mogao zahtev za naknadu štete javiti kao dopunski).

Tužba za izvršenje ugovora i tužba iz sticanja bez osnova su u isključujućem odnosu. Radišić[35] koristi naziv tužba zbog neispunjenja ugovorne obaveze. Tužba se zasniva na punovažnom pravnom poslu, drugim rečima, jedna strana (dužnik) nije poštovala ugovor, pa druga (poverilac), upravo zahteva njegovo poštovanje.[36] Ove dve tužbe se primenjuju u potpuno različitim oblastima.[37] Adekvatnije je korišćenje izraza tužba za izvršenje ugovora jer je naziv tužba zbog neispunjenja ugovorne obaveze preširok: sugeriše da obuhvata i tužbu za izvršenje ugovora, ali i raskid ugovora zbog neizvršenja ugovorne obaveze. U našem pravu je raskid ugovora po pravilu vansudski (uz izuzetak raskida usled promenjenih okolnosti) te pomenuta dilema ne bi postojala. Tužba za izvršenje ugovora se može podići kada dužnik nije postupio u skladu sa ugovornom obavezom (tj. pravnim osnovom) kako bi ispunio ugovorenu činidbu. Nasuprot tome, kod sticanja bez osnova je evidentno da ne postoji osnov sticanja. Iz toga sledi da, dokle god se može podići tužba za izvršenje ugovora, ne može se podići tužba iz sticanja bez osnova. Ako je ugovor raskinut ili prestao zbog nemogućnosti ispunjenja, prestaje pravni osnov eventualno izvršenih činidbi te nema mesta tužbi za izvršenje obaveze iz ugovora, ali se povraćaj može zahtevati tužbom iz sticanja bez osnova.[38]

Tužba iz sticanja bez osnova i posesorna tužba (tj. tužba za povraćaj državine ili prestanak smetanja) su u konkurentskom odnosu jer mogu poticati iz istog životnog događaja. Posesorna tužba je usmerena na povraćaj stvari te može imati dodirnih tačaka sa povraćajem po osnovu sticanja bez osnova

[32] Radovanov, A. (2009). *Obligaciono pravo: opšti deo*. Novi Sad: Univerzitet Privredna akademija, Pravni fakultet, Novi Sad, 217.

[33] Vedriš, M., (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (I tom). Beograd: Savez udruženja pravnika SR Srbije, 465.

[34] Primećujem da se i autor koristi izrazom verzoni zahtev u datom kontekstu da označi opštu tužbu iz sticanja bez osnova.

[35] Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11. izdanje. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 350.

[36] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 539.

[37] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Beograd: Naučna knjiga, 561.

[38] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 611.

ukoliko se sticanje bez osnova ogleda u sticanju prava i državine od strane obogaćenog na nekoj stvari koja je bila u imovini osiromašenog, jer se i njome postiže restitucija u faktičkom smislu, što je primarna svrha i tužbe iz sticanja bez osnova.[39] Dakle, tužbeni zahtev je u oba slučaja kondemnatoran. Međutim, dok se posesornom tužbom traži prestanak smetanja državine, otklanjanje posledica smetanja (na primer povraćaj stvari), kao i zabrana budućeg smetanja; kondikcijom se uz povraćaj odnosno restituciju ulazi i u pitanje osnova sticanja odnosno u pitanje subjektivnog prava.[40] Posesorna tužba će uspeti bez obzira na valjan pravni osnov jer taj osnov u takvim sporovima nije pravno relevantan, na primer: zaključen je ugovor o kupoprodaji, ali kupac silom otme stvar od prodavca – tada će prodavac dobiti državinski spor, ali bi izgubio spor kada bi upotrebio tužbu iz sticanja bez osnova.[41] Dakle, ključna razlika između ove dve tužbe je da se po tužbi iz sticanja bez osnova ispituje i postojanje pravnog osnova pozivom na koji osiromašeno lice zahteva povraćaj stvari, što u posesornoj parnici načelno nije slučaj, kao i da se tužbom po osnovu sticanja bez osnova može zahtevati i povraćaj plodova, odnosno njihova vrednost, kao i zatezna kamata što u posesornoj parnici nije moguće.[42] Osim toga, posesorna tužba se može podneti u vrlo kratkom subjektivnom (trideset dana) i objektivnom roku (godinu dana) koji su pride prekluzivni, do ostvarenja potraživanja osiromašenog povodom tužbe iz sticanja bez osnova ograničava samo opšti rok zastarelosti od deset godina.

U većini slučajeva nema preklapanja između oblasti primene pravila o sticanju bez osnova i poslovodstva bez naloga[43] te sledi da je odnos između primene tužbe iz sticanja bez osnova i tužbe iz poslovodstva bez naloga isključujući. Tužbom iz sticanja bez osnova se redovno zahteva povraćaj stvari, dok se tužbom iz poslovodstva bez naloga zahtevaju naknada troškova poslovođe bez naloga, nagrada za njegov rad, kao i preuzimanje prava i obaveza od strane gospodara posla.[44] Izuzetno može doći do preklapanja oblasti primene ova dva instituta što i ZOO ima u vidu jer u čl. 217, kojim je uređena upotreba stvari u tuđu korist, propisuje da je povraćaj stvari ili naknada stečene koristi, moguć prema pravilima sticanja bez osnova samo ako nisu ispunjeni uslovi za primenu pravila poslovodstva bez naloga. Istorijskopravno gledano: *actio*

[39] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 610.

[40] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 538.

[41] *Ibid.,* 537.

[42] Antić, O. (2010). *Op. cit.*, 538.

[43] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Beograd: Naučna knjiga, 562.

[44] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 611.

negotiorum gestio je bila, po Afrikasu u rimskom pravu, određena i za slučaj isplate nedugovanog, a Papinijan je dodeljuje i u situaciji u kojoj poslovođa bez naloga nije svestan da preduzima tuđi posao.[45]

ODNOS KONDIKCIJE SA VERZIJOM

Sličnosti i razlike instituta kondikcije i verzije

Osnovna sličnost između verzione i odgovornosti za obogaćenje ogleda se u tome što se u oba slučaja sankcioniše korist ostvarena na tuđ račun.[46] Kod sticanja bez osnova se polazi od toga da postoji pravni osnov za vraćanje stvari (ukoliko nije nastupila zastarelost potraživanja), ali se taj osnov mora dokazati odnosno da je neki deo imovine jednog lica prešao na bilo koji način u imovinu nekog drugog lica, dok kod verzijskog osnova to ne bi bilo moguće jer se ne radi o sticanju bez osnova već o sticanju po osnovu svojine koja se ostvaruje svojinskom tužbom.[47] Institut verzionog zahteva se zbog toga ne može vezivati za odredbe o sticanju bez osnova jer kod sticanja bez osnova lice čija je stvar zna da je njegova imovina prešla u imovinu drugog lica, a taj prelaz nema svoj osnov (mada u određenom periodu to i ne mora da zna), dok kod verzionog zahteva korisnik stvari i ne zna da je stvar koju koristi na bilo koji način svojina nekog drugog, ili da je ta stvar prešla u njegovu imovinu po nekom nedozvoljenom pravnom osnovu, dok ga onaj čija je stvar ne pozove da mu stvar vrati i dokaže da je to njegova stvar.[48] Od klasične ustanove neosnovanog obogaćenja, verzija se razlikuje u tome što se može primeniti čak i kada uopšte nije došlo do obogaćenja lica u čiju je korist stvar upotrebljena.[49] Razlika između verzione i savremene odgovornosti iz obogaćenja postoji i u pogledu vremenskog trenutka prema kojem se procenjuje korist: kod verzione tužbe uzima se u obzir trenutak kada je korist dospela u imovinu.[50] Verzioni zahtev ne odgovara poslovodstvu bez naloga jer ovaj slučaj nije regulisan, a

[45] Cvetković Đorđević, V. (2018). Poslovodstvo bez naloga i pravno neosnovano obogaćenje. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (knjiga 8). *Zbornik radova*, 295.

[46] *Ibid*., 187–188.

[47] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (II knjiga). Beograd: Nova consulting, 8.

[48] *Ibid.*

[49] Trnavci, G. (2012). Pravna priroda neosnovanog obogaćenja. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci,* 2012/1, 248.

[50] Cvetković Đorđević, V. (2015). *Kondikcija i neosnovano obogaćenje*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 190.

karakteristika verzije je da onaj ko upotrebljava određenu imovinu u svoju ili tuđu korist, nema u svesti da obavlja tuđi posao, misleći da je to njegova stvar, odnosno da se ne radi o tuđem interesu, i da nema šta da vraća onome čija je stvar, dok ovaj ne dokaže da je vlasnik stvari i da ima svojinu na njoj.[51] Sudska praksa predratnog prava je polazila od stanovišta da su za rešenje pitanja obaveze na povraćaj te naknadu štete i naknadu iz sticanja bez osnova, od značaja pravila po kojima, u slučaju da neko upotrebi tuđu stvar bez poslovodstva u proizvodnji i za proizvodnju, onda samo na osnovu te činjenice nastaje pravo vlasnika da traži i naknadu vrednosti dobijenih plodova u neto iznosu prema tržišnim cenama, kao da je to vrednost koja njemu pripada kao vlasniku stvari, i samo na osnovu tog fakta što je on vlasnik i što je njegova stvar bez poslovodstva u korist drugog upotrebljena te bi potraživanje vrednosti plodova spadalo pod kategoriju verzionih zahteva koja se razlikuje od potraživanja naknade prouzrokovane štete.[52] Vedriš[53] razlikuje činidbu od radnje koja je dovela do obogaćenja odnosno osiromašenja: činidba je samo ona ljudska radnja koju je dužnik dužan izvršiti poveriocu, dok je radnja pojam koji obuhvata i činidbu, ali i protivpravne radnje (koje ne smeju biti štetne). Činidbi bi, prema autoru, odgovarali slučajevi kada se povraćaj učinjenog traži kondikcijom, a može je podići samo onaj koji je izvršio radnju koja je izazvala obogaćenje odnosno osiromašenje; dok, nasuprot tome, u drugu grupu slučajeva bi se svrstale protivpravne radnje (isto utužive kondikcijom) kod kojih nisu zadovoljeni uslovi za građanskopravni delikt – na primer *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Povraćaj se može tražiti verzionim zahtevom kada izvršena radnja, koja je dovela do osiromašenja odnosno obogaćenja, uopšte ne može imati karakter činidbe (čak ni inicijalno) ili se uopšte ne radi o ljudskoj radnji nego o nekom prirodnom događaju.[54] Kondicirati može samo onaj koji je sam izvršio radnju koja je dovela do obogaćenja odnosno osiromašenja, a da zato nije bilo pravnog osnova, dok verzioni zahtev može podići i onaj koji nije izvršio radnju nego je radnju izvršilo treće lice, ili je do obogaćenja došlo prirodnim događajem.[55]

---

[51] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (II knjiga). Beograd: Nova consulting, 9; Trnavci, G. (2012). Pravna priroda neosnovanog obogaćenja. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci 2012/1,* 248.

[52] *Ibid.*, 9.

[53] Vedriš, M. (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (I tom). Beograd: Savez udruženja pravnika SR Srbije, 463.

[54] *Ibid.,* 464.

[55] *Ibid.*

ODNOS KONDIKCIJE I VERZIONOG ZAHTEVA

U francuskom pravu je bio prevagnuo prvi pristup kada je čl. 1376–1381. Francuskog građanskog zakonika[56] isključivo uređena isplata nedugovanog od sticanja bez osnova, te ovo zakonodavstvo nije poznavalo koncept opšte tužbe iz sticanja bez osnova.[57] Verzioni zahtev je unet u francusko pravo putem sudske prakse u XIX veku,[58] konkretno, odlukom Kasacionog suda iz 1892. godine, čime je shvatanje dobilo kvazilegislativnu snagu.[59] Osnova za ovu odluku Kasacionog suda je bilo shvatanje Obrija i Roa koji su smatrali *actio de in rem verso* kao sredstvo za povraćaj vrednosti stvari koje su izašle iz imovine zasnovan na principu pravičnosti koji onemogućava obogaćenje na račun drugoga.[60] Doktrina je dopunila teoriju Obrija i Roa dodatnim uslovom koji se sastoji u supsidijarnosti primene pravila o sticanju bez osnova.[61] Izmenama FGZ-a koje su nastupile 2016. godine je uveden opšti institut sticanja bez osnova poznat (dotada) kao verzioni zahtev (čl. 1303. FGZ-a), a u pravnoj teoriji se izlaže shvatanje da je ovim putem napravljena podela izvora obligacija konstatovanjem da postoje tri stuba: ugovori, prouzrokovanje štete i kvazikontrakti.[62] U pomenutoj odredbi se navodi da se pravo na povraćaj odnosi na manju od dve vrednosti: osiromašenja i obogaćenja.[63] Problemi sa ovim shvatanjem su sledeći: prvo, trebalo bi da sticanju bez osnova kao kvazikontraktu odgovara neki ugovor što nije slučaj za razliku od poslovodstva bez naloga koji bi mogao da se poima kao kvazimandat odnosno isplata nedugovanog kao kvazizajam i drugo, problem je što se opšta odredba ne odnosi na isplate *solvendi causa* uključujući i ispunjenje nedugovanih usluga od reforme 2016. godine.[64] Dobra strana je što se opšti institut sticanja bez osnova bar *prima*

[56] Francuski građanski zakonik – FGZ, Pariz, 1804.

[57] Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Droit civil*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 310.

[58] Danilović, J. (2001). Neosnovano obogaćenje. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* br. 1–4, 500.

[59] Sudska praksa u francuskom pravu, kao kontinentalnom pravu, nije izvor prava u formalnom smislu iako svakako da ima svoje neformalno uporište, pogotovu kada je određeni stav usvojen od strane najvišeg suda u zemlji.

Descheemaeker, E. (2013). Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français. *Revue trimestrielle de droit civil,* 4; Marty, G. Raynaud, P. (1961). *Op. cit.,* 310. Ripert, G. (1950). *Le droit privé francais au milieu du XXe siècle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 238.

[60] Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Op. cit.,* 310–311; Ripert, G. (1950). *Op. cit.*, 238.

[61] Ripert, G. (1950). *Op. cit.*, 237.

[62] Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review,* (vol. 25), 3.

[63] *Ibid*., 10.

[64] *Ibid*., 3, 10.

facie odnosi na slučajeve indirektnog obogaćenja i prenose koji su izvršeni iz drugih razloga od prestanka obligacije.[65] U nemačkom pravu je prevagnulo drugo shvatanje te je Nemačkim građanskim zakonikom [66] uvedena opšta tužba zbog sticanja bez osnova[67] što je ujedno i pristup koji preovlađuje danas.[68]

JEDINSTVENO NASUPROT ODVOJENOM REGULISANJU

Pravna teorija i sudska praksa pravile su razliku između slučajeva pravno neosnovanog obogaćenja[69] koji su regulisani kondikcijama i onih koji su regulisani sa *actio de in rem verso* u delovima naše zemlje u kojima se primenjivao Austrijski građanski zakonik.[70] Sporno je kako je ZOO uredio odnos ova dva instituta: jedna struja zastupa stanovište da je sticanje bez osnova uređeno kao jedinstvena ustanova,[71] a druga da je odvojeno uređeno.[72] Argument[73] u prilog prvom shvatanju je da nije moguće uspostaviti jasnu granicu između slučajeva koji su obuhvaćeni ovim institutima. Oni iznose kolokvijalno shvatanje po kojem isplata nedugovanog[74] potpada pod slučajeve uređene kondikcijom. Razlika između pravila o vršenju tuđih poslova u smislu čl. 221. Zakona o obligacionim odnosima[75] i verzije je u tome što kod verzije onaj koji koristi tuđu

[65] Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review,* (vol. 25), 10.

[66] Nemački građanski zakonik. Berlin, 1900.

[67] Danilović, J. (2001). Neosnovano obogaćenje. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* 1–4/2001, 501.

[68] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, 602.

[69] Jedan od termina koje ovaj autor smatra adekvatnim uz: sticanje bez pravnog osnova, pravno neosnovano obogaćenje, pravno neopravdano obogaćenje.

[70] Austrijski građanski zakonik – AGZ, Beč, 1812; Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 526.

[71] *Ibid.,* 526.

[72] Cvetković Đorđević, V. (2014). O potrebi postojanja verzione tužbe u srpskom pravu. *Pravo i privreda,* 7–9, 350; Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (II knjiga). Beograd: Nova consulting, 8.

[73] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 526.

[74] *Ibid*, 526. Opisno govore o prelazu vrednosti iz imovine jednog lica u imovinu drugog izvršenjem činidbe za čije izvršenje nema pravnog osnova. Pod navedenim podrazumevam isplatu nedugovanog iako ostaje nejasno zašto autor izbegava korišćenje tog termina u ovom kontekstu.

[75] Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ,* br. 29/78, 39/85, 45/89. – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003. – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020.

stvar nema svesti da radi u tuđem interesu, dok kod vršenja poslova bez naloga postoji pravni osnov da onaj koji bez naloga „onoga čiji je posao" nastavi započeti posao „ukoliko je to razumno moguće" zna da koristi tuđu stvar, dok onaj čiji je to posao „ne bude mogao preuzeti brigu o njemu".[76] Verzioni osnov postoji kada neko lice koristi tuđu stvar u svoju korist ne znajući da je vlasnik, u stvari, drugo lice, odnosno da stvar koristi bez znanja vlasnika te stvari, da stvar koristi u svoje ime i za svoj račun, kao i da pravi vlasnik ne obavesti da se njegova stvar nalazi kod drugog ili kada vlasnik stvari svoju stvar koristi u tuđu korist ne znajući da je to njegova stvar.[77] Cvetković Đorđević u prilog drugom stanovištu navodi da iz čl. 210. ZOO treba videti opštu tužbu iz neosnovanog obogaćenja jer se kao relevantno uzima neosnovano sticanje do koga je došlo „na bilo koji način", te da su posebno regulisani neki slučajevi, a da je čl. 217. ZOO predviđena verzija.[78] Ona na istom mestu uočava da formulacija iz čl. 217. ZOO naročito podseća na onu iz čl. 1041. AGZ, budući da se primena verzije u oba člana izričito isključuje ukoliko su ispunjeni uslovi za primenu poslovodstva bez naloga. Ključna je razlika u tome što austrijsko pravo nije poznavalo opštu tužbu iz sticanja bez osnova dok ZOO takav institut formuliše, te citirana autorka zastupa stanovište da je u ovakvom sistemu nepotrebno posebno formulisanje verzije.[79] Veljković[80] smatra da verzija faktički postoji kao obligacioni pojam: u praksi sudova se rešava sa stanovišta sticanja bez osnova, poslovodstva bez naloga pa čak i naknade štete. Blagojević i Krulj[81] uviđaju da, iako nije izričito propisan, pravne norme su tako koncipirane da se odnose ili na kondikcije ili na verzije, mada se zbog velikog broja zajedničkih elemenata, mogu primeniti na oba.

ZASTARELOST

Švajcarski Zakon o obligacionim odnosima je čl. 67. propisao specijalnu zastarelost od godinu dana od dana saznanja, te deset godina od dana neosnovanog obogaćenja. Imajući u vidu da nije propisan poseban rok zastarelosti za

[76] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (II knjiga). Beograd: Nova consulting, 8.

[77] *Ibid.* 7.

[78] Cvetković Đorđević, V. (2014). O potrebi postojanja verzione tužbe u srpskom pravu. *Pravo i privreda,* 7–9, 350.

[79] *Ibid.,* 353.

[80] Veljković, D. (2020b). *Op. cit.,* 8.

[81] Blagojević, B., Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. 2. izdanje. Beograd: Savremena administracija, izdavačko-štamparsko-knjižarska radna organizacija, OOUR Savremena knjiga, 769.

traženje povraćaja stečenog bez osnova ZOO, primenjuje se opšti rok zastarelosti iz čl. 371. koji iznosi deset godina (koji teče od dana neosnovanog sticanja). Kada zastari pravo na naknadu štete (tri godine) poverilac u smislu čl. 209. ZOO ne može zahtevati ovu štetu u opštem zastarnom roku, ali može kondikcijom da mu ustupi samo ono što je dobio radnjom kojom je prouzrokovana šteta i ovaj zahtev (a ne naknada štete) zastareva u opštem roku zastarelosti od deset godina.[82] Važno je napomenuti da, u slučajevima koja je potraživanje osiromašenog zastarelo zbog toga što osiromašeni nije tražio od obogaćenog ispunjenje obaveze u zakonom propisanom roku, osiromašeni, po pravilu ne bi mogao svoj zahtev za izvršenje ugovorne obaveze preinačiti u zahtev iz sticanja bez osnova jer je prelazak imovinskih vrednosti iz imovine osiromašenog u imovinu obogaćenog zasnovan na valjanom pravnom osnovu te bi sud u načelu bio dužan, ako do takvog preinačenja i dođe, da odbije preinačeni zahtev kao neosnovan.[83]

ZAKLJUČAK

Tužba iz sticanja bez osnova je u isključujućem odnosu sa svojinskom tužbom, u odnosu konkurencije sa tužbom za naknadu štete i posesornom tužbom, u isključujućem odnosu sa tužbom za izvršenje ugovora i tužbom iz poslovodstva bez naloga.

U okviru nje se javlja dilema o odnosu kondikcije i verzije. Osnovna sličnost između verzione i odgovornosti za obogaćenje ogleda se u tome što se u oba slučaja sankcioniše korist ostvarena na tuđ račun. Danas, pod kondikcijom se smatra opšta tužba iz sticanja bez osnova. Pozicija verzije je upitna. U skladu sa romanskom tradicijom, FGZ je uređivao samo poseban slučaj sticanja bez osnova odnosno isplatu nedugovanog, dok je sudska praksa nadgradila insititut verzije kako određeni slučajevi ne bi bili izostavljeni iz rešavanja usled pravne praznine. Iz prethodnog vidimo da je moderno shvatanje verzije upravo bilo izraz uopštavanja pravila posebnog slučaja. Poslednjom reformom FGZ-a, opšti institut je uveden u zakonodavstvo te termin ostaje više kao izraz tradicije. U nemačkom pravu odavno postoji opšta tužba.

Postoje i drugačija shvatanja o tome da kod verzije korisnik stvari i ne zna da je stvar koju koristi na bilo koji način svojina nekog drugog, ili da je ta

[82] Veljković, D. (2020a). Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 3565/95 od 27. juna 1995. godine. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom* (tom V). Beograd: Nova consulting.

[83] Stanišić, S. (2019). *Obligaciono pravo – opšti dio – knjiga treća*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerzita Apeiron, 806.

stvar prešla u njegovu imovinu po nekom nedozvoljenom pravnom osnovu te se i ne mogu primenjivati ista pravila. Iz toga proizlaze i shvatanja da su verzija i kondikcija dva odvojena instituta. Što se tiče ZOO, tu su isto podeljena mišljenja u vezi sa tumačenjem čl. 217, ali preovlađuje da bi trebalo tužbu iz sticanja bez osnova u našem pravu gledati jedinstveno.

Na ovu tužbu se primenjuje opšti rok zastarelosti u odsustvu propisivanja posebnog, uz ograničenje da ukoliko je do zastarevanja došlo jer osiromašeni nije tražio od obogaćenog ispunjenje obaveze u zakonom propisanom roku, osiromašeni, po pravilu ne bi mogao svoj zahtev za izvršenje ugovorne obaveze preinačiti u zahtev iz sticanja bez osnova.

LITERATURA

Knjige

Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Aranđelović, D. (1929). *Zbirka rasprava*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.

Blagojević, B., Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (2. izdanje). Beograd: Savremena administracija, izdavačko-štamparsko-knjižarska radna organizacija, OOUR Savremena knjiga.

Cigoj, S. (1976). *Obligacije: sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primarjalnem pravu*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.

Cvetković Đorđević, V. (2015). *Kondikcija i neosnovano obogaćenje*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Beograd: Naučna knjiga.

Garner B. A. (2014). *Black's Law Dictionary.* 10th edition. St. Paul (USA): Thomson Reuters West.

Jakšić, A. (2019). *Građansko procesno pravo*. 11. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Droit civil*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.

Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Polojac, M. (2018). *Praktikum za rimsko pravo. Tekstovi i slučajevi rimskih pravnika iz obligacionog prava*. 5. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11. izdanje. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Radovanov, A. (2009). *Obligaciono pravo opšti deo*. Novi Sad: Univerzitet. Privredna akademija, Pravni fakultet.

Ripert, G. (1950). *Le droit privé francais au milieu du XXe siècle.* Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Stanišić, S. (2019). *Obligaciono pravo – opšti dio – knjiga treća*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerzita Apeiron.

Stanković, E., Vladetić, S. (2017). *Rimsko pravo*. 2. izdanje. Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Stanković, O., Orlić, M. (2016). *Stvarno pravo*. 9. izdanje. Beograd: Nomos doo.

Veljković, D. (2020a), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom* (tom V). Beograd: Nova consulting.

Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (II knjiga). Beograd: Nova consulting.

Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition.* New York (USA): Oxford University Press Inc.

Članci

Cvetković Đorđević, V. (2020). Pravno neosnovano obogaćenje u anglosaksonskom pravu. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (knjiga 10), 183–198.

Cvetković Đorđević, V. (2018). Poslovodstvo bez naloga i pravno neosnovano obogaćenje. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbija* (knjiga 8). *Zbornik radova*, 289–297.

Cvetković Đorđević, V. (2014). O potrebi postojanja verzione tužbe u srpskom pravu. *Pravo i privreda,* 7–9/2014, 339–353.

Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review* (vol. 25), 1–26.

Descheemaeker, E. (2013). Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français. *Revue trimestrielle de droit civil,* 1–26.

Danilović, J. (2001). Neosnovano obogaćenje. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–4/2001, 492–510.

Lutman, K. (2020). Neosnovano obogaćenje u odnosu na ugovorno, deliktno i stvarno pravo. *Odabrane teme obligacionog prava. Zbornik radova Druge regionalne konferencije iz obligacionog prava održane 14. i 15. novembra 2019. na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu*, 233–255.

Simonović, I. (2018). *International Scientific Conference "Law in the context of addressing the challenges of the contemporary world" Collection of summaries*, 455–477.

Trnavci, G. (2012). Pravna priroda neosnovanog obogaćenja. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banja Luci,* 2012/1, 247–262.

Vedriš, M. (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (I tom). Beograd: Savez udruženja pravnika SR Srbije, 459–686.

Pravni propisi

Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013. – odluka US, 74/2013. – odluka US, 55/2014, 87/2018. i 18/2020.

Nemački građanski zakonik, Berlin, 1900.

Francuski građanski zakonik – FGZ, Pariz, 1804.

Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ,* br. 29/78, 39/85, 45/89. – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003. – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020).

Sudska praksa

Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 133/81. od 20. oktobra 1981. godine.

Presuda Višeg privrednog suda, Pž. 3565/95. od 27. juna 1995. godine.

Original Scientific Article
DOI: 10.5937/gakv95-37706
UDC 343.12

Aleksandra Stefanović[*]
Faculty of Law, University of Belgrade
ORCid: 0000-0003-0824-0255

THE RELATIONSHIP BETWEEN *CONDICTIO* AND *VERSION IN REM* IN MODERN LAW[**]

ABSTRACT: In this paper, the author analyses a lawsuit for unjust enrichment through the prism of two institutes: *condictio* and *actio de in rem verso*. The origin of these two notions is linked to Roman law, although their essence has been drastically changed in modern law. It is necessary to determine them in relation to other lawsuits in order to further clarify the boundaries of these institutes through negative definitions as a preliminary step in this presentation. It is necessary to determine their mutual similarities and differences, as well as different understandings of the institutes, depending on the point of view of the legal system in terms of regulating the lawsuit for unjust enrichment, in order to adequately compare them. Comparative law and dogmatic methods were used in the paper.

Keywords: *condictio*, *actio de in rem verso*, relationship, lawsuit, statute of limitations

[*] email: aleksandra.stefpfbg@gmail.com, Lawyer, Ph.D. student at the Faculty of Law, University of Belgrade

[**] The article was received on June 10, 2022 and it was accepted for publishing on December 7, 2022.

The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*.

INTRODUCTION

From the historical and legal point of view, unjust enrichment as a notion has developed from two lawsuits: *condictio* (performance based enrichment claim) and non-performance enrichment claim. This division originates from Roman law, when unjust enrichment was mentioned in connection with several institutes, from which performance-based claims and the action *actio de in rem verso* stand out in terms of their importance. The system of performance-based claims provided protection to the impoverished in cases when they could not file a lawsuit, and the obligation they fulfilled had no basis, that is, the basis did not arise, or it later was rejected.[1] All performance-based enrichment claims (*condictio*) could be submitted in cases where the enrichment was reflected in the transfer of some asset from the property of the impoverished to the property of the enriched without a legal basis[2]. The non-performance based enrichment claim (bound to *actio de in rem verso*) was one of the six praetorian lawsuits *actiones adiecticiae qualitatis* by which the creditor could collect from the *pater familias* a claim against the person *alieni iuris* from the *peculium*, i.e., the property that the person *alieni iuris* managed for the benefit of the *pater familias*, provided that the benefit of the business was transferred to the property of the *pater familias*.[3] Further through history, countries under the Roman legal tradition developed the concept of unjust enrichment under *condictio* and *actio de in rem verso*. Opting for performance-based enrichment claims as a way of regulating unjust enrichment meant a special regulation of cases when this institute could be applied, while opting for a non-performance enrichment claim represented acceptance of the idea that all cases of unjust enrichment can be covered by one general lawsuit.[4]

[1] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad, 601.

[2] *Ibid*., 601.

[3] Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition.* New York: Oxford University Press Inc., 878.

[4] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 601.

CONDICTIO

A lawsuit for unjust enrichment is called a performance-based enrichment claim or, in Latin, *condictio*.[5] There is also a view[6] that a performance-based enrichment claim is a procedural tool that has a more general character than a lawsuit, that is, that it does not have to state a legal basis. It is of an obligatory nature and can be raised only against the enriched person and their heirs as universal successors, and not against singular successors.[7] In the legal relationship created by unjust enrichment, the enriched party has the position of debtor, while the impoverished party has the position of creditor. From that, it follows that the impoverished party has a right to a claim against the enriched party, which they can realize by filing a lawsuit, and in that way, by initiating civil proceedings. In this way, one requires the return of the asset in question.[8]

Unlike in Continental law, in American and English law the means of restitution are both of a contractual law nature and of a *jus in rem* character.[9] Cvetković Đorđević observes that the first group of means of restitution is of a contractually-binding nature and that they are aimed at the payment of a sum of money that corresponds to the value received by the plaintiff, while the others are of a *jus in rem* nature and are aimed at the return of a certain asset that is with the defendant.[10] She notes that these means have a *jus in rem* character because they presuppose the application of a *tracing* technique that allows the plaintiff to follow the asset that came out of his property, regardless of where it is or with whom.

In contemporary law (such as Serbian law), performance-based claims are, as a rule, of a general character, that is, one lawsuit can be filed for all types of unjust enrichment (including restitution in case of a non-owed payment). Also, it is a personal lawsuit – the impoverished person can only bring it against the person with whom they are in a contractually-binding relationship.[11]

---

[5] Antić O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 534, 536.

[6] Stanković E., Vladetić, S. (2017). *Rimsko pravo*. 2nd edition. Kragujevac: University of Kragujevac, Faculty of Law, 312.

[7] Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11th edition. Niš: Publications Centre of the Faculty of Law in Niš, 349.

[8] Garner, B. A. (2014). *Black's Law Dictionary.* 10th edition. St. Paul: Thomson Reuters West, 352.

[9] Cvetković Đorđević, V. (2020). Pravno neosnovano obogaćenje u anglosaksonskom pravu. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (Book 10), 190.

[10] *Ibid*., 191.

[11] Aranđelović, D. (1929). *Zbirka rasprava*. Belgrade: Publishing bookstore "Gece Kona", 73.

That is, the request for the refund of the non-owed amount can only be made against the person to whom the payment was made.[12] The above-mentioned results from the *inter partes* effect of the obligation relationship, thus the lawsuit for unjust enrichment is of a relative character.

A performance-based enrichment claim is a lawsuit for conviction for performance[13], that is, the request is based on *dare oportere.*[14] However, in theory, there was a dispute as to whether performance-based enrichment claims are based on enrichment or the fact that there are no valid legal grounds for possession. This distinction also has practical significance: if the claim is based on enrichment, the plaintiff will succeed in the dispute only if the defendant became the owner of the asset; if the claim is based on the lack of legal grounds for possession, the restitution of the unjustified change that occurred in favour of the debtor's property and to the detriment of the creditor's property is requested.[15] In the same source, Antić states that the lawsuit should be based on enrichment, but notes that enrichment is understood in the sense of a corresponding and definitive change in the assets of the creditor (i.e. the impoverished) and the debtor (i.e. the enriched).

THE RELATIONSHIP TO OTHER CIVIL LAWSUITS

A lawsuit for unjust enrichment can be subsidiary, exclusionary, or competitive in relation to other civil lawsuits.

The relationship between a property lawsuit and a lawsuit for unjust enrichment is exclusionary, because a property lawsuit implies that the person who is authorized to initiate the lawsuit is the owner of the asset, therefore the asset was not acquired (which means that it was also not acquired without grounds). Radišić[16] notes that in such cases there was enrichment in the economic sense, but not in the legal sense. A property lawsuit is a *jus in rem*

[12] Veljković, D. (2020b). Verdict of the Supreme Court of Serbia, Prev. 133/81 from October 20, 1981. *Commentary on the Law of Contract and Torts. General part of the Law of Contract and Torts* (Book II). Belgrade: "Nova consulting".

[13] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 534.

[14] Polojac, M. (2018). *Praktikum za rimsko pravo. Tekstovi i slučajevi rimskih pravnika iz obligacionog prava*. 5th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 227.

[15] Antić, O. (2010). *Obligaciono pra*vo. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 535.

[16] Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11th edition. Niš: Publications Centre of the Faculty of Law in Niš, 350.

lawsuit with absolute legal effect, while a lawsuit for unjust enrichment, as stated earlier, is a personal and relative lawsuit. In this case, we are talking about property lawsuits in a narrower sense, while in a broader sense, property lawsuits are also those that are not based on the determination of property rights, such as *actio Publiciana* (the outcome of the dispute depends on the stronger basis of the right to possession), or a possessory lawsuit (for which the outcome depends on determination of the fact of confiscation or interference with the right to possession).[17] The relationship between the mentioned lawsuits is best expressed by the maxim that "who can vindicate, cannot condition". A passive legitimized person is the immediate holder of the asset without a legal basis, so it is not enough to prove that the defendant was the holder.[18] On the other hand, in Slovenian law, there is a position that the plaintiff could file one or the other, if they have a legal basis for both, whereby it will often be easier to prove a performance-based enrichment claim than a property claim, and they do not have to prove the guilt in the case of an unjust enrichment lawsuit.[19] Aranđelović[20] brings up the conscientiousness of the acquirer as a limit: if the acquirer is non-conscientious – there was no transfer of property, and then the payer can file a re-vindication claim. This author assumes that Aranđelović alludes to the acquisition from non-owners (if movable property is discussed), i.e., the rules on positive prescription for the application of which it is still necessary to satisfy a number of other conditions, while conscientiousness is assumed.

The impoverished can choose between filing a lawsuit for unjust enrichment or one for damages, since they are in competition[21], because they apply in areas that include overlaps. Both of these are personal and relative in nature. Lawsuit for compensation for damages and lawsuit for unjust enrichment do not exclude each other by their origin, so the injured party should have the option of choosing between them or the opportunity to state both grounds in the same lawsuit with one lawsuit proposal, emphasizing that it should not come to double compensation because it is only about one debt.[22] The credi-

[17] Antić, O. (2010). *Obligaciono pra*vo. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 539.

[18] Stanković, O., Orlić, M. (2016). *Stvarno pravo*. 9th edition. Belgrade: Nomos Ltd., 133.

[19] Cigoj, S. (1976). *Obligacije: sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primarjalnem pravu*. Ljubljana: Official Gazette of the FR of Slovenia, 266.

[20] Aranđelović, D. (1929). *Zbirka rasprava*. Belgrade: Publishing bookstore "Gece Kona", 74–75.

[21] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Belgrade: Naučna knjiga, 561.

[22] Lutman, K. (2020). Neosnovano obogaćenje u odnosu na ugovorno, deliktno i stvarno pravo. *Odabrane teme obligacionog prava. Colletion of Papers of the Second*

tor should also be allowed to cumulate them, because there is no reason why the creditor could not realize the possible surplus of (illegally) acquired benefit over the damage caused to him through a lawsuit for unjust enrichment and thus cumulate it with a lawsuit for compensation for damages (of course, taking into account that double compensation does not occur).[23] It is important to emphasize that in the case of a competitive relationship, a person cannot cumulate the claim, but they can claim the difference up to the full value of what was acquired without grounds through another lawsuit. Given that a lawsuit for damages and a lawsuit for unjust enrichment differ significantly in terms of assumptions and intended purpose, it cannot generally be argued that a lawsuit for damages is more special than a lawsuit for unjust enrichment.[24] In French law, the question of such cumulation does not arise because due to the limitation of the lawsuit for unjust enrichment according to the amount of compensation (according to the double plafond rule), the cumulation of those two lawsuits is not particularly interesting for the creditor, because it does not allow the confiscation of profits in an amount that exceeds the creditor's loss.[25] Art. 219. of the Law of Contract and Torts recognizes the right to compensation from the benefits from use, independent of the right to compensation for damage when using someone else's property for one's own benefit as a type of unjust enrichment. As an example of overlapping, if the damage suffered by the injured party consists in the confiscation of the asset that is in the possession of the tortfeasor, i.e., the responsible person, the injured party can formulate their request as a request according to the rules on unjust enrichment if they assess that the return of the asset (with the obligation to return the gains and pay interest) included the interest that could be realized by a lawsuit for damages.[26] The same applies to the reverse case: the plaintiff can qualify their request as a request for compensation for damages, which will include the extent of their impoverishment, qualifying it as damages, which means that whether the verdict will be passed according to the rules of unjust enrichment or the rules of liability for damage largely depends on how the plaintiff, i.e., injured party, i.e., the impoverished party qualifies

Regional Conference on the topic of Law of Contract and Torts held on November 14 and 15, 2019 at the Faculty of Law of the University of Belgrade, 240.

[23] *Ibid.*, 246–247.

[24] *Ibid.*, 244.

[25] *Ibid.*, 247.

[26] Simonović, I. (2018). *International Scientific Conference "Law in the context of addressing the challenges of the contemporary world" Collection of summaries*. Niš: University of Niš, Faculty of Law, 191; Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad, 612.

their lawsuit.[27] Certainly, it should not be forgotten that the legal qualification of the plaintiff's request is an issue that is within the exclusive authority of the court, because it is about the application of substantive law[28] and also stating the legal basis of the lawsuit, in accordance with Art. 192, paragraph 4 of the Civil Procedure Law[29], is an optional element of the lawsuit. It should be taken into account that two lawsuits based on the same grounds cannot be used against the same defendant at the same time, but, when it comes to the case where one person used someone else's thing to benefit another person, the plaintiff can sue the latter party for unjust enrichment, and the first one for compensation for damages.[30] If, on the other hand, a double obligation relationship has arisen, which enables the use of both lawsuits, but one obligation has changed to a natural one, for example due to the statute of limitations, as an *ultimatum remedium*, a performance-based enrichment claim will remain - just as in Roman law, a performance-based enrichment claim is often the last remaining means of providing legal protection in modern law.[31] The most significant difference that shows the importance of this qualification is the statute of limitations: a lawsuit based on liability for damage becomes statute-barred within a subjective period of three years, counting from the day when the injured party became aware of both the damage and the identity of the perpetrator, or within an objective period of five years from of the day the damage was caused (Art. 376, para. 1 and 2 of Law of Contract and Torts), while the lawsuit for unjust enrichment expires in the general limitation period, since no specific one is provided for. Precisely because of the importance of distinguishing the relationship between these two groups of rules, Art. 209. of the Law of Contract and Torts expressly prescribes that, after the statute of limitations of the right to claim compensation for damages has expired, the injured party can demand from the responsible person, according to the rules that apply in the case of unjust enrichments, to give them what was acquired by the action that caused the damage. In fact, the lawsuit for unjust enrichment and the lawsuit for damages are complementary in a certain sense: if the thing with which the defendant was enriched was returned through the performance-based enrichment claim, the lawsuit for damages can still be claimed for lost

[27] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Belgrade: Naučna knjiga, 561.

[28] Jakšić, A. (2019). *Građansko procesno pravo*. 11th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 359.

[29] Civil Procedure Law, *Official Gazette of RS*, no. 72/2011, 49/2013 – US decision, 74/2013 – US decision, 55/2014, 87/2018 and 18/2020.

[30] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 540.

[31] *Ibid.*

profit.[32] Vedriš[33] believes that, according to the Law of Contract and Torts, the non-performance-based enrichment claim[34], is strictly subsidized, even though the ruling opinion is that the impoverished can choose (although the amount in the non-performance enrichment claim is often lower than the one in the compensation for damages claim, so the lawsuit for compensation could appear as supplementary).

A contract execution lawsuit and a lawsuit of unjust enrichment are in an exclusionary relationship. Radišić[35] uses the term lawsuit due to the non-fulfilment of contractual obligations. The lawsuit is based on a valid legal transaction, in other words, one party (the debtor) did not fulfil the contract, and the other (the creditor) is demanding its fulfilment.[36] These two lawsuits apply in completely different areas[37]. It is more adequate to use the term *contract execution lawsuit* because the name *lawsuit for non-fulfilment of a contractual obligation* is too broad: it suggests that it includes a lawsuit for the performance of a contract, but also the termination of a contract for non-fulfilment of a contractual obligation. In Serbian law, as a rule, termination of the contract is extrajudicial (with the exception of termination due to changed circumstances), so the aforementioned dilemma would not exist. A contract execution lawsuit can be filed when the debtor has not acted in accordance with the contractual obligation (i.e. legal basis) in order to fulfil the agreed action. On the contrary, in case of unjust enrichment, it is evident that there is no basis for the acquisition. It follows that, as long as a contract execution lawsuit can be filed, a lawsuit for unjust enrichment cannot. If the contract is terminated by the involved parties or due to the impossibility of fulfilment, the legal basis for the possibly performed actions ceases, and there is no place for lawsuits for executing the obligation from the contract, but restitution can be demanded by a lawsuit for unjust enrichment.[38]

---

[32] Radovanov, A. (2009). *Obligaciono pravo opšti deo*. Novi Sad: University Business Academy, Faculty of Law, 217.

[33] Vedriš, M. (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (Vol. I). Belgrade: Federation of Lawyers' Associations of the FR of Serbia, 465.

[34] The author of the paper also notices that Vedriš also uses the term *non-performance enrichment claim* in the given context to denote a general lawsuit for unjust enrichment.

[35] Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11th edition. Niš: Publications Centre of the Faculty of Law in Niš, 350.

[36] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 539.

[37] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Belgrade: Naučna knjiga, 561.

[38] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad, 611.

A lawsuit for unjust enrichment and a possessory lawsuit (i.e., a lawsuit for the restitution of the right to possession or for ceasing interference with the right to possession) are in a competitive relationship because they can originate from the same event. A possessory lawsuit is aimed at the restitution of an asset and can have points of contact with restitution based on unjust enrichment if the unjust enrichment is reflected in the acquisition of rights and possession by the person who is enriched of something that was in the property of the impoverished, because it also achieves restitution in the factual sense, which is the primary purpose of a lawsuit for unjust enrichment.[39] Therefore, the lawsuit claim is condemnatory in both cases. However, while the possessory lawsuit demands the cessation of interference with the right to possession, the elimination of the consequences of the interference (for example: the return of assets), as well as the prohibition of future interference, a performance-based enrichment claim, along with the return or restitution of assets, also brings into question the basis of acquisition, i.e., subjective rights.[40] A possessory lawsuit will succeed regardless of a valid legal basis because that basis is not legally relevant in such disputes, for example: a contract of sale is concluded, but the buyer forcibly snatches the asset from the seller - then the seller will win the possessory case, but would lose the case if they utilized a lawsuit for unjust enrichment.[41] Therefore, the key difference between these two lawsuits is that the existence of a legal basis is also examined in a lawsuit based on unjust enrichment by a summons to which the impoverished person demands the return of the thing, which is not the case in principle in a possessory lawsuit. Also, in the case of a lawsuit based on unjust enrichment, the return of the gains, i.e. its value, as well as default interest, can be demanded, which is not possible in a possessory lawsuit.[42] In addition, a possessory lawsuit can be filed within a very short subjective (thirty days) and objective (one year) time limit, which is also preclusive, while the realization of a claim by an impoverished party based on a lawsuit for unjust enrichment is limited only by the general statute of limitations of ten years.

In most cases, there is no overlap between the areas of application of the rules on unjust enrichment and management of another person's affairs without a mandate[43], which means that the relationship between the application of

[39] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad, 610.

[40] Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 538.

[41] *Ibid.,* 537.

[42] Antić, O. (2010). *Op. cit.*, 538.

[43] Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Belgrade: Naučna knjiga, 562.

the lawsuit for unjust enrichment and the lawsuit for management of another person's affairs without a mandate is exclusionary. By means of a lawsuit for unjust enrichment, one demands the return of things, while the lawsuit for management of another person's affairs without a mandate is used to demand compensation for the manager without the mandate's expenses, a reward for their work, as well as the assumption of rights and obligations by the business owner.[44] Exceptionally, there may be an overlap of the areas of application of these two institutes, which the Law of Contract and Torts also has in mind, because in Art. 217, which regulates the use of things for the benefit of others, stipulates that the return of things or the compensation of the acquired benefit is possible according to the rules of unjust enrichment only if the conditions for applying the rules of management of another person's affairs without a mandate are not met. From a historical legal point of view: *actio negotiorum gestio* was, according to Afrikas in Roman law, also determined for the case of payment of an unpaid debt, and Papinianus also assigns it in a situation where the manager without a mandate is not aware that he is undertaking someone else's work.[45]

THE RELATIONSHIP BETWEEN *CONDICTIO* AND *ACTIO IN DE IN REM VERSO*

Similarities and differences of the institutes of *condictio* and *actio de in rem verso*

The basic similarity between *actio de in rem verso* liability and unjust enrichment liability is reflected in the fact that in both cases the benefit realized at someone else's expense is sanctioned.[46] In the case of unjust enrichment, it is assumed that there is a legal basis for the return of the thing (if the claim has not become statute-barred), but that basis must be proven, i.e., that some part of the property of one person has been transferred in any way to the property of another person, while with the *actio de in rem verso*, this would not be possible, because it is not an unjust enrichment, but an acquisition based on ownership, which is achieved through a property lawsuit.[47] The institute of

[44] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 611.

[45] Cvetković Đorđević, V. (2018). Poslovodstvo bez naloga i pravno neosnovano obogaćenje. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (Book 8). *Collection of papers*, 295.

[46] *Ibid*., 187–188.

[47] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (Book II). Belgrade: "Nova consulting", 8.

the non-performance enrichment claim cannot therefore be regulated by the provisions on unjust enrichment, because in the case of unjust enrichment, the person who owns the property knows that their property has passed into the property of another person, and that transfer has no basis (although in a certain period he does not have to know this), while in the case of a non-performance enrichment claim, the user of the thing does not know that the thing he is using in any way is the property of someone else or that the thing has passed into his property on some illegal basis, until the person who owns the thing calls him to return the thing to him and proves that it is his thing.[48] *Actio de in rem verso* differs from the classic institute of unjust enrichment in that it can be applied even when there was no enrichment at all of the person for whose benefit the thing was used.[49] The difference between *actio de in rem verso* liability and contemporary liability for unjust enrichment also exists in terms of the moment in time according to which the benefit is assessed: in the non-performance enrichment claim, the moment when the benefit arrived in the property is taken into account.[50] The non-performance enrichment claim does not correspond to the management of another person's affairs without a mandate because this case is not regulated, and the feature of *actio de in rem verso* is that the one who uses certain property for his own or someone else's benefit, is not aware that he is doing someone else's work, thinking that it is their business, that is, that it is not someone else's interest, and that they have nothing to return to the person whose business it is, until the latter proves that they are the owner of the thing and have ownership of it.[51] The pre-war case law started from the point of view that for the solutions to the issue of restitution and compensation for damages and compensation for unjust enrichment, the important rules are those according to which, in case someone uses someone else's thing without management in production and for production, then only on the basis of that fact the owner has the right to demand compensation for the value of the gains obtained in the net amount according to market prices, as if it is the value that belongs to them as the owner of the thing, and only on the basis of the fact that they are the owner and that their thing is used without management for the benefit of another, and the claim for the value of the gains would fall under the category of non-performance enrichment

[48] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (Book II). Belgrade: "Nova consulting", 8.

[49] Trnavci, G. (2012). Pravna priroda neosnovanog obogaćenja. *Yearbook of the Faculty of Law in Banja Luka,* 2012/1, 248.

[50] Cvetković Đorđević, V. (2015). *Kondikcija i neosnovano obogaćenje*, *Ph.D. dissertation*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law, 190.

[51] Veljković, D. (2020b). *Op. cit.*, 9; Trnavci, G. (2012). Pravna priroda neosnovanog obogaćenja. *Yearbook of the Faculty of Law in Banja Luka 2012/1, 248.*

claims, which are different from the claim for compensation for the damage caused.[52] Vedriš[53] distinguishes performance from an action that led to enrichment or impoverishment: performance is only the human action that the debtor is obliged to perform to the creditor, while action is a term that includes both performance and illegal actions (which must not be harmful). According to the author of this article, performance would correspond to the cases when the return of what was done is sought by a performance-based enrichment claim, and it can be raised only by the one who performed the action that caused the enrichment or impoverishment; while, on the other hand, another group of cases would include illegal actions (also punishable by condition) where the conditions for a civil delict are not met - for example, *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Restitution can be sought through a non-performance enrichment claim when the action that led to impoverishment or enrichment cannot have the character of a performance at all (even initially) or it is not a human action at all but a natural event.[54] Only the one who himself performed the act that led to enrichment or impoverishment when there was no legal basis for it can file a performance-based enrichment claim, while the non-performance enrichment claim can also be raised by the one who did not perform the act, but the act was performed by a third party or the enrichment occurred as a result of a natural event.[55]

THE RELATIONSHIP BETWEEN *CONDICTIO* AND NON-PERFORMANCE ENRICHMENT CLAIMS

In French law, the first approach prevailed when Art. 1376–1381. of the French Civil Code[56] exclusively regulated the payment of the non-owed due to unjust enrichment, and this legislation did not know the concept of a general lawsuit for unjust enrichment.[57] The non-performance enrichment claim was

[52] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (Book II). Belgrade: „Nova consulting“, 9.

[53] Vedriš, M. (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (Vol. I). Belgrade: Federation of Lawyers' Associations of the FR of Serbia 463.

[54] *Ibid.* 464.

[55] Vedriš, M. (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (Vol. I). Belgrade: Federation of Lawyers' Associations of the FR of Serbia, 464.

[56] French Civil Code – FCC, Paris, 1804.

[57] Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Droit civil*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 310.

introduced into French law through judicial practice in the 19th century[58], specifically, by the decision of the Court of Cassation from 1892, which gave the concept quasi-legislative force.[59][60] The basis for this decision of the Court of Cassation was the understanding of Aubrey and Roe who considered the *actio de in rem verso* as a means of recovering the value of things that came out of the property based on the principle of equity that prevents enrichment at the expense of another.[61] The doctrine supplemented the theory of Aubrey and Roe with an additional condition consisting in the subsidiarity of the application of rules on unjust enrichment.[62] The amendments to the French Civil Code that took place in 2016 introduced the general institution of unjust enrichment known (until then) as a non-performance enrichment claim (Art. 1303 of the French Civil Code), and in legal theory the understanding is presented that in this way a division of the source of obligations was made by stating that there are three pillars: contracts, causing damage, and quasi-contracts.[63] In the aforementioned provision, it is stated that the right to restitution refers to the lesser of two values: impoverishment and enrichment.[64] The problems with this understanding are the following: firstly, unjust enrichment as a quasi-contract should correspond to some contract, which is not the case, in contrast to the management of another person's affairs without a mandate, which could be understood as a quasi-mandate, i.e., the payment of non-owed as a quasi-loan, and secondly, the problem is that the general provision does not refer to *solventi causa* payments, including the fulfilment of non-owed services since the 2016 reform.[65] The good side is that the general institute of unjust enrichment at least *prima facie* applies to cases of indirect enrichment and transfers that have been

[58] Danilović, J. (2001). Neosnovano obogaćenje. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade, no. 1–4, 500*.

[59] Jurisprudence in French law, as continental law, is not a source of law in the formal sense, although it certainly has its informal foothold, especially when a certain position is adopted by the highest court in the country.

[60] Descheemaeker, E. (2013). Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français. *Revue trimestrielle de droit civil,* 4; Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Op. cit.,* 310; Ripert, G. (1950). *Le droit privé francais au milieu du XXe siècle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 238.

[61] Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Op. cit.,* 310–311; Ripert, G. (1950). *Le droit privé francais au milieu du XXe siècle*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 238.

[62] Ripert, G. (1950). *Op. cit.*, 237.

[63] Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review,* (vol. 25), 3.

[64] Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review,* (vol. 25), 10.

[65] *Ibid.,* 3, 10.

made for other reasons since the termination of the obligation.[66] In German law, the second understanding prevailed, and the German Civil Code [67] introduced a general lawsuit for unjust enrichment,[68] which is also the approach that prevails today.[69]

Joint versus separate regulations

Legal theory and case law distinguished between cases of unjust enrichment[70] regulated by performance-based enrichment claims and those regulated by *actio de in rem verso* in the parts of our country where the Austrian Civil Code was applied.[71] It is disputable how the Law of Contract and Torts regulated the relationship between these two institutes: one school of thought advocates the point of view that unjust enrichment is regulated as a single institute,[72]and the other that it is regulated separately.[73] The argument[74] in favour of the first understanding is that it is not possible to establish a clear boundary between the cases covered by these institutes. They present the colloquial understanding according to which the payment of non-owed[75] falls under the cases regulated by *condictio*. The difference between the rules on management of another person's affairs in the sense of Art. 221 of the Law

[66] Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review,* (vol. 25), 10.

[67] German Civil Code. Berlin, 1900.

[68] Danilović, J. (2001). Neosnovano obogaćenje. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade,* 1–4/2001, 501.

[69] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad, 602.

[70] One of the terms that this author considers adequate, alongside: enrichment without a legal basis, legally unjust enrichment, legally unjustified enrichment.

[71] Austrian Civil Code – ACC, Vienna, 1812; Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 526.

[72] *Ibid.,* 526.

[73] Cvetković Đorđević, V. (2014). O potrebi postojanja verzione tužbe u srpskom pravu. *Pravo i privreda,* 7–9, 350; Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (Book II). Belgrade: "Nova consulting", 8.

[74] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Op. cit.*, 526.

[75] Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad, 526. They talk descriptively about the transfer of value from the property of one person to the property of another by the execution of an act for which there is no legal basis. By the above, the author of this paper means the payment of what is not owed, although it remains unclear why the source author avoids using that term in this context.

of Contract and Torts[76] and *actio de in rem verso* is that in the case of *actio de in rem verso* the one who uses someone else's thing is not aware that they are working in someone else's interest, while in the case of management of another person's affairs without a mandate, there is a legal basis for the one who without the order of "the one whose job it is" continues the work, "if it is reasonably possible" knows that they are using someone else's thing, until the one whose job it is "cannot take care of it".[77] The *actio de in rem verso basis* exists when a person uses someone else's thing for their own benefit without knowing that the owner is in fact another person, that is, without knowing that they are using the thing without the owner knowing about it, that they use the thing in their own name and for their own account, as well as when the real owner does not inform that their thing is with someone else or when the owner of the thing uses their thing for someone else's benefit without knowing that it is their thing.[78] Cvetković Đorđević, in support of the second point of view, states that from Art. 210. of the Law of Contract and Torts a general lawsuit for unjust enrichment should be considered, because unjust acquisition that occurred "in any way" is considered relevant, and that some cases are specifically regulated, and that Art. 217. of the Law of Contract and Torts envisages *actio de in rem verso*.[79] She observes in the same place that the wording from Art. 217. of the Law of Contract and Torts is especially reminiscent of the one from Art. 1041. of the Austrian Civil Code, since the application of *actio de in rem verso* in both articles is expressly excluded if the conditions for the application of management of another person's affairs without a mandate are met. The key difference is that Austrian law did not recognize a general lawsuit for unjust enrichment, while the Law of Contract and Torts formulates such an institute, and the cited author is of the opinion that in such a system, a special formulation of the *actio de in rem verso* is unnecessary.[80] Veljković[81] believes that the *actio de in rem verso* actually exists as an obligation concept: in case law, it is resolved from the point of unjust enrichment, management of another person's affairs without a mandate, and even compensation for damages.

[76] Law on Obligations – LoO, *Official Gazette of the SFRY*, no. 29/78, 39/85, 45/89. – decision of the CCY and 57/89, *Official Gazette of the FRY*, no. 31/93, *Official Gazette of SCG*, no. 1/2003. – *Constitutional Charter* and *Official Gazette of the RS*, no. 18/2020.

[77] Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (Book II). Belgrade: "Nova consulting", 8.

[78] *Ibid.* 7.

[79] Cvetković Đorđević, V. (2014). O potrebi postojanja verzione tužbe u srpskom pravu. *Pravo i privreda,* 7–9, 350.

[80] *Ibid.,* 353.

[81] Veljković, D. (2020b). *Op. cit.,* 8.

Blagojević and Krulj[82] recognize that, although it is not explicitly prescribed, legal norms are conceived in such a way that they refer either to *condictio* or to *actio de in rem verso*, although due to the large number of common elements, they can be applied to both.

STATUTE OF LIMITATIONS

The Swiss Code of Obligations prescribed by Art. 67 a special statute of limitations of one year from the day of knowledge and ten years from the day of unjust enrichment. Bearing in mind that no special statute of limitations has been prescribed by the Law of Contract and Torts for claiming a refund founded on an acquirement without a basis, the general statute of limitations from Art. 371. is applied, which amounts to ten years (running from the day of the unjust enrichment). When the right to compensation expires (three years), the creditor in the sense of Art. 209. of the Law of Contract and Torts cannot demand this damage within the general limitation period, but it can, by *condictio*, cede to them only what they received by the action that caused the damage, and this claim (and not compensation for damage) expires in the general limitation period of ten years.[83] It is important to note that, in cases where the impoverished person's claim is time-barred because the impoverished person did not ask the enriched person to fulfil the obligation within the time prescribed by law, the impoverished person, as a rule, would not be able to transform their request for the performance of the contractual obligation into a request on the grounds of unjust enrichment, because the transfer of property values from the property of the impoverished person to the property of the enriched person is based on a valid legal basis, and the court would, in principle, be obliged, if such a transformation occurs, to reject the modified request as unfounded.[84]

[82] Blagojević, B., Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*. 2nd edition. Belgrade: "Savremena administracija" publishing-printing-bookstore work organization OOUR "Savremena knjiga", 769.

[83] Veljković, D. (2020a). Verdict of the Higher Commercial Court, Pž. 3565/95 of June 27, 1995. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom* (Vol. V). Belgrade: "Nova consulting".

[84] Stanišić, S. (2019). *Obligaciono pravo – opšti dio – knjiga treća*. Banja Luka: Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University "Apeiron", 806.

CONCLUSION

A lawsuit for unjust enrichment is in an exclusionary relationship with a property lawsuit, in a competitive relationship with a lawsuit for compensation for damages and a possessory lawsuit, in an exclusionary relationship with a lawsuit for the execution of a contract and with a lawsuit for the management of another person's affairs without a mandate.

Within it, a dilemma arises regarding the relationship between *condit-ictio* and *action de in rem verso*. The basic similarity between *actio de in rem verso* and enrichment liability is reflected in the fact that in both cases the benefit realized at someone else's expense is sanctioned. Today, *condictio* (performance-based enrichment claims) is considered to be a general lawsuit for unjust enrichment. The position of a*ctio de in rem verso* is questionable. In accordance with the Roman tradition, the French Civil Code regulated only the special case of unjust enrichment, i.e., the payment of the non-owed, while case law upgraded the institute of *actio de in rem verso* so that certain cases would not be left out of resolution due to a legal gap. From the above we see that the modern understanding of the *actio de in rem verso* was just an expression of the generalization of the rules of a special case. With the last reform of the French Civil Code, the general institute was introduced into the legislation, so the term remains more of an expression of tradition. In German law, there has existed a general lawsuit for a long time.

There are also different understandings of the fact that with *actio de in rem verso*, the user of the thing does not know that the thing they are using in any way is the property of someone else or that the thing passed into their property on some illegal basis, and the same rules cannot be applied. From this comes the understanding that *actio de in rem verso* and *condictio* are two separate institutes. As for the Law of Contract and Torts, there are also divided opinions regarding the interpretation of Art. 217, but it prevails that the lawsuit for unjust enrichment in Serbian law should be viewed as one joint lawsuit.

The general statute of limitations is applied to this lawsuit in the absence of a special prescription, with the limitation that if the statute of limitations occurred because the impoverished person did not ask the enriched person to fulfil the obligation within the legally prescribed period, the impoverished person, as a rule, could not transform their request for the performance of the contractual obligation into a request for acquisition without grounds.

BIBLIOGRAPHY

Books

Antić, O. (2010). *Obligaciono pravo*. 8th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Aranđelović, D. (1929). *Zbirka rasprava*. Belgrade: Publishing bookstore "Gece Kona".

Blagojević, B., Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (2nd edition). Belgrade: "Savremena administracija" publishing-printing-bookstore work organization OOUR "Savremena knjiga".

Cigoj, S. (1976). *Obligacije: sistem splošnega obligacijskega prava v teoriji, sodstvu in primarjalnem pravu.* Ljubljana: Official Gazette of the FR of Slovenia.

Cvetković Đorđević, V. (2015). *Kondikcija i neosnovano obogaćenje*, *Ph.D. dissertation*. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Đorđević, Ž., Stanković, V. (1987). *Obligaciono pravo (opšti deo)*. Belgrade: Naučna knjiga.

Garner, B. A. (2014). *Black's Law Dictionary.* 10th edition. St. Paul: Thomson Reuters West.

Jakšić, A. (2019). *Građansko procesno pravo*. 11th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Marty, G., Raynaud, P. (1961). *Droit civil*. Paris: Librairie du Recueil Sirey.

Pajtić, B., Radovanović, S., Dudaš, A. (2018). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Publishing Centre of the Faculty of Law, University of Novi Sad.

Polojac, M. (2018). *Praktikum za rimsko pravo. Tekstovi i slučajevi rimskih pravnika iz obligacionog prava*. 5th edition. Belgrade: University of Belgrade, Faculty of Law.

Radišić, J. (2017). *Obligaciono pravo opšti deo*. 11th edition. Niš: Publications Centre of the Faculty of Law in Niš.

Radovanov, A. (2009). *Obligaciono pravo opšti deo*. Novi Sad: University Business Academy, Faculty of Law.

Ripert, G. (1950). *Le droit privé francais au milieu du XXe siècle.* Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

Stanišić, S. (2019). *Obligaciono pravo – opšti dio – knjiga treća*. Banja Luka: Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University "Apeiron".

Stanković, E., Vladetić, S. (2017). *Rimsko pravo*. 2nd edition. Kragujevac: University of Kragujevac, Faculty of Law.

Stanković, O., Orlić, M. (2016). *Stvarno pravo*. 9th edition. Belgrade: Nomos ltd.

Veljković, D. (2020a), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima sa aktuelnom sudskom praksom* (Vol. V). Belgrade: "Nova consulting".

Veljković, D. (2020b). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. Opšti deo Zakona o obligacionim odnosima* (Book II). Belgrade: "Nova consulting".

Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition.* New York: Oxford University Press Inc.

Articles

Cvetković Đorđević, V. (2020). Pravno neosnovano obogaćenje u anglosaksonskom pravu. *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (Book 10), 183–198.

Cvetković Đorđević, V. (2018). Poslovodstvo bez naloga i pravno neosnovano obogaćenje, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbija* (Book 8)*. Collection of papers*, 289–297.

Cvetković Đorđević, V. (2014). O potrebi postojanja verzione tužbe u srpskom pravu. *Pravo i privreda,* 7–9/2014, 339–353. Descheemaeker, E. (2018). The New French Law of Unjustified Enrichment. *Restitution Law Review* (vol. 25), 1–26.

Danilović, J. (2001). Neosnovano obogaćenje. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 1–4/2001, 492–510.

Descheemaeker, E. (2013). Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français. *Revue trimestrielle de droit civil,* 1–26.

Lutman, K. (2020). Neosnovano obogaćenje u odnosu na ugovorno, deliktno i stvarno pravo. *Odabrane teme obligacionog prava. Colletion of Papers of the Second Regional Conference on the topic of Law of Contract and Torts held on November 14 and 15, 2019 at the Faculty of Law of the University of Belgrade*, 233–255.

Simonović, I. (2018). *International Scientific Conference "Law in the context of addressing the challenges of the contemporary world" Collection of summaries*, 455–477.

Trnavci, G. (2012). Pravna priroda neosnovanog obogaćenja. *Yearbook of the Faculty of Law in Banja Luka,* 2012/1, 247–262.

Vedriš, M. (1988). Stjecanje bez pravne osnove po Zakonu o obligacionim odnosima (neka sporna pitanja). *Knjiga o desetogodišnjici Zakona o obligacionim odnosima* (Vol. I). Belgrade: Federation of Lawyers' Associations of the FR of Serbia, 459–686.

Legal regulations

Civil Procedure Law, *Official Gazette of RS*, no. 72/2011, 49/2013. – US decision, 74/2013. – US decision, 55/2014, 87/2018. and 18/2020.

German Civil Code, Berlin, 1900.

French Civil Code – FCC, Paris, 1804.

Law of Contract and Torts, *Official Gazette of the SFRY,* no. 29/78, 39/85, 45/89. – decision of the CCY and 57/89*, Official Gazette of the FRY,* no. 31/93*, Official Gazette of SCG,* no. 1/2003. – Constitutional Charter and *Official Gazette of the RS, no. 18/2020)*.

Case law

Verdict of the Supreme Court of Serbia, Prev. 133/81. from October 20, 1981.

Verdict of the Higher Commercial Court, Pž. 3565/95. from June 27, 1995.

Оригинални научни рад
DOI: 10.5937/gakv95-37970
UDC 34(4-674EU)

Мр Радмила Драгишић *
Влада Републике Српске, БиХ
ORCid: 0009-0007-4492-2722

ОСНОВНИ ПРИНЦИП ИСКРЕНЕ САРАДЊЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

САЖЕТАК: Иако по својој правној природи нешто шири у односу на остале основне принципе којима је уређен однос између права Европске уније и унутрашњег права држава чланица, принцип лојалне или према лисабонским рјешењима „искрене“ сарадње представља један од централних садржајних и развојних градивних елемената на којима почива правни поредак европске организације. Стога су у средишту наше пажње појам и садржина тог принципа, његов настанак и генеза, као и досег његове примјене у односу на директиве као формалне изворе права ЕУ, при чему цјелокупној анализи највише доприносе ставови Суда правде. У истраживању користимо аналитичке и синтетичке методе, при чему у оквиру њих средишње мјесто заузимају анализа садржаја и историјско-компаративна анализа. У коначници доносимо закључна разматрања, од којих су наупечатљивија она која иду у прилог томе да принцип искрене сарадње спада у алате посредством којих се националне разлике могу смањити како би циљеви европске организације били реализовани, те да је претпоставка за то да се, између осталог, отклоне малформације између овог принципа и директиве као секундарног извора права Европске уније.

* email: Strbacr73@gmail.com, замјеник директора Републичког секретаријата за законодавство у Влади Републике Српске. Докторанд на Правном факултету Универзитета у Бањој Луци, Република Српска, БиХ.

** Рад је примљен 10. 6. 2022, а прихваћен је за објављивање 7. 12. 2022. године.

Кључне речи: право Европске уније, унутрашње право држава чланица, основни правни принципи, основни правни принцип искрене сарадње, јуриспруденција Суда правде ЕУ

УВОД

Основни правни принципи на којима почива Европска унија фундаментално су везани за искрену сарадњу, отворену економију и слободну конкуренцију, примат права европске организације у односу на право држава чланица, његову аутономност, непосредну примјену, непосредно дејство итд.[1] Разликујемо их по томе да ли су инкорпорирани у оснивачке акте (принцип искрене сарадње, принцип додијељених надлежности, принцип отворене економије и слободне конкуренције, принцип непосредне примјене) или нису (принцип аутономности, принцип непосредног дејства, принцип посредног дејства). Сви заједно они одражавају суштину природе правног поретка Уније, при чему се не користе за попуњавање правних празнина, већ имају претежно оперативни карактер.[2]

Државе чланице (њихови законодавни, извршни и судски органи) дужне су да поштују основни принцип искрене сарадње. Оне су дужне то да чине чак и када је ријеч о надлежностима које нису додијелиле тој регионалној међународној организацији а што имплицира да принцип искрене сарадње, на равни Уније, „на мала врата“ садржајно превазилази принцип додијељених надлежности који је иманентан свакој међународној организацији, па тако и Европској унији. Неспорно је наиме да су државе чланице дужне искрено да сарађују, како међусобно (хоризонтални ниво), тако и са самом организацијом (вертикални ниво), те да се уздржавају од предузимања било каквих мјера којима би се могло угрозити постизање циљева из Уговора. Из чињеница о којима образлажемо у наставку, показаће се да наведено није једноставно постићи с обзиром да

[1] Dworkin, R. (1972). Social Rules and Legal Theory. *The Yale Law Journal,* 81:5, 876; Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard Univ. Press, 2nd edn.

[2] Основне правне принципе не треба поистовјећивати са општим правним начелима која су најопштије и најапстрактније правне норме које не утврђују конкретна права и обавезе субјеката права, већ представљају путоказ нормативно-правног процеса, казујући како та права и обавезе треба да се утврђују. И она се дијеле на она инкорпорирана у оснивачке акте (начело узајамног признања, начело солидарности) и на она која то нису (начело међусобног повјерења). Општа правна начела не треба поистовјећивати ни са општим начелима која су карактеристична за сваку засебну област која је уређена у праву ЕУ (на примјер у оквиру извора права о заштити животне средине значајну улогу има начело предострожности, начело солидне политике заштите животне средине, начело интегрисане животне средине и сл.).

су државе чланице Уније, као субјекти међународног права, непрестано суочене са проблемом лојалности према националном, регионалном и међународном правном поретку.

САДРЖИНСКО ОДРЕЂЕЊЕ

Основни принцип искрене сарадње подразумијева уговорно преузету обавезу и опредјељеност држава чланица да, узимајући у обзир све расположиве мјере, дјелују у правцу што ефикасније реализације обавеза које по њих произлазе из права Европске уније, као и да се уздрже од предузимања мјера које би могле угрозити остваривање циљева европске организације. Неиспуњавање уговорне обавезе у напријед наведеном смислу, представљало би, како је Суд правде још почетком 70-тих година прошлог вијека истакао у случају *Commission v. Italian Republic,*[3] неиспуњавање преузетих обавеза од стране држава чланица, а самим тим и атак на саме темеље правног система организације (para. 25).

У правној теорији се води расправа о томе да ли је у случају принципа искрене сарадње ријеч о јединственом принципу или о скупу више основних принципа, општих правних начела и начела карактерстичних за поједине области, као и базичних ставова Суда правде.[4] Углавном се сматра да ће пракса Суда у будућности дати коначан одговор, при чему ће највероватније основ тог одговора бити антологијски случајеви *Van Gend en Loos*[5] и *Costa v. ENEL*[6], који су позиционирали право Заједнице као аутономан правни систем у оквиру којег су и индивидуалним субјектима гарантована права, и то не само она која су експлицитно наведена оснивачким актом, већ и она која они црпе из обавеза које право организације намеће како другим индивидуалним субјектима, тако и државама чланицама и институцијама Заједнице. Од не мање важности је и пресуда суда у предмету *Frankovich*[7] гдје је, између осталог, констатовано да потпуна дјелотворност комунитарног права не би постојала, а заштита права

[3] Judgement of 7 February 1973, *Commission v. Italian Republic,* C –39/72, ECLI:EU:C:1973:13.

[4] Van Iersel, D., Ramaglia Mota, C. G. (2022). Federalising tendencies of the Principle of Sincere Cooperation in the area of Common Foreign and Security Policy. *Warwick Undergraduate Law Journal*.

[5] Judgement of 5 February 1963, V*an Gend & Loos,* C – 26/62*,* ECLI:EU:C:1963:1.

[6] Judgement of 15 July 1964, *Costa v. E.N.E.L,* C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

[7] Judgement of 19 November 1991*, Frankovich*, C-6/90 and C–9/90, ECLI:EU:C: 1991:428.

индивидуалних субјеката била би знатно ослабљена, уколико би им било онемогућено да надокнаде штету за нарушавање права до којег је дошло услијед кршења права Заједнице од стране држава чланица (para. 33). Везивни елемент за све наведено, подразумијева ступање на сцену принципа искрене сарадње у контексту реализације уговорних циљева, а што произлази из његовог садржинског одређења и функције коју има у праву Уније.

Извјесно је, наиме, да је принцип искрене сарадње најсроднији принципу аутономности права Уније, те да по значају за развој правног система ове европске организације, као и по томе што се граничи са сфером државних интереса и политичког живота, припада основним принципима уставног поретка организације.[8] Међутим, не треба пренебрегнути чињеницу да принцип искрене сарадње омогућује бивствовање одређених начела као што је начело ефикасности,[9] а што се види из случаја *Rewe,*[10] те да се ослања на поступак о претходном питању који се проводи пред Судом правде.[11]

ГЕНЕЗА КРОЗ ОДРЕДБЕ ОСНИВАЧКИХ УГОВОРА

Још је од Монтан уније[12] установљена обавеза лојалне сарадње. Самим тим не треба сумњати да је принцип лојалне сарадње значајан за оснажење правног система европске организације.[13] Принцип лојалне (искрене) сарадње се „провлачио“ готово кроз све оснивачке уговоре и њихове ревизије. Међутим и ту постоји изузетак. Наиме, одредбе о лојалној сарадњи нису биле садржане у Уговору о Европској унији и то је

[8] Лукић Радовић, М. (2018). Лојалност унутар Европске уније – правна или само политичка обавеза. *Анали Правног факултета у Београду,* 66 (3), 235–249.

[9] Klamert, M. (2014). *The Principle of Loyalty in EU Law.* Oxford University Press, para. 252.

[10] Judgement of 16 December 1976, *Rewe-Zentralfinanz,* C – 33/76, ECLI:EU:C: 1976:188.

[11] Glavina, M. (2020) ‘To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure’ 16 CYELP 25, 25–59. DOI: 10.3935/cyelp.16.2020.366

[12] Монтан унија означава интеграцију индустрије за угаљ и челик Западне Европе, односно Европску заједницу за угаљ и челик која се састојала од шест држава чланица (Белгије, Њемачке, Луксембурга, Француске, Италије и Холандије).

[13] Klamert, M. (2014). *The Principle of Loyalty in EU Law*, Edited by Paul Craig and Gráinne de Búrca. Oxford University Press, 9–20.

својевремено представљало отворено питање.[14] Постојала је недоумица у смислу да ли се због одсуства тих одредби, по узору на рјешења из чл. 5, односно 10. Уговора о Европској заједници, додатно оснажује аргумент који иде у прилог тези да се принцип примата европске организације није могао проширити и на трећи „стуб“ Уније, односно Наслов VI њеног уговорног акта?[15]

Чак је и члановима I–V неуспјелог Уговора о Уставу за Европу био садржински одређен принцип лојалне, односно искрене сарадње, према којем су државе чланице дужне учинити све у правцу реализације циљева организације, односно уздржати се од чињења било чега чиме би се она могла угрозити или довести у питање. Како се види, одредбама чланова I–V биле су дефинисане узајамне гаранције између Европске уније и њених држава чланица, којима се, с једне стране, настојао заштити национални идентитет и различитост држава чланица, док се, с друге, настојала обезбједити ефикасност дјеловања организације.

Лисабонским рјешењима, прецизније чл. 4(2)(3) лисабонског Уговора о Европској унији[16] прописано је да се на основу искрене сарадње и уз пуно међусобно поштовање, Унија и државе чланице међусобно помажу у обављању задатака који произлазе из Уговора. Државе чланице предузимају све мјере, опште или посебне, како би осигурале испуњавање обавеза из Уговора или аката институција Уније. Оне олакшавају остваривање задатака Уније и уздржавају се од сваке мјере која би могла угрозити постизање циљева организације. Наведене одредбе у својој садржини нису умногоме одступале од одредаба чл. 10. Уговора о Европској заједници *i.e.* биле су готово идентичне.

Како се може видјети, чл. 4(3) лисабонског Уговора о Европској унији (*ex* чл. 5, односно чл. 10. Уговора о Европској заједници) је на прилично екстензиван начин формулисан што доприноси постојању широког простора за оцјену понашања држава чланица. Стога би ову одредбу било корисно употпунити како би се садржински прецизније одредиле обавезе држава чланица. Наиме познато је да је Суд правде, још у случају

[14] Opinion of Advocate General Kokott in C-105/03 *Pupino,* ECLI:EU:C:2005:386, 21–22.

[15] Lorenzmeier, S. (2006). The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision1 of the European Court of Justice. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2006, 583–588. Доступно на: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_12_97.pdf

[16] Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13, art. 4 (3).

Schlüter,[17] као уосталом и у осталим случајевима из 1973 године,[18] аброгационо одбио признати непосредно дејство одредби чл. 5. иако се то дејство могло признати с обзиром да је та одредба имала повезницу с одредбама чл. 107. Уговора. Наиме, општи правобранилац *Ver Loren van Themaat* је у предмету *Leclerc*[19] изнио мишљење да чл. 5. представља више од пуког постављања програма који је релевантан искључиво за утврђивање других одредби Уговора.[20] Наиме, овај став општег правобраниоца је потпуно логичан, будући, како и сам наводи, чл. 5. садржи двије опште дужности и једну забрану, чије бивствовање у сваком случају зависи од обавеза и забрана предвиђених другим уговорним одредбама или мјерама усвојеним од комунитарних институција.

ГЕНЕЗА КРОЗ ОДАБРАНУ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈУ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Суд правде се у континуитету ослањао на принцип лојалне, односно искрене сарадње између држава чланица и Европске уније и доктрину *l' effet utile*, односно корисно дејство и дјелотворност права организације. Позиције Суда правде тицале су се и тичу се вишестране и „конфликтне" искрене сарадње држава чланица јер су оне субјекти права Европске уније, али и субјекти међународног јавног права. Однос права ЕУ и националног права Суд је, између осталог, разматрао с аспекта повезаности принципа искрене сарадње и заштите уставног идентитета држава чланица, с једне стране, те принципа примата права ЕУ, с друге стране.

Принцип искрене сарадње одређује се као најважнији принцип у праву Европске уније, што потврђује Суд правде у случају *Brasserie du Pêcheur* у којем је овај принцип оквалификован принципом својственим правном поретку Уније,[21] али и у случају *Commission of the European*

[17] Judgement of 24 October 1974, *Schlüter,* C-9/73, ECLI:EU:C:1973:110. Видјети и: Judgement of 15 January 1986, C-44/84, *Hurd,* ECLI:EU:C:1986:2, 47–48.

[18] Judgement of 24 Octobar 1973. *Rewe Zentral,* C-10/73, ECLI:EU:C:1973:111; Judgement of 30 April 1974, *Sacchi,* C-155/73, ECLI:EU:C:1974:40.

[19] Judgement of of 29 January 1985, *Leclerc,* C-231/83, ECLI:EU:C:1985:29.

[20] Lang, J. T. (1986). Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice, *Fordham International Law Journal,* 10 (3), 505. Доступно на: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj

[21] Judgement of 5 March 1996, *Brasserie du Pêcheur,* C-46/93 and C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, para 39.

Communities v. Portuguese Republic у којем је Суд утврдио да принцип искрене сарадње чини основу чл. 5. Уговора.[22]

Ријеч је о принципу који обично оставља државама чланицама одређени ниво дискреције у погледу метода које ће користити како би испуниле уговорно преузете обавезе. Међутим, та дискреција у одређеним случајевима није била толерисана, као што је то на примјер било у случају *Thieffry,*[23] док је на примјер у случају *Commission of the European Communities v. Federal Republic of Germany*[24] одређено да државе чланице и Унија морају сарађивати у настојању да отклоне могуће потешкоће.

Из судске праксе Суда могу се идентификовати типични примјери кршења права организације од стране држава чланица кроз нарушавање принципа искрене сарадње. Тако смо се у другој половини 80-тих година прошлог вијека сусрели са случајем *Commission v. Greece,*[25] који се односио на ситуацију у којој Грчка, тек након што је 1. јануара 1981. године постала чланица европске организације, није испоштовала основни принцип искрене сарадње у односу са Комисијом као комунитарном институцијом. Прецизније, ова земља није одговорила на захтјев Европске комисије за доставом информација, те је Комисија, у складу са чл. 169. Уговора о Европској економској заједници, покренула поступак пред Судом правде, због кршења чл. 5. Уговора. У одлуци из конкретног случаја против Грчке, Суд правде је истакао:

> „Одбијање грчке владе да сарађује са Комисијом спријечило је Комисију да добије одговарајућу информацију о управној пракси у овој држави чланици, те да утврди да ли је она отклонила баријере у трговини маслиновим уљем. Одсуство сарадње било је практично веома озбиљно, јер је створило импликације и по поступак који се води пред Судом. Суд није у могућности да испуни обавезу која му је додијељена чл. 164. Уговора, односно да води рачуна о поштовању права приликом тумачења и примјене Уговора. Самим тим, понашање грчке владе у конкретном случају представља озбиљно нарушавање провођења правде.“[26]

У наведеном периоду, кроз још један случај *Commission v. Greece,*[27] Суд је истакао да би повреда принципа искрене сарадње наступила и

[22] Judgement of 27 June 2000, *Commission v. Portuguese Republic,* C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345, para. 40.

[23] Judgement of 24 April 1977, *Thieffry,* C-71/76, ECLI:EU:C:1977:65, sentence.

[24] Judgement of 2 February 1989, *Commission v. Germany,* C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46.

[25] Judgement of 22 September 1988, *Commission v. Hellenic Republic,* C-272/86, ECLI:EU:C:1988:4335, para. 31.

[26] *Ibid*.

[27] *Ibid*., 24.

уколико државе чланице пропусте да казне оне који су прекршили комунитарно право, имплицирајући да би казна требало да буде истовјетна оној којом се кажњавају они који прекрше одредбе националног права.[28]

Деведесетих година прошлог вијека основни принцип искрене сарадње разматран је с аспекта његовог односа са начелом дискреције националних судова, као основом њиховог спознајног и развојног дјеловања. Разматрање је вршено и од стране Дома лордова Краљевине Велике Британије и Сјеверне Ирске и том приликом је кристално јасно откривена улога националних судова у обезбјеђењу поштовања принципа искрене сарадње и његове заштите. Прецизније, одређено је да дискреција националног права мора бити поштована све док не почне негативно утицати на ефикасност права европске организације, тј. потребно је јачати искрену сарадњу на узајамну корист. На истом трагу је био и Суд правде када је одлучивао у случајевима *Emmott*[29] и *Océano*[30].

И у новијој пракси Суда правде принцип искрене сарадње доводи се у везу са концептом владавине права који у себи садржи нека од најважнијих општих правних начела које је идентификовао Суд правде, као што је на примјер начело правне сигурности којег познају бројни правни системи и које има неколико израза – забрана ретроактивности, стечена права, право на дјелотворан правни лијек, независно правосуђе и начело легитимних очекивања. Познато је, наиме, да је Суд правде још у својој пресуди у случају *Les Verts,*[31] истакао да је Европска заједница „заједница која почива на владавини права“ (para. 23). Наиме, још увијек се, као што је то било на примјер у антологијском предмету *CILFIT,*[32] поставља као кључно питање право на дјелотворан правни лијек. У предмету *CILFIT* Суд је одлучио да чл. 177(3) Уговора о Европској економској заједници треба тумачити на начин да национални суд против чијих одлука унутрашњим прописима није дозвољено изјављивање правног лијека, мора, када је ријеч о питању које улази у досег комунитарног права, поднијети захтјев за рјешавање претходног питања пред Судом правде, осим ако је установљено да је ријеч о питању које је ирелевантно или да је предметна одредба већ тумачена од стране Суда или је исправна примјена права Заједнице очигледна и не оставља простора за разумну сумњу. Постојање такве могућности мора се процијенити у свјетлу

[28] Judgement of 21 September 1989, *Commission v. Hellenic Republic,* C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339, para. 24.

[29] Judgement of 25 July 1991, C-208/90 *Theresa Emmott,* ECLI:EU:C:1991:333.

[30] Judgement of 27 June 2000, C-240/98 to C-244/98 *Grupo Editorial,* ECLI:EU:C:2000:346.

[31] Judgement of 23 April 1986, C-294/83 “*Les Verts*”*,* ECLI:EU:C:1986:166.

[32] Judgement 6 October 1982, C-283/81 *CILFIT* EU:C:1982:335, para. 21.

специфичних карактеристика права Заједнице, посебних потешкоћа које изазива његово тумачење и ризика од разлика у судским одлукама унутар Заједнице. У новије вријеме се питање права изјављивања дјелотворног правног лијека поставило на примјер у случају *A.B. and others v. Krajowa Rada Sądownictwa and others,*[33] у којем је Суд правде досљедно одлучио да се ускраћивање наведеног права претвара у обавезу за националне судове, у овом случају судове Пољске, да упуте Суду захтјев за претходну одлуку.[34]

У контексту давања доприноса разумијевању односа између концепта владавине права и основног принципа искрене сарадње, показује се интересантним на овом мјесту указати да сукоб Пољске и Европске уније у области владавине права траје од 2015. године, те да институције европске организације различитим политичким, финансијским и правним инструментима покушавају дјеловати *in favorem* независности правосуђа у тој земљи. Сукоб је јасну конституционалну димензију добио када се, у контексту случаја *European Commission v. Republic of Poland,*[35] у исти укључио пољски Уставни трибунал, који је разматрао питање односа националног и „европског" права те домашај примјене основних принципа на којима правни поредак Уније почива, попут принципа примата (супрематије) или једнообразне примјене права организације у њеним државама чланицама. Уставни трибунал је истакао да је у искључивој надлежности држава чланица да одлучују о организацији свог правосудног апарата, да су покушаји наметања обавеза поводом овог питања од стране Уније бесправни, те да се начело искрене сарадње из чл. 4(3) Уговора о Европској унији, а у вези са чл. 279. Уговора о функционисању Европске уније, којим је садржински одређено опште овлаштење Суда правде да доноси привремене мјере, не може примјенити на одлуке Суда које су *ultra vires*. Прецизније, Уставни трибунал је утврдио да овакво дјеловање Суда правде није у складу са чл. 2[36], 7[37], 8.1[38] и

[33] Judgement of 2 March 2021, *Krajowa Rada,* C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, 39, 57, 58(2), 93 and 94.

[34] V. и другу праксу Суда правде: Judgement of 16 January 1974, *Rheinmullen,* C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3, para 4; Judgement of 22 June 2010, *Melki and Abdeli,* C-188/10 and C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, para. 42; Judgement of 5 April 2016, *Puligienica*, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, para. 39.

[35] Judgement of 15 July 2021, *Commission v Republic of Poland*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

[36] Чл. 2. Устава: Пољска је демократска држава која се темељи на праву и принципима социјалне правде.

[37] Чл. 7: Органи јавне власти ће функционисати на основу и у оквирима утврђеним правом.

[38] Чл. 8.1: Устав је највише право Републике Пољске.

90.1[39], а у вези са чл. 4.1[40] пољског Устава[41], те да, самим тим, принципи примата и непосредне примјене из ст. 1–3. чл. 9. Устава у конкретном случају не могу бити примењени.[42] На сличан начин како је то некада урадио чешки Уставни суд у случају *Landtová,*[43] пољски Уставни трибунал је одбацио доктринарни концепт Суда правде о апсолутном примату права Европске уније, истакавши да је Устав највиши правни акт у пољском правном систему и искључиво је њим дефинисан однос националног и „европског" права, укључујући и питање валидности права Уније у пољском правном систему.

Помјерајући се са прилично „каменитог тла" на којем се, у области владавине права одвија вертикални сукоб између националних судова Пољске и Суда правде ЕУ, према привредно правној области (инвестиционим споровима), у прилици смо да укажемо да је на примјер Суд правде у случају *Achmea*[44] констатовао да је на државама чланицама да, нарочито на основу принципа искрене сарадње, на својим територијама осигурају примјену и поштовање права Уније и да у том циљу предузму све мјере како би осигурале испуњавање обавеза које произлазе из Уговора. Поред наведеног, значајно је и то што је у службу заштите основних принципа на којима почива Унија, па тако и принципа искрене сарадње, стала и доктрина када је утврдила да те принципе неће нарушити одредбе Уговора о енергетској повељи.[45]

[39] Чл. 90.1: Република Пољска може, посредством међународних споразума, делегирати на међународне организације или међународне институције овлаштења државних органа по појединим питањима.

[40] Чл. 4.1: Врховна власт у Републици Пољској почива на народу.

[41] The Constitution of the Republic of Poland. *Journal of the Laws of the Republic of Poland*, No 78, Item 483, 1997. https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.html

[42] Judgement in the name of the Republic of Poland of 7 October 2021, Case Ref. No. K 3/21, sentence of the judgement, https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej

[43] Judgement of 22 June 2011, *Landtová,* C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415

[44] Judgement of 6 March 2018, *Achmea,* C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158

[45] Odermatt J. (2021). Is EU law international? – Case C-741/19 *Republic of Moldova v. Komstroy,* LLC and the autonomy of EU order. *Insight – European Papers,* 6 (3), 1255–1268.

Прелазећи на терен стриктно међународног права,[46] осврнућемо се на случај *COTIF*[47] у којем је Савезна Република Њемачка, између осталог, истакла да је дошло до повреде принципа додјељивања надлежности из чл. 5(2) УЕУ, повреде обавезе образлагања из чл. 296. УФЕУ, те повреде принципа искрене сарадње из чл. 4(3) УЕУ у вези с начелом дјелотворне судске заштите. Њемачка је подсјетила да начело искрене сарадње не само да обавезује државе чланице на предузимање свих мјера неопходних за осигурање примјене и дјелотворности права Уније већ и њеним институцијама прописује узајамне обавезе искрене сарадње с државама чланицама. Одлука Савјета, чије је поништење у одређеном дијелу тражила Њемачка, тицала се међународног споразума мјешовите природе. Посредством тог споразума Унија и њене државе чланице остварују своја права као чланови међународне организације. Управо зато је Њемачка сматрала да, у случају неслагања између држава чланица и Уније у погледу разграничења надлежности, Унијине институције треба да сарађују у доброј вјери како би се ситуација разјаснила и постојеће препреке савладале. Дакле, Унијине институције су, према ставу Њемачке, повриједиле принцип искрене сарадње када су приликом организовања поступка који је претходио доношењу побијане одлуке Савјета пропустиле да оставе довољно времена за њено побијање пред Судом прије него што она произведе неповратне посљедице. На такав начин је, према оцјени ове државе чланице, повријеђено и начело дјелотворне судске заштите.

Иако треба да се подсјетимо да се, када је ријеч о закључивању међународних уговора, период од десет година прије доношења пресуде у случају *COTIF*, карактерише негативним и позитивним обиљежјима искрене сарадње која су била разоткривена кроз пресуде Суда правде у 2005 години. О томе свједоче случајеви *Commission v. Germany (Inland Waterways)*[48] и *Commission v. Luxembourg (Inland Waterways)*.[49] Државе су, кроз примјену принципа искрене сарадње омогућавале Унији да врши

[46] Поједини аутори, као што је Ramses Wessel, указују на могућност да је право Уније посебна грана међународног права која се одликује детаљнијим развојем повезнице са националним правним системима а државе чланице показују више воље за трансфером својих надлежности тој међународној организацији. Видјети: Wessel R. (2018). Studyng International and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests, published in: Garben, S., Govaere, I. (Eds.) (2018). *The Interface between International and EU Law.* Oxford: Hart Publishers.

[47] Judgement of 5 December 2017, *Germany v. Council,* C-600/14, ECLI:EU:C: 2017:935, para 94.

[48] Judgement of 14 July 2005, *Commission v. Germany (Inland Waterways),* C-433/03, ECLI:EU:C:2005:462, para.66.

[49] Judgement of 2 June 2005, *Commission v. Luxembourg (Inland Waterways),* C-266/03, ECLI:EU: C:2005:341, para. 60.

своје надлежности, те су тако постајале међународни „заступници“ интереса организације,[50] а неразумијевање између држава чланица и Комисије се продубљивало.

ДОСЕГ ПРИМЈЕНЕ У ОДНОСУ НА ДИРЕКТИВЕ

Суд правде је још од случајева *Van Duyn*[51] и *Ratti*[52] указивао на потребу да државе чланице благовремено и дисциплиновано извршавају обавезе садржане у директивама, као и на то да се, уколико то не буде случај, више неће моћи позивати на националне прописе који су супротни том секундарном извору права. О значају који благовремена транспозиција директива има у процесу европске изградње свједочи и Декларација о имплементацији права Заједнице, која је прилог Уговору из Мастрихта. Наиме, право је сваке државе чланице да одабере начин на који ће остварити циљеве и резултате које налаже директива. Ово, међутим, не искључује право појединца (физичког или правног лица) да пред судовима државе чланице остварују права чија је садржина јасна и недвосмислено утемељена у одредбама тог формалног извора права. При томе треба да се води рачуна о ставу Суда у предмету *Ratti* да је истек рока за примјену директиве услов за позивање на њене одредбе. Поред тога државе се у уређивању својих односа са другим субјектима не могу позивати на сопствене пропусте, какав дефинитивно представља пропуштање да се директива на ваљан и свеобухватан начин спроведе у предвиђеном року. У случају *Adeneler*[53] оцијењено је да од дана од када је директива ступила на снагу, национални судови морају да се уздрже колико год је то могуће од тумачења националног права на начин који би могао озбиљно компромитовати, након истека периода транспозиције, постизање циљева из директиве. Када је ријеч о националној равни, треба да се помене да је у вријеме када је Суд одлучивао у поменутом случају, Уставни савјет Француске заузео позицију да је транспозиција директива у правни систем Француске „уставни захтјев“.

Суд је у напријед поменутом дјеловању рачунао на подршку грађана Уније, али и на подршку националних судова. Подршку грађана

[50] Larik, J. (2017). Sincere Cooperation in the Common Commercial Policy: Lisbon, a “Joined-Up” Union, and “Brexit”. M. Bungenberg et al. (eds.) (2017). *European Yearbook of International Economic Law,* 8, 90–91.

[51] Judgement of 4 December 1974, *Van Duyn,* C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133.

[52] Judgement of 5 April 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

[53] Judgement of 4 July 2006, *Adeneler*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, para. 123.

је очекивао јер је функција директиве као извора секундарног права да штити правне субјекте од пропуста у националним прописима, док је сасвим природно да они кроз своју праксу утичу на легислативну и егзекутивну власт како би се правним субјектима пружила заштита субјективног права које је садржано у директиви и треба да се транспонује у националне прописе. Прецизније, национални судови имају право и дужност да интерпретирају национално право а самим тим да поштују основни принцип искрене сарадње како би приликом те интерпретације уважили циљ прописа Европске уније.

Показује се корисним подсјетити и на Директиву о услугама,[54] као на врло интересантан примјер за који се веже посезање за новим лисабонским механизмом увођења новчаних казни због неблаговремене транспозиције овог формалног извора права. Такође, транспозиција и примјена Директиве били су предмет 20 билатералних састанака између држава чланица и девет састанака експертске групе.[55]

Све наведено имплицира да у погледу благовремености транспозиције, постизања циља из директиве, те њене правне природе још од времена „*Van Duyn* и *Ratti*“, преко Уговора из Мастрихта, Нацрта уговора о Уставу за Европу, Директиве о услугама на унутрашњем тржишту, па до данас није у довољној мјери експлоатисан принцип искрене сарадње, а што указује на својеврсне малформације између овог принципа и директиве као секундарног извора права.

ЗАКЉУЧАК

Основни принцип искрене сарадње спада у основне принципе који су инкорпорирани у оснивачке уговоре Европске уније. Обрисе је почео да добија још у вријеме Монтан уније када је прокламована обавеза лојалне (искрене) сарадње. У Римском уговору је добио своју садржину, која није много измијењена ревизијом оснивачких уговора која је услиједила, као ни лисабонским рјешењима.

У својој суштини, основни принцип искрене сарадње подразумијева уговорно преузету обавезу и опредјељеност држава чланица да, узимајући у обзир све расположиве мјере, дјелују у правцу што ефикасније реализације обавеза које по њих произлазе из права Европске уније, као

[54] Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJ L 376,* 27. 12. 2006, 36–68.

[55] Report from the Commission 27th Annual Report on Monitoring the Application of the EU Law, COM(2010) 538 final, Brussels, 1. 10. 2010, 5.

и уздржавање од предузимања мјера које би могле угрозити остваривање циљева европске организације.

Из наведеног закључујемо да су уговорне одредбе којима је садржински одређен принцип искрене сарадње прилично екстензивно формулисане те би их било корисно употпунити како би се садржински прецизније одредиле обавезе држава чланица и националне разлике смањиле, а све у корист реализације циљева из прописа Уније *i.e.* како би овај принцип добио истинску супранационалну димензију. У прилог наведеном закључку говоре идентификовани типични примјери кршења права организације од стране држава чланица кроз нарушавање принципа искрене сарадње – недостатак вертикалног нивоа сарадње, проблеми везани за дискрециону оцјену националних судија, повезаност овог принципа са непоштовањем концепта владавине права у појединим чланицама, негативне трендове који прате закључивање мјешовитих међународних уговора, те малформације између овог принципа и директиве као формалног извора права Уније.

ЛИТЕРАТУРА

Van Iersel, D., Ramaglia Mota, C. G. (2022). Federalising tendencies of the Principle of Sincere Cooperation in the area of Common Foreign and Security Policy. *Warwick Undergraduate Law Journal*.

Wessel, R. (2018). *Studyng International and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests,* published in S. Garben and I. Govaere (Eds.), The Interface between International and EU Law, Oxford: Hart Publishers.

Glavina, M. (2020). 'To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure'. *16 CYELP 25*.

Dworkin, R. (1972). Social Rules and Legal Theory. *The Yale Law Journal,* 81 (5).

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard Univ. Press, 2nd edn.

Klamert, M. (2014). *The Principle of Loyalty in EU Law.* Oxford University Press.

Larik, J. (2017). Sincere Cooperation in the Common Commercial Policy: Lisbon, a "Joined-Up" Union, and "Brexit", M. Bungenberg et al. (eds.). *European Yearbook of International Economic Law,* 2017, 83–110.

Lang, J. T. (1986). Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice. *Fordham International Law Journal,* 10 (3). Доступно на: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj

Lorenzmeier, S. (2006). The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision1 of the European Court of Justice, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* 12/2006. Доступно на: https://www.zisonline.com/dat/artikel/2006_12_97.pdf

Лукић Радовић, М. (2018). Лојалност унутар Европске уније – правна или само политичка обавеза. *Анали Правног факултета у Београду,* 66 (3).

Odermatt, J. (2021). Is EU law international? – Case C-741/19 *Republic of Moldova v. Komstroy* LLC and the autonomy of EU order. *Insight – European Papers,* 6 (3).

Прописи

The Constitution of the Republic of Poland. *Journal of the Laws of the Republic of Poland*, No 78, Item 483, 1997.

Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12. December 2006 on services in the internal market. *OJ L 376,* 27. 12. 2006, 36–68.

Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13, art. 4(3).

Судска пракса

Judgement of 5 February 1963, *Van Gend & Loos,* C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

Judgement of 15 July 1964, *Flaminio Costa v. E.N.E.L,* C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

Judgement of 7 February 1974, *Commission v. Italian Republic,* C-39/72*,* ECLI:EU:C:1973:13

Judgement of 24 October 1974, *Schlüter,* C-9/73 , ECLI:EU:C:1973:110.

Judgement of 24 October 1973 C-10/73 *Rewe Zentral* ECLI:EU:C:1973:111.

Judgement of 30 April 1974, *Sacchi,* C-155/73, ECLI:EU:C:1974:40.

Judgement of 16 January 1974, *Rheinmullen,* C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3.

Judgement of 4 December 1974, *Van Duyn,* C-41/74 ECLI:EU:C:1974:133.

Judgement of 16 December 1976, *Rewe-Zentralfinanz,* C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

Judgement of 24 April 1977, *Thieffry,* C-71/76 ECLI:EU:C:1977:65.

Judgement of 5 April 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

Judgement of 6 October 1982, *CILFIT,* C-283/81, EU:C:1982:335.

Judgement of 29 January 1985, *Leclerc,* C-231/83, ECLI:EU:C:1985:29.

Judgement of 23 April 1986, "*Les Verts*"*,* C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

Judgement of 15 January 1986, *Hurd v. Kenneth,* C-44/84*,* ECLI:EU:C:1986:2.

Judgement of 22 September 1988, *Commission v. Hellenic Republic,* C-272/86, ECLI:EU:C:1988:433.

Judgement of 2 February 1989, *Commission v. Germany,* C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46.

Judgement of 21 September 1989, *Commission v. Hellenic Republic,* C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339.

Judgement of 19 November 1991, *Frankovich*, C-6/90 and C-9/90ECLI:EU:C:1991:428.

Judgement of 25 July 1991, *Emmott,* C – 208/90, ECLI:EU:C:1991:333.

Judgement of 5 March 1996, C-46/93 and C-48/93 *Brasserie du Pêcheur,* ECLI:EU:C:1996:79.

Judgement of 27 June 2000, *Commission v. Portuguese Republic*, C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345.

Judgement of 27 June 2000, *Grupo Editorial,* C-240/98 to C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346.

Judgement of 14 July 2005, *Commission v. Germany (Inland Waterways),* C-433/03, ECLI:EU:C:2005:462.

Judgement of 2 June 2005, *Commission v. Luxembourg (Inland Waterways),* C-266/03, ECLI:EU: C:2005:341.

Judgement of 4 July 2006, *Adeneler*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443.

Judgement of 22 June 2011, *Landtová,* C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415

Judgement of 22 June 2010, *Melki and Abdeli,* C-188/10 and C-189/10, ECLI:EU: C:2010:363.

Judgement of 5 April 2016, *Puligienica*, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199.

Judgement of 5 Decembre 2017, *Germany v. Council,* C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935.

Judgement of 6 March 2018, *Slowakische Republik v. Achmea BV,* C-284/16, ECLI:EU: C:2018:158.

Judgement of 2 March 2021, *Krajowa Rada,* C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

Judgement of 15 July 2021, *European Commission v. Poland*, C-791/19, ECLI:EU: C:2021:596.

Opinion of Advocate General Kokott, *Pupino,* C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

Остали документи

Report from the Commission 27th Annual Report on Monitoring the Application of the EU Law, COM(2010) 538 final, Brussels, 1. 10. 2010.

Original Scientific Article
DOI: 10.5937/gakv95-37970
UDC 34(4-674EU)

Radmila Dragišić, Ma[*]
Government of the Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina
ORCid: 0009-0007-4492-2722

THE BASIC PRINCIPLE OF SINCERE COOPERATION IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION[**]

ABSTRACT: Although it is somewhat wider in scope by its character than the other basic principles that regulate the relationship between the law of the European Union and the domestic law of Member States, the principle of loyal or, according to the Lisbon solutions, "sincere" cooperation represents one of central definitive and developmental building elements on which the legal order of this European organization rests. Thus, the focus of this article is the notion and definition of this principle, its genesis, as well as the scope of its application in relation to directives as formal sources of EU law; the positions held by the Court of Justice of the European Union contributed the most to this analysis. The research utilized analytical and synthetical methods, with content analysis and historical-comparative analysis taking the centre stage. The article ends with concluding remarks, where the most interesting ones are those that contribute to the argument that the principle of sincere cooperation belongs to the category of tools via which national difference could be lessened in order to achieve the goals of the European or-

[*] email: Strbacr73@gmail.com, Deputy Director of the Republican Secretariat for Legislation in the Government of the Republika Srpska, Ph.D. Student at the Faculty of Law, University of Banja Luka, Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina.

[**] The paper was received on June 10, 2022, and the paper was accepted for publication on December 7, 2022.

The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina.*

ganization and that the presupposition for this to happen is, among other factors, to remove the malformations that exist in the relationship between the principle of sincere cooperation and the directive as a source of secondary law of the European Union.

Keywords: European Union law, domestic law of Member States, basic legal principles, the basic legal principle of sincere cooperation, case law of the Court of Justice of the European Union

INTRODUCTION

The basic legal principles on which the European Union (hereinafter: the EU) rests are fundamentally linked to sincere cooperation, an open market economy with free competition, the primacy of law of the European organization in relation to the law of Member States, its autonomy, direct application and effect, etc.[1] They can be differentiated based on whether they are incorporated into the founding acts (the principle of sincere cooperation, the principle of conferral of competences, the principle of an open market economy with free competition, direct applicability) or not (the principle of autonomy, the principle of direct effect, the principle of indirect effect). Their common characteristic is that they maintain the essence of the legal order of the European Union, and they are not utilized to fill legal voids but have a, primarily, operative nature.[2]

The Member States (the legislators, executive and judicial bodies) are obligated to follow the basic principle of sincere cooperation. They are obligated to do so even regarding the competences which are not conferred to that regional international organization, which implies that the principle of sincere cooperation, at the level of the EU, uses a "backdoor" to transcend the principle of conferral of competences which is a part of every international

[1] Dworkin, R. (1972). Social Rules and Legal Theory. *The Yale Law Journal,* 81:5, 876; Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2nd edn.

[2] The basic legal principles should not be equated with the general legal principles which are the most general and abstract legal norms that do not determine specific rights and obligations of the subjects of law, but represent a guide for the normative-legal process, telling how those rights and obligations should be determined. They can also be divided into those incorporated into the founding acts (the principle of mutual recognition, the principle of solidarity) and those that are not (the principle of mutual trust). The general legal principles should also not be equated with the general principles which are characteristic for each specific area that is regulated by EU law (e.g., within the framework on the sources of law regarding the protection of the environment, the precautionary principle, the solidarity principle for protecting the environment, the environmental integration principle, etc.).

organization, including the EU. It is undeniable that Member States are obligated to cooperate sincerely, both between themselves (on the horizontal plain) and with the organization (the vertical plain), and that they should refrain from undertaking any actions that could endanger achieving the goals set forth in the Treaty on European Union. Considering the facts that will be presented in this paper, it will be demonstrated that the stated is not easy to achieve, given that the Member States of the EU, as the subjects of international law, are continually faced with the issue of loyalty towards the national, regional, and international legal orders.

THE DEFINITION OF THE CONTENT

The basic principle of sincere cooperation entails the agreement-based obligation and decision of the Member States to act in order to efficiently fulfil their duties that stem from the law of the European Union, taking into account all the means at their disposal, as well as to refrain from undertaking actions that could jeopardize achieving the goals of the European organization. Not fulfilling the contractual obligations would represent, as the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU) noted at the beginning of the 1970s in the *Commission v. Italian Republic* case[3], a failure in the duty of solidarity by the Member States and thereby strikes at the fundamental basis of the Community legal order.

In jurisprudence, there is an on-going debate on whether the principle of sincere cooperation is a unique principle or a collection of multiple basic principles, general legal principles, and principles unique to specific areas, as well as basic positions of the CJEU.[4] It is generally believed that the praxis of the CJEU will provide a final answer in the future, whereby the basis of that answer will be the historical cases of *Van Gend en Loos*[5] and *Costa v. ENEL*[6] which defined the laws of the Community as an autonomous legal system within which individual subjects are guaranteed rights, but not only those rights that are explicitly stated in the founding act but also those rights which are granted to these subjects based on the obligations that the law of the

[3] Judgement of 7 February 1973, *Commission v. Italian Republic,* C –39/72, ECLI:EU:C:1973:13, para. 25.

[4] Van Iersel, D., Ramaglia Mota, C. G. (2022). Federalising tendencies of the Principle of Sincere Cooperation in the area of Common Foreign and Security Policy. *Warwick Undergraduate Law Journal*.

[5] Judgement of 5 February 1963, V*an Gend & Loos,* C – 26/62*,* ECLI:EU:C:1963:1.

[6] Judgement of 15 July 1964, *Costa v. E.N.E.L,* C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

organization imposes on other individual subjects, Member States, and institution of the Community. The judgment in the *Frankovich* case[7] is of equal importance, wherein, among other conclusions, it was states that the full efficacy of Community rules would be impaired and the protection of the rights of individual subjects would be significantly weakened if individuals were unable to obtain redress when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible. The binding element between everything stated until now is the principle of sincere cooperation in the context of the realization of contractual goals, which stems from the definition of its content and the function it has in the law of the EU.

It is certain that the principle of sincere cooperation is most closely related to the principle of the autonomy of law of the EU and that, in terms of the importance for developing the legal system of this European organisation as well as the fact that it borders the sphere of state interests and political life, it belongs to the basic principles of the constitutional order of this organization.[8] However, it should not be disregarded that the principle of sincere cooperation enables the existence of certain other principles, like the principle of efficiency[9], as can be observed in the *Rewe* case[10], and that it relies on the preliminary ruling procedure that is conducted before the CJEU.[11]

GENESIS VIA THE PROVISION OF THE FOUNDING ACTS

The duty of loyal cooperation was established early, during the time of the European Coal and Steal Community[12] (hereinafter: ECSC). Consequently, it should not be doubted that the principle of loyal cooperation is important for

[7] Judgement of 19 November 1991*, Frankovich*, C-6/90 and C–9/90, ECLI:EU:C: 1991:428, para. 33.

[8] Lukić Radović, M. (2018). Lojalnost unutar Evropske unije – pravna ili samo politička obaveza. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 66 (3), 235–249.

[9] Klamert, M. (2014). *The Principle of Loyalty in EU Law.* Oxford University Press, para. 252.

[10] Judgement of 16 December 1976, *Rewe-Zentralfinanz,* C – 33/76, ECLI:EU:C: 1976:188.

[11] Glavina, M. (2020). To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 16, 25–59.

[12] The ECSC was an integration of the coal and steel industries of Western Europe; it had six members: Belgium, Germany, Luxembourg, France, Italy, and the Netherlands.

strengthening the legal system of the European organization.[13] The principle of loyal (sincere) cooperation could be found in almost all founding agreements and their revisions. However, there are exceptions. Namely, provisions on loyal cooperation were not contained in the Treaty on European Union and for a time that issue was an open question.[14] It was uncertain whether because of the absence of such provisions, modelled on the solutions from Arts. 5 and 10 of the European Economic Community Treaty (hereinafter: the EEC Treaty), the argument which supports the positions that the principle of primacy of the European organization could not be expanded to the third pillar of the Union, that is, Title VI of its founding act, was strengthened.[15]

Even Arts. I – V of the unsuccessful Constitutional Treaty of the EU contained the principle of loyal, that is, sincere cooperation, pursuant to which the member states were obligated to act in order to realize the goals of the organization and refrain from acting in a manner that could endanger or bring into questions those goals. As can be observed, provisions of Arts. I – V defined the mutual guarantees of the European Union and its member states, which, on one hand, had the purpose of protecting the national identity and differences of the member states and, on the other, had the purpose of securing the efficient operation of the organization.

The Lisbon solutions, more precisely Art. 4 (2) (3) of the Treaty of Lisbon[16], prescribed that pursuant to sincere cooperation and full mutual respect, the EU and its Members States shall assist each other in carrying out the tasks stemming from the Treaty. The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure the fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union. The Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives. The content of the listed provisions was not very different from the provisions of Art. 10 of the EEC Treaty, that is, they were almost identical.

---

[13] Klamert, M. (2014). *The Principle of Loyalty in EU Law*, edited by Paul Craig and Gráinne de Búrca. Oxford University Press, 9–20.

[14] Opinion of Advocate General Kokott in C-105/03 *Pupino,* ECLI:EU:C:2005:386, 21–22.

[15] Lorenzmeier, S. (2006). The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision1 of the European Court of Justice. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 12/2006, 583–588. Available at: https://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_12_97.pdf

[16] Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13, Art. 4 (3).

Art. 4 (3) of the Treaty of Lisbon (i.e., the prior Arts. 5 and 10 of the EEC Treaty) was formulated in a rather extensive manner, which contributes to the existence of a wide range of possible assessments regarding the behaviours of Member States. Consequently, it would be worthwhile to augment this provision in order to more precisely define the obligations of Member States. Namely, the Court of Justice in the *Schlűter* case[17] and in the other cases from 1973[18], abrogated the acknowledgement of the direct effect of the provisions of Art. 5, even though that effect could have been acknowledged given the fact that that provision had a link with provisions of Art. 107 of the Treaty. Namely, general advocate *VerLoren van Themaat* expressed the opinion in the *Leclerc* case[19] that Art. 5 represents more than a simple framework that is relevant exclusively in regards to determining other provisions of the Treaty.[20] This position of the advocate general is completely logical given that, as he himself states, Art. 5 contains two general duties and one proscription, whose existence is dependent on the duties and proscriptions prescribed by other provisions and measures adopted by the Community's institutions.

GENESIS VIA SELECTED CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

The Court of Justice of the European Union continually referred to the principle of loyal or sincere cooperation between Member States and the EU and the doctrine *'l effet utile*, that is, the useful effects and the efficacy of the law of the organization. The positions of the Court of Justice were and are related to the multilateral and "conflicting" sincere cooperation of Member States because they are the subjects of European Union law and the subjects of international law. The CJEU viewed the relationship between the law of the EU and national law from the aspect of the relationship between the principle of sincere cooperation, on one hand, and the protection of the constitutional identity of Member States as it relates to the principle of primacy of EU law, on the other.

[17] Judgement of 24 October 1974, *Schlüter,* C-9/73*,* ECLI:EU:C:1973:110. Also see: Judgement of 15 January 1986, C-44/84, *Hurd,* ECLI:EU:C:1986:2, p. 47–48.

[18] Judgement of 24 October 1973, *Rewe Zentral,* C-10/73, ECLI:EU:C:1973:111; Judgement of 30 April 1974, *Sacchi,* C-155/73, ECLI:EU:C:1974:40.

[19] Judgement of 29 January 1985, *Leclerc,* C-231/83, ECLI:EU:C:1985:29.

[20] Lang, J. T. (1986). Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice. *Fordham International Law Journal,* 10 (3), 505. Available at: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj

The principle of sincere cooperation is determined as the most important principle in the law of the EU, as the CJEU confirmed in the *Brasserie du Pêcheur* case, where this principle was qualified as inherent to the Community legal order,[21] but also in the *Commission of the European Communities v Portuguese Republic* case, wherein the CJEU determined that the principle of sincere cooperation is the basis of Art. 5 of the EEC Treaty.[22]

This is a type of principle that typically allows Member States a certain degree of discretionary power regarding the methods that will be utilized to achieve the contractual obligation. However, this discretionary leeway was not tolerated in certain cases, as in, for example, the *Thieffry* case[23], while in the *Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany* case[24], it was determined that Member States and the Union must cooperate in order to remove potential difficulties.

Typical examples of violations of laws of the organization through the violation of the principle of sincere cooperation can be identifies in the case law of the CJEU. One of those examples is the case of *Commission v Greece*[25] from the second half of the 1980s, which dealt with a situation where Greece, after it join the EU on January 1, 1981, did not honour the basic principle of sincere cooperation in its relationship with the Commission as an institution of the Community. More precisely, this country did not respond to the request of the Commission of European Communities to deliver specific information, so the Commission, pursuant to Art. 169 of the EEC Treaty, initiated proceedings before the CJEU due to a violation of Art. 5 of the Treaty. In the judgement, the Court noted:

> "The Greek Government's refusal to cooperate with the Commission prevented the latter from obtaining information about an administrative practice and from determining whether it gave rise to barriers to trade in olive oil. That lack of cooperation was particularly serious because it persisted before the Court. The Court cannot accomplish the task entrusted to it by Article 164 of the Treaty, namely ensuring that in the interpretation and application of the Treaty the law is observed, where a government does not comply with

[21] Judgement of 5 March 1996, *Brasserie du Pêcheur,* C-46/93 and C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, para. 39.

[22] Judgement of 27 June 2000, *Commission v Portuguese Republic,* C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345, para. 40.

[23] Judgement of 24 April 1977, *Thieffry,* C-71/76, ECLI:EU:C:1977:65.

[24] Judgement of 2 February 1989, *Commission v Germany,* C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46.

[25] Judgement of 22 September 1988, *Commission v Hellenic Republic,* C-272/86, ECLI:EU:C:1988:4335, para. 31.

its requests. The conduct of the Greek Government has therefore constituted in the present case a serious impediment to the administration of justice."[26]

In the same time period, via another *Commission v Greece* case[27], the CJEU noted that a violation of the principle of sincere cooperation would occur even if Member States failed to punish those that violated Community law, implying that the punishment should be equal to that which subjects that violate national law receive.[28]

During the 1990s, the basic principle of sincere cooperation was examined from the perspective of its relationship with the principle of discretion of national courts, as the basis for their examinatorial and developmental actions. The House of Lords of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland also explored this issue, whereby the role of national courts in regards to securing the principle of sincere cooperation and its protection was made clear. In particular, it was determined that the discretion of national law must be honoured up until it begins to negatively impact the efficacy of the law of the European organization, that is, sincere cooperation should be strengthened for mutual benefit. The CJEU was on the same track when it made judgements in the *Emmott*[29] and *Océano*[30] cases.

More recent case law of the CJEU also relates the principle of sincere cooperation with the concept of the rule of law, which contains some of the most important general legal principles that were identified by the CJEU, such as the principle of legal security, which exists in many legal systems and has several manifestation – the prohibition on retroactivity, acquired rights, the right to an efficient legal remedy, an independent judiciary, and the doctrine of legitimate expectations. As early as the *Les Verts* judgement[31], the CJEU noted that the European Community is "a community based on the rule of law." Namely, the key issue of the right to an effective legal remedy is still being raised, as was done in the historical *CILFIT* case[32]. In the *CILFIT* case, the CJEU determined that Art. 177 (3) of the EEC Treaty should be interpreted

[26] Judgement of 22 September 1988, *Commission v Hellenic Republic,* C-272/86, ECLI:EU:C:1988:4335, para. 31.

[27] *Ibid*., 24.

[28] Judgement of 21 September 1989, *Commission v Hellenic Republic,* C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339, para. 24.

[29] Judgement of 25 July 1991, C-208/90 *Theresa Emmott,* ECLI:EU:C:1991:333.

[30] Judgement of 27 June 2000, C-240/98 to C-244/98 *Grupo Editorial,* ECLI:EU:C:2000:346.

[31] Judgement of 23 April 1986, C-294/83 *"Les Verts",* ECLI:EU:C:1986:166, para. 23.

[32] Judgement 6 October 1982, C-283/81 *CILFIT* EU:C:1982:335, para. 21.

so as to mean that a national court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law is required, where a question of Community law is raised before it, to comply with its obligation to bring the matter before the CJEU, unless it has established that the question raised is irrelevant or that the Community provision in question has already been interpreted by the Court or that the correct application of Community law is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt. The existence of such a possibility must be interpreted in light of the specific characteristics of Community law, the particular difficulties of its interpretation, and the risk of the differences of court decisions within the Community. In more recent times, the issue of the right to an efficient legal remedy was raised in the *A.B. and Others v Krajowa Rada Sądownictwa and Others* case[33], where the Court of Justice decided, and by doing so remaining consistent with its prior decisions, that an infringement of this right creates an obligation for national courts, in this example Polish courts, to bring an application before the Court of Justice for a preliminary ruling.[34]

In the context of contributing to the understanding of the relationship between the concept of the rule of law and the basic principle of sincere cooperation, it should be noted that the conflict between Poland and the European Union in the area of the rule of law has been on-going since 2015 and that institutions of the European organization have and are attempting to act in favour of the independence of the judiciary in that country by utilizing different political, financial, and legal instruments. The conflict acquired a clear constitutional dimension when the Polish Constitutional Tribunal took part in the *European Commission v Republic of Poland* case[35]; it examined the question of the relationship between national and "European" law and the reach of the application of the basic principles on which the legal order of the EU rests, like the principle of primacy (supremacy) or the unilateral application of law of the EU in its Member States. The Constitutional Tribunal noted that it is the exclusive jurisdiction of the Member States to decide on the organization of their judicial apparatuses, that the attempts of the EU to impose duties regarding this issue are not legal, and that the principle of sincere cooperation from Art. 4 (3) of the Treaty on European Union and in relation to Art.

[33] Judgement of 2 March 2021, *Krajowa Rada,* C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153, pp. 39, 57, 58(2), 93 and 94.

[34] V. and other case law of the Court of Justice: Judgement of 16 January 1974, *Rheinmullen,* C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3, para. 4; Judgement of 22 June 2010, *Melki and Abdeli,* C-188/10 and C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, para. 42; Judgement of 5 April 2016, *Puligienica*, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199, para. 39.

[35] Judgement of 15 July 2021, *Commission v Republic of Poland*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

279 of the Treaty on the Functioning of the European Union that defines the general competence of the CJEU to impose temporary measures, cannot be applied to the decisions of the CJEU that are *ultra vires*. More precisely, the Constitutional Tribunal determined that such actions of the CJEU are not in harmony with Arts. 2[36], 7[37], 8.1[38], and 90.1[39] and in relation to Art. 4.1[40] of the Polish Constitution[41], and thus, as a result of the principles of primacy and direct application from paras. 1 – 3, Art. 9 of the Constitution, they cannot be applied in that specific case.[42] In a similar manner to the Czech Constitutional Court in the *Landtová* case[43], the Polish Constitutional Tribunal renounced the doctrinal concept of the CJEU on the absolute primacy of EU law, stressing that the Constitution is the highest legal act in the Polish legal system and that the relationship between national and "European" law is defined exclusively by it, which includes the question of the validity of EU law within the Polish legal system.

Shifting away from the unstable ground where the vertical conflict between the national courts of Poland and the Court of Justice of the European Union regarding the rule of law is taking place, we can point to the *Achmea*[44] case, wherein the CJEU concluded that it is up to the Member States to secure the application and following of EU laws based on the principle of cooperation within its territories, and to undertake all measures that would secure the fulfillment of the obligations that stem from the Treaty. Additionally, it is important that doctrine also took part in protecting the basic principles on which the EU rests, including the principle of sincere cooperation, when it was

[36] Art. 2: The Republic of Poland shall be a democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice.

[37] Art. 7: The organs of public authority shall function on the basis of, and within the limits of, the law.

[38] Art. 8.1: The Constitution shall be the supreme law of the Republic of Poland.

[39] Art. 90.1: The Republic of Poland may, by virtue of international agreements, delegate to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters.

[40] Art. 4.1: Supreme power in the Republic of Poland shall be vested in the Nation.

[41] The Constitution of the Republic of Poland, Journal of the Laws of the Republic of Poland, No. 78, Item 483, 1997. Available at: https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.html

[42] Judgement in the name of the Republic of Poland of 7 October 2021, Case Ref. No. K 3/21, sentence of the judgement. Available at: https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej

[43] Judgement of 22 June 2011, *Landtová,* C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415.

[44] Judgement of 6 March 2018, *Achmea,* C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

determined that those principles would not be infringed on by the provisions of the Energy Charter Treaty.[45]

Transitioning to the area of strictly international law[46], we should examine the *COTIF* case[47], wherein the Federal Republic of Germany, among other conclusions, noted that there was a violation of the principle of conferred competence from Art. 5 (2) of the Treaty on European Union, a breach of the obligation to state reason under Art. 296 of the Treaty of the Functioning of the European Union, and a violation of the principle of sincere cooperation from Art. 4 (3) of the Treaty on European Union, in conjunction with the principle of effective judicial protection. Germany reiterated that the principle of sincere cooperation not only binds Member States to undertake all actions necessary to ensure the application and effectiveness of EU law, but also prescribes for EU institution reciprocal duties of sincere cooperation with the Member States. The decision of the Council, the repeal of which was sought by Germany in a specific area, was in relation to an international agreement of mixed character; via that agreement, the EU and its Member States realize their rights as members of an international organization. This was the reason that Germany believed that when there is disagreement between a Member State and the EU regarding the delineation of competence, the institution of the EU should cooperate in good faith in order to clarify the situation and overcome the existing obstacles. Consequently, according to the position that Germany took, the EU's institutions infringed on the principle of sincere cooperation when they organized the proceedings that preceded the challenged decision of the Council and did not provide sufficient time to challenge it before the Court, before the effects the decision has are irreversible. In such a manner, according to Germany's estimate, the principle of effective judicial protection was also violated.

We should remind ourselves that the decade before the *COTIF* judgement was characterised by positive and negative marks of sincere cooperation,

[45] Odermatt, J. (2021). Is EU law international? – Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the autonomy of EU order, *Insight – European Papers,* 6 (3), 1255–1268.

[46] Certain authors, like Ramses Wessel, propose that the law of the European Union could be a unique branch of international law that is characterized by a detailed development of the link with national legal systems and where Member States express a higher degree of willingness to transfer their competences to this international organization. See: Wessel, R. (2018). *Studyng International and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests,* published in S. Garben and I. Govaere (eds.). *The Interface between International and EU Law*. Oxford: Hart Publishers, 2018.

[47] Judgement of 5 December 2017, *Germany v Council,* C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935, para. 94.

as it concerns international agreements, that were revealed in the judgments of the Court of Justice from 2005. Representatives are the cases *Commission v Germany (Inland Waterways)*[48] and *Commission v Luxembourg (Inland Waterways)*.[49] Countries, through the application of the principle of sincere cooperation, enabled the EU to realize its competences and thus became international "representatives" of the interests of the organization,[50] while the misunderstandings between the Member States and the Commission deepened.

THE SCOPE OF APPLICATION IN RELATION TO DIRECTIVES

Since the *Van Duyn*[51] и *Ratti*[52] cases, the CJEU noted the need for Member States to timely and in a disciplined manner fulfil their obligations contained in directives, as well as that they would not be able to refer to national regulations which are in opposition to this secondary source of law if this is not the case. The Declaration on the Implementation of Community Law, annexed to the Treaty on European Union, testifies to the importance of the timely transposition of directives in the process of European creation. Namely, it is the right of every Member State to select the means by which it will achieve the goals and results from a directive. This, however, does not exclude the right of an individual (a private or legal entity) to realize their rights before a court of a Member State when the content of those rights is clear and undoubtedly founded in the provisions of that formal source of law. Additionally, the position of the CJEU in the *Ratti* case, that the expiration of the prescribed period for the implementation of a directive is a condition for relying on its provisions, should be kept in mind. Moreover, when organizing their relationships with other subjects, states cannot rely on their own failures, such as the failure to implement a directive in a proper and encompassing way within the prescribed period. In the *Adeneler* case,[53] it was determined that

[48] Judgement of 14 July 2005, *Commission v Germany (Inland Waterways),* C-433/03, ECLI:EU:C:2005:462, para. 66.

[49] Judgement of 2 June 2005, *Commission v Luxembourg (Inland Waterways),* C-266/03, ECLI:EU: C:2005:341, para. 60.

[50] Larik, J. (2017). *Sincere Cooperation in the Common Commercial Policy: Lisbon, a "Joined-Up" Union, and "Brexit",* M. Bungenberg et al. (eds.). *European Yearbook of International Economic Law* 8, 90–91. DOI 10.1007/978-3-319-58832-2_4.

[51] Judgement of 4 December 1974, *Van Duyn,* C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133.

[52] Judgement of 5 April 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

[53] Judgement of 4 July 2006, *Adeneler*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, para. 123.

from the date upon which a directive has entered into force, the courts of a Member State must refrain as far as possible from interpreting domestic law in a manner which might seriously compromise, after the period for transposition has expired, attainment of the objective pursued by that directive. Regarding the national level, it should be noted that during the time period that the CJEU was deciding on the *Adeneler* case, the Constitutional Council of France took the position that the transposition of directives into the legal system of France is a "constitutional requirement".

In its activities, the Court of Justice counted on the support of EU citizens and the support of national courts. It expected to receive support from EU citizens as the purpose of a directive as a source of secondary law is to protect legal subjects from oversights in national regulations, while it is natural for courts to influence, through their activities, legislative and executive authorities in order to protect the subjective rights of legal subjects found in directives and that should be transpositioned into national legislation. Specifically, national courts have the right and duty to interpret national law and by doing so honour the principle of sincere cooperation, in order to fulfil the purpose of EU regulations during the interpretation.

Here, it would be worthwhile to mention the Directive on services in the internal market[54] as an interesting example that relates to the new Lisbon mechanism for imposing pecuniary fines due to an untimely transposition of this formal source of law. Further, the transposition and implementation of the Directive was the subject of 20 bilateral meetings between Member States and nine meetings of an expert group.[55]

All of the above implies that regarding timely transposition, achieving the goals from a directive, and its legal nature, since the time of the *Van Duyn* and *Ratti* cases, through the Treaty on European Union, the Draft Constitutional Treaty of the EU, the Directive on services in the internal market, up until today, the principle of sincere cooperation was not sufficiently utilized, which would indicate certain malformations in the relation of this principle and directives as sources of secondary law.

[54] Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJ L 376,* 27. 12. 2006, 36–68.

[55] Report from the Commission 27th Annual Report on Monitoring the Application of the EU Law, COM(2010) 538 final, Brussels, 1. 10. 2010, 5.

CONCLUSION

The basic principle of sincere cooperation belongs to the category of basic principles that are incorporated into the founding treaties of the European Union. It began to take form during the time of the European Coal and Steal Community, when the duty of loyal (sincere) cooperation was proclaimed. It acquired its content in the EEC Treaty, and that content was not significantly changed with revisions to the founding treaties or the Lisbon solutions.

In its essence, the basic principle of sincere cooperation entails the contract-based duty and decision by states to, taking into account all available means, act in such a way as to efficiently realize their duties that stem from EU law, as well as to refrain from undertaking activities that could jeopardize the goals of the European organization.

It can be concluded that the contractual provisions that define the principle of sincere cooperation are formulated in a rather non-specific manner; consequently, it would be beneficial to supplement them in order for the provisions to more precisely define the obligations of Member States and to lessen national differences, all with the purpose of realizing the goals of EU regulations, that is, in order for this principle to truly acquire a supranational dimension. This argument is supported by the identified typical examples of violations of EU regulations by Member States through the infringement of the principle of sincere cooperation – a lack of a vertical level of cooperation, issues relating to the discretionary assessments of national courts, the link between this principle and not honouring the concept of the rule of law by certain members, negative trends that exist during the conclusion of mixed international agreements, and the malformation between this principle and the directive as a source of formal EU law.

BIBLIOGRAPHY

Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously.* Cambridge: Harvard Univ. Press, 2nd edn.

Klamert, M. (2014). *The Principle of Loyalty in EU Law.* Oxford University Press.

Larik. J. (2017). Sincere Cooperation in the Common Commercial Policy: Lisbon, a "Joined-Up" Union, and "Brexit", M. Bungenberg et al. (eds.). *European Yearbook of International Economic Law,* 2017, 83–110.

Wessel, R. (2018). Studying International and European Law: Confronting Perspectives and Combining Interests, published in S. Garben and I. Govaere (Eds.). *The Interface between International and EU Law*. Oxford: Hart Publishers.

Articles

Dworkin, R. (1972). Social Rules and Legal Theory. *The Yale Law Journal,* 81 (5).

Glavina, M. (2020). To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 16. DOI: 10.3935/cyelp.16.2020.366

Lang, J. T. (1986). Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice. *Fordham International Law Journal,* 10 (3). Available at: http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj

Lorenzmeier, S. (2006). The Legal Effect of Framework Decisions – A Case-Note on the Pupino Decision1 of the European Court of Justice. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik,* 12/2006. Available at: https://www.zisonline.com/dat/artikel/2006_12_97.pdf

Lukić Radović, M. (2018). Lojalnost unutar Evropske unije – pravna ili samo politička obaveza. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 66 (3).

Odermatt J. (2021). Is EU law international? – Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the autonomy of EU order. *Insight – European Papers,* 6(3). DOI: 10.15166/2499-8249/522.

Van Iersel, D., Ramaglia Mota, C. G. (2022). Federalising tendencies of the Principle of Sincere Cooperation in the area of Common Foreign and Security Policy. *Warwick Undergraduate Law Journal*.

Regulations

The Constitution of the Republic of Poland, *Journal of the Laws of the Republic of Poland*, No. 78, Item 483, 1997.

Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJ L 376, 27., 12., 2006*, 36–68.

Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326/13, Art. 4(3).

Case law

Judgement of 5 February 1963, *Van Gend & Loos,* C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1.

Judgement of 15 July 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L,* C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

Judgement of 7 February 1974, *Commission v Italian Republic,* C-39/72, ECLI:EU:C:1973:13.

Judgement of 24 October 1974, *Schlüter,* C-9/73 , ECLI:EU:C:1973:110.

Judgement of 24 October 1973, *Rewe Zentral,* C-10/73, ECLI:EU:C:1973:111.

Judgement of 30 April 1974, *Sacchi,* C-155/73, ECLI:EU:C:1974:40.

Judgement of 16 January 1974, *Rheinmullen,* C-166/73, ECLI:EU:C:1974:3.

Judgement of 4 December 1974, *Van Duyn,* C-41/74, ECLI:EU:C:1974:133.

Judgement of 16 December 1976, *Rewe-Zentralfinanz,* C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188.

Judgement of 24 April 1977, *Thieffry,* C-71/76, ECLI:EU:C:1977:65.

Judgement of 5 April 1979, *Ratti*, C-148/78, ECLI:EU:C:1979:110.

Judgement of 6 October 1982, *CILFIT,* C-283/81, EU:C:1982:335.
Judgement of 29 January 1985, *Leclerc,* C-231/83, ECLI:EU:C:1985:29.
Judgement of 23 April 1986, *"Les Verts",* C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.
Judgement of 15 January 1986, *Hurd v Kenneth,* C-44/84*,* ECLI:EU:C:1986:2.
Judgement of 22 September 1988, *Commission v Hellenic Republic,* C-272/86, ECLI:EU:C:1988:433.
Judgement of 2 February 1989, *Commission v Germany,* C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46.
Judgement of 21 September 1989, *Commission v Hellenic Republic,* C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339.
Judgement of 19 November 1991, *Frankovich*, C-6/90 and C-9/90ECLI:EU:C:1991:428.
Judgement of 25 July 1991, *Emmott,* C – 208/90, ECLI:EU:C:1991:333.
Judgement of 5 March 1996, C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur,* ECLI:EU:C:1996:79.
Judgement of 27 June 2000, *Commission v Portuguese Republic*, C-404/97, ECLI:EU:C:2000:345.
Judgement of 27 June 2000, *Grupo Editorial,* C-240/98 to C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346.
Judgement of 14 July 2005, *Commission v Germany (Inland Waterways),* C-433/03, ECLI:EU:C:2005:462.
Judgement of 2 June 2005, *Commission v Luxembourg (Inland Waterways),* C-266/03, ECLI:EU: C:2005:341.
Judgement of 4 July 2006, *Adeneler*, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443.
Judgement of 22 June 2011, *Landtová,* C-399/09, ECLI:EU:C:2011:415.
Judgement of 22 June 2010, *Melki and Abdeli,* C-188/10 and C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.
Judgement of 5 April 2016, *Puligienica*, C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199.
Judgement of 5 December 2017, *Germany v Council,* C-600/14, ECLI:EU:C:2017:935.
Judgement of 6 March 2018, *Slowakische Republik v Achmea BV,* C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.
Judgement of 2 March 2021, *Krajowa Rada,* C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.
Judgement of 15 July 2021, *European Commission v Poland*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.
Opinion of Advocate General Kokott, *Pupino,* C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386.

Other documents

Report from the Commission 27th Annual Report on Monitoring the Application of the EU Law, COM(2010) 538 final, Brussels, 1. 10. 2010.

Originalni naučni rad
DOI: 10.5937/gakv95-39449
UDC 347.921.4(497.11)

Mirsen Alibašić[*]
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
ORCid: 0000-0003-3668-5534

POLOŽAJ BRANIOCA U POSTUPKU ZA IZRUČENJE U REPUBLICI SRBIJI[**]

SAŽETAK: Izručenje odnosno ekstradicija okrivljenog ili osuđenog je zakonom regulisan postupak kojim se omogućava vođenje krivičnog postupka i izvršenje krivične sankcije prema navedenim licima u drugoj državi. S obzirom na to da je zakonom regulisan postupak ekstradicije okrivljenog ili osuđenog, postavlja se pitanje položaja branioca u tom postupku. Primenom normativnog metoda u ovom radu, kroz analizu zakonskih odredaba i odredaba međunarodnih ugovora, na sistematski način je predstavljen položaj branioca u postupku ekstradicije u Republici Srbiji, odnosno njegova prava, obaveze i ovlašćenja u svakoj fazi tog postupka sa kritičkim osvrtom na pojedina zakonska rešenja. Takođe, predstavljeni su međunarodni standardi koji se odnose na ulogu i aktivnosti Komiteta protiv torture i Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa regulisanjem i primenom postupka ekstradicije i položaja branioca u tom postupku.

Ključne reči: branilac, advokat, ekstradicija, izručenje, predaja, krivični postupak

[*] email: mirsen.alibasic@hotmail.com, doktorand.
[**] Rad je primljen 16. 8. 2022, a prihvaćen je za objavljivanje 14. 9. 2022. godine.

UVOD

Položaj branioca u ekstradicionom postupku je neophodno analizirati i prezentovati istovremeno sa zakonskim odredbama kojima se reguliše celokupan postupak ekstradicije i određenim međunarodnopravnim standardima. Drugim rečima, bilo bi restriktivno govoriti o položaju branioca a pritom ne objasniti strukturu i značaj postupka ekstradicije. U tom slučaju neophodno je analizirati procesnu prirodu i značaj instituta odbrane i ekstradicije istovremeno i u uzajamnoj vezi.

Ekstradicija predstavlja izdavanje okrivljenih ili osuđenih lica državi na čijoj je teritoriji izvršeno krivično delo, na njeno izričito traženje.[1] Može da bude aktivna (kad domaća država traži izdavanje) i pasivna (kad domaća država odobrava izdavanje). Bez obzira na to o kojoj je reč, u teoriji nisu jedinstvena mišljenja u pogledu pravne prirode ekstradicije. Po jednoj grupi autora ekstradicija je institut međunarodnog krivičnog prava, a po drugoj radi se o institutu međunarodnog javnog prava ako je uređena ugovorima, odnosno konvencijama, a u odsustvu tih konvencija ona je institut materijalnog i procesnog prava i javnopravni akt državnih organa.[2] Ekstradicijom se reguliše, ne samo pravno, već i političko pitanje, posebno u slučajevima kada učinilac krivičnog dela, pre ili posle suđenja, u nameri da izbegne krivičnu odgovornost, napusti teritoriju države gde je delo učinjeno i pobegne u inostranstvo.[3] Koncept ekstradicije nije nova ideja, to je jedna od najstarijih institucija čije se poreklo može pratiti do prošlih civilizacija.[4]

Specifičnosti instituta ekstradicije otvaraju pitanje položaja i uloge branioca u tom postupku, odnosno uslovljavaju potrebu za analiziranjem važnosti i svrsishodnosti odredaba ekstradicionog postupka kojima se regulišu prava, obaveze i ovlašćenja branioca. Ovo pitanje je važno iz više razloga, najpre s aspekta poštovanja ustavnih prava i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava, zatim s aspekta pravičnog vođenja postupka, kao i s aspekta zakonskih propisa u smislu *de lege lata* i *de lege ferenda.* Kada je reč o pravnoj prirodi procesnog položaja branioca, u teoriji se pretežno ističu sledeća shvatanja: 1. branilac kao pomagač okrivljenog; 2. branilac kao zastupnik okrivljenog;

[1] Božić, V., Leštanin, B., Nikač, Ž. (2018). Ekstradicija kao vid međunarodne saradnje u izdavanju lica sa osvrtom na postupanje policije. U: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini* (ur. Vujović, O.). Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet u Prištini, 162.

[2] Radulović, D. (2012). Ekstradicija kao oblik međunarodne krivičnopravne saradnje. *Revija za kriminologiju i krivično pravo,* 50 (1–2), 146.

[3] Jovašević, D. (2018). Ekstradicija u pravu Republike Srbije. *Vojno delo*, 70 (6), 143.

[4] Stefanovska, V. (2016). Extradition as a tool of inter-state cooperation: Resolving issues about the obligation to extradite. *Journal of Liberty and International Affairs,* 2 (2), 39.

3. branilac kao lice koje pruža potporu i podršku okrivljenom tokom postupka; 4. branilac kao pomoćnik suda.[5] Od navedenih shvatanja, u postupku izručenja branilac se prvenstveno pojavljuje kao pomagač okrivljenog, u smislu da mu ukazuje i objašnjava njegova prava i obaveze, strukturu postupka i druge pravne i tehničke situacije, i na stručan način pred sudom u postupku obrazlaže relevantne navode lica čije se izručenje zahteva. Međutim, važno pitanje u pogledu uloge branioca u postupku izručenja jeste da li je odbrana, prema sadašnjem zakonskom rešenju i praksi sudova, u mogućnosti da efikasno istakne suštinske navode koji se tiču procesnog položaja i fizičkog tretmana okrivljenog u zemlji koja je tražila izručenje, u skladu sa čl. 3. i 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima.[6] Odbrana ne može da se osloni na garancije koje (barem načelno) sadrži zakon kojim se reguliše krivični postupak, a tiču se osnovnih prava odbrane i prava na žalbu,[7] međutim, branilac može ukazati postupajućem sudu na potencijalno kršenje prava iz navedene Evropske konvencije o ljudskim pravima, s obzirom da je Republika Srbija potpisnica navedene konvencije čije se odredbe neposredno primenjuju u pravnom sistemu Republike Srbije. Tako, na primer, čl. 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima garantuje pravo na pravično suđenje, što između ostalog podrazumeva i pravo na odbranu u smislu vremena i mogućnosti za njeno pripremanje i pravo na branioca, a kršenje ovog prava može biti razlog za donošenje odluke kojom se odbija izručenje.[8] Međutim, u teoriji postoje određeni zaključci da su procesne delatnosti advokata vrlo raznovrsne i da to doprinosi urednosti procesne forme i donošenju pravične odluke u vezi sa vođenjem krivičnog postupka.[9]

[5] Cakić, S. (2017). *Položaj branioca u krivičnom postupku*, masterski rad. Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 12.

[6] Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izmenjena u skladu sa protokolom br. 11, ratifikovana 2003. godine – EKLJP ili Evropska konvencija, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05, 7/05. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/10.

[7] Hrle, V. (2020). Primena standarda i garancija iz čl. 3. i 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u postupku ekstradicije. *Branič*, 133 (1), 49.

[8] Bajović, V. (2021). Razlozi za odbijanje ekstradicije u praksi evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. U: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Ignjatović, Đ.). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 263–266.

[9] Više o tome: Монастирська, В. Ю. (2019). *Повноваження адвоката при здійсненні видачи (екстрадиції) особи*. Юридична наук, 102 (12), 377.

PRAVNI OKVIR EKSTRADICIJE I ANGAŽOVANJA BRANIOCA U POSTUPKU ZA IZRUČENJE

Propisi koji se odnose na postupak ekstradicije i angažovanja branioca su uglavnom procesne prirode s obzirom na to da su sastavni deo i predmet zakona kojima se reguliše vođenje krivičnog postupka i postupka pružanja međunarodne pomoći u krivičnim stvarima. U tom smislu je važno predstaviti relevantne zakonske akte i međunarodne ugovore, njihovo važenje i međusobni odnos, kako bi se moglo potpunije i istovremeno sagledati priroda i uzajamna povezanost propisa koji se odnose na postupak ekstradicije i angažovanje i postupanje branioca, kao i eventualni *de facto* i *de iure* problemi koji mogu proizaći iz takve uzajamne povezanosti.

Zakonski propisi

Ekstradicija predstavlja jedan od oblika pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći i kao takav uređen je Zakonom o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima Republike Srbije (u daljem tekstu: ZMPPKS)[10]. Pod ekstradicijom se u smislu ovog propisa podrazumeva izručenje okrivljenog drugoj državi radi vođenja krivičnog postupka ili osuđenog radi izvršenja krivične sankcije (čl. 13. ZMPPKS). Osnovne odredbe ZMPPKS-a odnose se na sve oblike pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima pa samim tim i na postupak ekstradicije.[11] Prema istom zakonu odredbe koje se odnose samo na postupak ekstradicije su određene čl. 13–40, među kojima su odredbe materijalnopravnog karaktera i odnose se na predmet izručenja i pretpostavke za izručenje, a koje se ne tiču položaja branioca i njima se ne reguliše niti materijalnopravna, niti procesnopravna uloga branioca u postupku ekstradicije.[12] Važno je istaći da Ustav Republike Srbije (u daljem tekstu:

[10] Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima RS, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009.

[11] Drugi oblici pružanja međunarodne pravne pomoći koji se regulišu istim zakonom – ZMPPKS-om su preuzimanje i ustupanje krivičnog gonjenja, izvršenje krivične presude i ostali oblici procesnog karaktera u smislu čl. 2. ZMPPKS-a.

[12] Prema čl. 13, 14. i 15. ZMPPKS-a predmet izručenja kao oblika međunarodne krivičnopravne pomoći jeste izručenje radi vođenja krivičnog postupka ili izvršenja krivične sankcije, i to samo za krivično delo zbog kojeg se podnosi zamolnica za izručenje. U čl. 16. navedenog zakona određuju se pretpostavke za izručenje lica stranoj državi, a to su da lice čije se izručenje zahteva nije državljanin R. Srbije, da krivično delo za koje se zahteva izručenje nije učinjeno na teritoriji R. Srbije, ili protiv nje ili njenih državljana, da se u R. Srbiji ne vodi postupak u vezi sa istim krivičnim delom za isto lice, da je utvrđena istovetnost lica čije se izručenje zahteva, da ima dovoljno dokaza za osnovanu sumnju da je lice čije se izručenje

Ustav)[13] ne sadrži odredbe koje se direktno tiču postupka ekstradicije odnosno izručenja, ali sadrži odredbe koji se tiču krivičnog postupka i prava okrivljenih i osuđenih lica. Takođe, u Ustavu ne postoje bilo kakva ograničenja u pogledu zabrane izručenja domaćih državljana, za razliku od ranijih ustava koji su važili pre 2006. godine,[14] međutim, to pitanje se postavilo kao sporno prilikom zaključenja i ratifikacije bilateralnog ugovora o izručenju sa Sjedinjenim Američkim Državama,[15] gde je Ministarstvo Republike Srbije negodovalo da se omogući izručenje domaćih državljana SAD-u, ali je na kraju u navedenom ugovoru uneta odredba da državljanstvo neće biti osnov za odbijanje izručenja.

Položaj branioca uređen je najpre Ustavom, a potom i zakonima kojima se reguliše vođenje krivičnog postupka, prevashodno Zakonikom o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP).[16] Ustav propisuje da se jemči pravo na pravnu pomoć i da pravnu pomoć pruža advokatura (čl. 67. Ustava), zatim da se licu lišenom slobode bez odluke suda garantuje pravo da ne bude saslušan bez prisustva branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu besplatno pružiti pravnu pomoć ako ne može da je plati (čl. 29, st. 1. Ustava), i da svako ko je okrivljen ima pravo na branioca, a u slučaju da ne može da snosi troškove branioca, ima pravo na besplatnog branioca ako je to u interesu pravičnosti (čl. 33, st. 3. Ustava), kao i da preko svog branioca izvodi dokaze u krivičnom postupku (čl. 33, st. 5. Ustava). Uloga branioca, koja se garantuje Ustavom, bliže i detaljnije je određena odredbama ZKP-a, ali se u pogledu pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći u ZMPPKS-u nalaze dodatne odredbe koje upućuju na ulogu i položaj branioca, s tim što se odredbe ZKP-a supsidijarno primenjuju u slučaju da ZMPPKS-om nije drugačije određeno.[17]

---

zahteva učinilo krivično delo za koje se tereti odnosno za koje je osuđen, i još tri dodatna uslova: da postoje uslovi za ponavljanje krivičnog postupka ako se traži izručenje lica za krivično delo za koje je već pravnosnažno osuđen u R. Srbiji, da će se u slučaju osude u odsustvu postupak ponoviti u prisustvu lica čije se izručenje zahteva, i da se ne izrekne smrtna kazna za krivično delo koje je predmet izručenja i za koje je prema pravu države molilje zaprećena smrtna kazna. Sve ove odredbe ne upućuju na bilo kakav položaj i ulogu branioca.

[13] Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS,* br. 98/2006. i 115/2021.

[14] Škulić, M. (2020). *Međunarodno krivično pravo.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 513.

[15] Zakon o potvrđivanju ugovora između Republike Srbije i Sjedinjenih Američkih Država o izručenju, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 2/2019.

[16] Zakon o krivičnom postupku RS, *Službeni glasnik RS,* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021. – odluka US i 62/2021. – odluka US.

[17] Ovde se u načelu ukazuje da se položaj branioca tiče samo krivičnog postupka, a svrha pružanja međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima se takođe tiče vođenja krivičnog postupka ili izvršenja krivične sankcije. Međutim, u pozitivnom pravnom sistemu Republike Srbije položaj branioca se reguliše i Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br.85/2005, kao i

Cilj i svrha krivičnog postupka, koji se uređuje ZKP-om, jeste rešavanje *cause criminalis* odnosno predmeta krivičnog postupka povodom čega sud donosi određene odluke,[18] a svrha ekstradicije, pored izvršenja krivične sankcije, jeste i vođenje krivičnog postupka.

Prethodno navedeni propisi, koji se odnose na ekstradiciju i položaj branioca, ukazuju na to da postoji njihova uzajamna povezanost koja je „upućujućeg" karaktera u smislu da Ustav garantuje opšta prava koja se detaljnije regulišu zakonima, a da ZMPPKS u čl. 1. ukazuje na prioritet primene potvrđenih međunarodnih ugovora i u čl. 12. upućuje na primenu ZKP-a, pa se na taj način ne može govoriti o jedinstvenom opštem zakonskom aktu koji detaljno i potpuno reguliše položaj branioca u postupku ekstradicije u R. Srbiji. Međutim, može se govoriti o doslednosti principu zakonitosti u smislu da se sprovođenje postupka ekstradicije i uloga branioca u tom postupku ostvaruju dosledno i u skladu sa prethodno propisanim zakonskim odredbama, a ne proizvoljno na osnovu običaja, sudske prakse ili primenom analogije. Doslednost principu zakonitosti je karakteristika evropsko-kontinentalnog pravnog sistema koji je razvijen u smislu regulative i u Republici Srbiji gde se većina pravno relevantnih odnosa uređuje normama u formi zakona i drugih opštih akata koje donose organi zakonodavne i izvršne vlasti.[19]

Odredbe međunarodnih ugovora

Ekstradicija kao oblik pružanja međunarodne pomoći u krivičnim stvarima je predmet regulisanja međunarodnih ugovora. Ugovor o ekstradiciji može biti bilateralni – između dve države, regionalni – između više država određenog regiona i multilateralni – koji se zaključuje između svih država ili većeg broja država.[20] Na međunarodnom nivou od važnosti je Evropska konvencija o ekstradiciji koja je ratifikovana od strane Savezne Republike Jugoslavije i Konvencija o transferu osuđenih lica, čiji su dodatni protokoli kasnije takođe ratifikovani odnosno prihvaćeni i potvrđeni i važe kao deo našeg sadašnjeg nacionalnog pravnog sistema.[21] Međunarodni ugovori koji se tiču pružanja pravne pomoći

Zakonom o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016. – odluka US, 91/2019. i 91/2019. – dr. zakon, gde takođe ZKP ima supsidijarnu primenu.

[18] Škulić, M. (2019). *Krivično procesno pravo.* Beograd: Službeni glasnik, 125.

[19] Nikolić, D. (2009). Elementi sudskog prava u pravnom sistemu Srbije i Evropske unije. U: *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* (ur. Jovanović, M., Boškov, Ž. i dr.). Novi Sad: Matica srpska, 7.

[20] Jovašević, D. (2018). Ekstradicija i azil u svetlu zaštite ljudskih prava migranata. *Institut za kriminološka i sociološka istraživanja*, 37 (2), 153.

[21] Zakon o potvrđivanju evropske konvencije o ekstradiciji sa dodatnim protokolima RS, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 10/2001. i *Službeni glasnik RS*

u krivičnim stvarima uglavnom ne sadrže posebne odredbe koje se tiču uloge i položaja branilaca, ali se njima može regulisati položaj branioca.[22] Potvrđeni međunarodni ugovori, koji u primeni imaju prioritet u odnosu na druge zakone u pogledu pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći, moraju biti u skladu s Ustavom.[23] Ovo je od važnosti s obzirom na to da se postupak pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći prvenstveno ostvaruje prema pravilima propisanim u potvrđenom međunarodnom ugovoru, a supsidijarno zakonom ako ne postoji takav ugovor ili ako njime nisu regulisana određena pitanja.[24] Osim prethodno navedene Evropske konvencije o ekstradiciji i Konvencije o transferu osuđenih lica sa dodatnim protokolima, R. Srbija je zaključila veći broj bilateralnih ugovora o izručenju sa pojedinim stranim državama, međutim njima se ne reguliše položaj branioca na direktan način, već se u pogledu njegovog položaja i drugih situacija upućuje na primenu prava države koja izručuje određeno lice (u daljem tekstu: zamoljena država).[25] S obzirom na sličnu sadr-

– *Međunarodni ugovori* br. 12/2010. i Zakon o potvrđivanju konvencije o transferu osuđenih lica sa dodatnim protokolom RS, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/2001.

[22] Primer da se međunarodnim ugovorom reguliše položaj branioca prilikom pružanja međunarodne krivičnopravne pomoći jeste Zakon o potvrđivanju ugovora između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2010, gde se u čl. 2, st. 4. propisuje da advokati upisani u advokatski imenik u jednoj od država ugovornica, mogu zastupati stranke u postupcima pred sudovima i drugim nadležnim organima druge države ugovornice.

[23] Radi primene međunarodnih ugovora i konvencija u R. Srbiji, isti moraju biti u skladu sa Ustavom i prihvaćeni odnosno potvrđeni zakonom kako je to određeno ustavnom odredbom u čl. 16. Ustava R. Srbije.

[24] Škulić, M. (2020). *Međunarodno krivično pravo.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 507.

[25] Tako na primer, Uredbom o ratifikaciji sporazuma između SFRJ i Savezne Republike Nemačke o izdavanju od 1976. godine (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 17/76) u čl. 33. propisuje da će se na postupak izručenja i pritvaranja primeniti pravo zamoljene države. Na vrlo sličan način je regulisana ekstradicija ratifikovanim Ugovorom o izdavanju između SFRJ i Republike Austrije od 1983. godine (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/83), kojim se, u pogledu sprovođenja postupka u vezi sa izdavanjem i pritvaranjem, takođe upućuje da će se primeniti pravo zamoljene države. Ratifikovani Ugovor između Republike Srbije i Republike Hrvatske o izručenju (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 13/10), zatim Ugovor o izručenju između Republike Srbije i Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 16/2014, imaju istovetnu sadržinu kao i prethodno navedeni ugovori s Austrijom i Nemačkom, i takođe ni u njima ne postoje posebne odredbe koje se odnose na branioce. Međutim, Međunarodni ugovor o pomoći u građanskim i krivičnim stvarima između Republike Srbije i Republike Crne Gore, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/10, u čl. 2, st. 4. propisuje da advokati, koji su upisani u advokatski imenik u jednoj od država ugovornica, mogu da zastupaju stranke u postupcima pred sudovima i drugim nadležnim organima druge države ugovornice, što je od važnosti za položaj branioca, naročito uzevši u obzir odredbu čl. 23. Međunarodnog ugovora o izručenju između Republike Srbije i Republike Crne Gore,

žinu odredaba bilateralnih ugovora o izručenju, evidentno je da postoji jedan međunarodni standard u pogledu njihove sadržine odnosno propisa koji se odnose na postupak ekstradicije. Sa druge strane, Ustavom i zakonima R. Srbije nije isključena mogućnost da se međunarodnim ugovorima bliže reguliše položaj i uloga branioca u postupku izručenja.

U vezi sa međunarodnim propisima, kojima se regulišu angažovanje i položaj branica, najpre Evropskom konvencijom o ljudskim pravima koju je Republika Srbija potvrdila zajedno sa dodatnim protokolima, osim protokola 16,[26] u čl. 6, st. 3. t. (c), garantuje se pravo okrivljenog na branioca i na besplatnog branioca. S tim u vezi sprovođenje postupka sa ograničavanjem prava na odbranu ili onemogućavanjem komunikacije sa braniocem mogu biti razlozi za nepravično vođenje postupka,[27] međutim, u praksi Evropskog suda za ljudska prava zauzet je stav da se navedeni čl. 6. ne primenjuje na procesne garancije prilikom izručenja.[28] Pravo na odbranu je regulisano i drugim međunarodnim ugovorima koji su ratifikovani u nacionalnom pravnom sistemu Republike Srbije, poput Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima[29] u čl. 14, st. 3, t. b, kao i Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima[30] u čl. 11, st. 1. koji su od velikog značaja i važnosti u međunarodnoj zajednici.

Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 1/11, kojom se, takođe kao u prethodno navedenim ugovorima, upućuje da će se u vezi sa postupkom pritvaranja i izručenja primeniti pravo zamoljene države.

[26] Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima (*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005. i 7/2005. – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010. i 10/2015), dostupno na internet adresi https://www.paragraf.rs/propisi/zakon-ratifikaciji-evropske-konvencije-ljudska-prava-osnovne-slobode.html, pristupljeno dana 21. 5. 2022. godine.

[27] Kamber, K. (2014). *Izručenje u kontekstu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.* Ghent: Univerziteit Gent, 20.

[28] U prilog navedenoj tvrdnji da ne postoji jedinstveno stanovište o pravnoj prirodi ekstradicije govori i praksa Evropskog suda za ljudska prava, iz nekoliko predmeta. Od posebnog je značaja stav koji je sud zauzeo u presudama *Maouia protiv Francuske* i *Matmakulov i Askarov protiv Turske*. Naime, sud je, u predmetu *Matmakulov*, pozivajući se na prethodni stav iz presude *Maouia*, izgradio pravno stanovište da je postupak ekstradicije (u zemlji u kojoj se sprovodi taj postupak, a po zahtevu zemlje molilje), zapravo postupak u vezi sa ulaskom, boravkom, i udaljavanjem stranca iz zemlje, i da kao takav ne može biti predmet zaštite koju predviđa čl. 6. Evropske konvencije, s obzirom da se u njemu ne odlučuje o krivičnoj optužbi protiv okrivljenog: Hrle, V. (2020). Primena standarda i garancija iz čl. 3. i 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u postupku ekstradicije. *Branič*, 133 (1), 52.

[29] Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/1971.

[30] Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, dostupna na internet adresi https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights, pristupljeno 23. 7. 2022.

EKSTRADICIONI POSTUPAK I POSTUPANJE BRANIOCA

Pregledan i koherentan pristup pitanju položaja branioca u postupku ekstradicije podrazumeva razmatranje i prikaz njegovih prava, ovlašćenja i dužnosti, od početka pa do kraja postupka, kako je to uređeno ZMPPKS-om. To se pre svega odnosi na postupak izručenja lica stranoj državi (državi molilji), ali se istim zakonom uređuju i uslovi odnosno pretpostavke za izručenje okrivljenog ili osuđenog R. Srbiji.[31] ZMPPKS predviđa da se postupak ekstradicije odvija u tri faze, a to su postupak pred istražnim sudijom (čl. 18–26), postupak pred vanpretresnim većem (čl. 27–30) i postupak pred ministrom (čl. 31–37), a u ovom radu će se predstaviti položaj branioca u svakoj od navedenih faza postupka.

Postupak pred istražnim sudijom

Izručenje okrivljenog ili osuđenog stranoj državi započinje na osnovu uredne zamolnice koju strana država upućuje Republici Srbiji i koja se preko ministarstva nadležnog za pravosuđe dostavlja sudu na čijem području boravi ili se zatekne lice čije se izručenje traži. Postupak izručenja može početi i u slučaju pritvaranja pre zamolnice, o čemu će kasnije biti više reči. Urednu sadržinu zamolnice proverava nadležni organ zamoljene države kome je zamolnica upućena, koji može vratiti zamolnicu radi dopune ili ispravke, uz određivanje roka koji ne može biti duži od dva meseca.[32] Ukoliko je mesto boravka lica čije

[31] Uslovi za izručenje R. Srbiji jesu pretpostavke za izručenje stranoj državi određene u čl. 16. ZMPPKS-a, o kojima je bilo ranije reči, i opšte pretpostavke za pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći određene u čl. 7. ZMPPKS-a: da je delo za koje se zahteva izručenje kažnjivo i prema pravu R. Srbije, da nije presuđena stvar u smislu principa *ne bis in idem*, da nije nastupila zastarelost ili nije data amnestija ili pomilovanje, da nije u pitanju političko krivično delo ili delo koje se sastoji u povredi vojnih dužnosti i ako pružanje međunarodne pravne pomoći ne bi povredilo suverenitet, bezbednost, javni poredak ili druge interese od suštinskog značaja za R. Srbiju. Zatim, prema čl. 38, st. 1. ZMPPKS-a uslovi za izručenje R. Srbiji jesu ako se protiv lica koje se nalazi u stranoj državi pred domaćim sudom vodi krivični postupak ili mu je domaći sud pravnosnažnom odlukom izrekao krivičnu sankciju.

[32] Urednost zamolnice je bliže propisana u čl. 5. ZMPPKS-a, gde je potrebno da zamolnica sadrži naziv organa koji je sačinio zamolnicu; naziv organa kome se zamolnica upućuje, a ukoliko nije poznat njegov tačan naziv, oznaku „nadležni državni organ“, uz naziv zamoljene države; pravni osnov za pružanje međunarodne pravne pomoći; oznaku krivičnog predmeta, zakonski naziv krivičnog dela, tekst odgovarajuće odredbe zakona i sažet opis činjeničnog stanja; opis radnje međunarodne pravne pomoći koja se traži i razlog za podnošenje zamolnice; podatke o državljanstvu i druge lične podatke lica, odnosno naziv i sedište pravnog lica u odnosu na koje se traži međunarodna pravna pomoć, kao i njegovo

se izručenje zahteva nepoznato, policija utvrđuje gde se to lice nalazi, a istražni sudija će, pod uslovom da je zamolnica podneta u skladu sa čl. 5. i čl. 15, izdati naredbu za dovođenje koju će policija sprovesti odmah (čl. 18. ZMPPKS).[33] Uloga policije u ovom slučaju je važna za hitno i pravovremeno lociranje traženih lica i njihovo lišenje slobode.[34] Na zahtev države molilje istražni sudija može da naredi pretresanje lica čije se izručenje zahteva i prostorija u kojima to lice boravi (čl. 19, st. 1. ZMPPKS).[35] Na pretresanje će se primeniti odredbe ZKP-a, odnosno držalac ili lice na kome će se pretresanje preduzeti poučiće se da ima pravo da uzme advokata, odnosno branioca koji može prisustvovati pretresanju. Ako držalac ili lice na kome će se pretresanje preduzeti zahteva prisustvo advokata, odnosno branioca, početak pretresanja će se odložiti do njegovog dolaska, a najduže za tri časa. Izuzetno, pretresanje će se obaviti bez pouke prava na branioca i prisustva branioca ukoliko se pretpostavlja oružani otpor ili druga vrsta nasilja, ili se očigledno priprema ili je otpočelo uništavanje važnih tragova i predmeta, ili je držalac prostorija nedostupan (čl. 156, st. 2. i 3. ZKP). Nakon dovođenja istražni sudija će najpre utvrditi istovetnost lica čije se izručenje zahteva i potom ga obavestiti o razlozima njegovog dovođenja i dokazima na osnovu kojih se zahteva njegovo izručenje, i poučiti o njegovim pravima. Jedno od tih prava je i pravo da može da uzme branioca i da branilac prisustvuje njegovom saslušanju (čl. 20, st. 1. ZMPPKS-a).[36] Uko-

---

svojstvo u postupku; druge podatke koji mogu biti od značaja za postupanje po zamolnici. Zamolnica, kao i pismena koje dostavljaju pravosudni i drugi nadležni organi moraju biti potpisani i overeni od strane nadležnog organa. Zamolnica i pismena dostavljaju se sa prevodom na jezik zamoljene države ili prevodom na engleski jezik. Prevod mora biti overen od strane sudskog tumača.

[33] Zakonskim odredbama nije regulisano postupanje policijskog organa u smislu saslušanja lica čije se izručenje zahteva, već se samo navodi da će policija odmah izvršiti naredbu suda o dovođenju radi saslušanja pred istražnim sudijom. Stoga se pretpostavlja da se saslušanje pred policijskim organom i pred javnim tužilaštvom ne obavlja u postupku ekstradicije, već samo pred istražnim sudijom, pa je u tom slučaju uloga branioca istovetna kao i kod saslušanja drugih okrivljenih pred policijom ili pred javnim tužilaštvom koji postupci se ne tiču ekstradicije.

[34] Gajić, Z., Spasić, D. (2014). Ekstradicija i postupanje policije sa stranom međunarodnom poternicom. *Bezbednost,* 5 (1), 155.

[35] Pretresanje na zahtev države molilje je bliže regulisano u čl. 19. ZMPPKS-a. Predmeti krivičnog dela pronađeni prilikom pretresanja i imovinska korist pribavljena krivičnim delom privremeno će se oduzeti od lica čije izručenje se zahteva. Privremeno oduzimanje traje do donošenja odluke o pritvoru ili drugoj meri za obezbeđenje prisustva lica čije izručenje se zahteva, ali najduže 48 sati od njegovog privođenja. Ako se predmeti obavezno oduzimaju po zakonu Republike Srbije, istražni sudija ih privremeno može predati državi molilji uz uslov da budu vraćeni u roku koji on odredi. U slučaju da izručenje bude dozvoljeno, predmeti i imovinska korist predaju se državi molilji (čl. 19, st. 2, 3. i 4. ZMPPKS)

[36] U ovom slučaju uloga branioca je zahtevnija s obzirom da istražni sudija pri saslušanju proverava sve navode iz zamolnice, utvrđuje istovetnost lica čije se izručenje

liko se lice, čije se izručenje zahteva, odrekne prava na branioca ili ukoliko ga ne obezbedi u roku od 24 časa od kada je poučeno o tom pravu, biće mu postavljen branilac po službenoj dužnosti (čl. 20, st. 2. ZMPPKS). Saslušanju lica čije se izručenje zahteva o svim okolnostima bitnim za utvrđivanje postojanja pretpostavki za izručenje, a naročito o ličnim prilikama, državljanstvu, odnosu prema državi molilji i zahtevu za izručenje, prisustvovaće branilac zajedno sa prethodno obaveštenim javnim tužiocem (čl. 21. ZMPPKS). Nakon saslušanja istražni sudija može odrediti pritvor licu čije se izručenje traži ili drugu meru kojom se obezbeđuje njegovo prisustvo: 1) ako postoje okolnosti koje ukazuju na to da će se lice čije izručenje se zahteva sakriti ili pobeći i 2) ako postoje okolnosti koje ukazuju na to da će lice čije izručenje se zahteva ometati prikupljanje dokaza u postupku izručenja ili u krivičnom postupku pred sudom države molilje (čl. 22, st. 1. ZMPPKS-a).[37] U hitnim slučajevima nadležni organ države molilje može podneti zahtev za pritvaranje pre podnošenja zamolnice. Zahtev sadrži: 1) podatke potrebne za utvrđivanje istovetnosti lica čije izručenje će biti zatraženo; 2) činjenični opis i pravnu kvalifikaciju dela; 3) izjavu nadležnog organa države molilje o postojanju sudske odluke ili optužnog akta iz čl. 15, t. 3) ZMPPKS-a; 4) izjavu da će biti podneta zamolnica. Zahtev se domaćem pravosudnom organu ili policiji može podneti neposredno, preko ministarstva nadležnog za pravosuđe ili preko Međunarodne organizacije kriminalističke policije (INTERPOL). Pod uslovom uzajamnosti, raspisana međunarodna poternica se smatra zahtevom (čl. 24. ZMPPKS). Policija lišava slobode lice na koje se odnosi zahtev iz čl. 24. ovog zakona i odmah ga sprovodi istražnom sudiji. Kada ustanovi istovetnost dovedenog lica, istražni sudija ga obaveštava o razlogu dovođenja i poučava ga o pravima iz čl. 20, st. 1, t. 1. do 4) ZMPPKS-a. Ako se lice čije izručenje se zahteva odrekne prava na branioca ili ako ga ne obezbedi u roku od 24 sata od kada je poučeno o tome, biće mu postavljen branilac po službenoj dužnosti (čl. 25. ZMPPKS). Nakon saslušanja dovedenog lica istražni sudija može odrediti pritvor. Rešenje o određivanju pritvora i pouku o roku za podnošenje zamolnice istražni sudija bez odlaganja dostavlja nadležnom organu države molilje u skladu sa čl. 24, st. 3. navedenog zakona, o čemu obaveštava javnog tužioca. Ako je dostava

zahteva, a takođe može doneti odluku o pritvoru i naredbu o pretresu, a branilac mora u najkraćem roku biti upoznat sa svim činjenicama koje su od važnosti za saslušanje, kako bi mogao dosledno da pruži stručnu pomoć licu čije se izručenje zahteva.

[37] Pritvor može trajati najduže do izvršenja odluke o izručenju, ali ne duže od godinu dana od dana pritvaranja lica čije izručenje se zahteva. Po isteku svaka dva meseca od pravnosnažnosti rešenja o određivanju pritvora sud po službenoj dužnosti ispituje da li postoje razlozi za produženje ili ukidanje pritvora. Ako to opravdavaju posebni razlozi, istražni sudija može umesto pritvora odrediti drugu meru za obezbeđenje prisustva lica čije izručenje se zahteva (čl. 22, st. 3. i 4. ZMPPKS-a).

izvršena neposredno ili preko Međunarodne organizacije kriminalističke policije (Interpol), obaveštava se i ministarstvo nadležno za pravosuđe. Istražni sudija će ukinuti pritvor: 1) ako nadležni organ države molilje ne podnese zamolnicu u roku od 18 dana od dana pritvaranja; 2) ako prestanu razlozi zbog kojih je određen pritvor. Na zahtev nadležnog organa države molilje istražni sudija može da produži prethodno navedeni rok najviše do 40 dana od dana pritvaranja. Ako zamolnica ne bude podneta u propisanom odnosno određenom roku, lice se može ponovo pritvoriti jedino na osnovu čl. 22. ovog zakona (čl. 26. ZMPPKS). Istražni sudija će preduzeti odgovarajuće radnje radi utvrđivanja da li postoje pretpostavke za izručenje i dostaviti spise predmeta veću od troje sudija – vanpretresnom veću (čl. 23, st. 1. i 3. ZMPPKS).

U ovoj fazi postupka za izručenje pred istražnim sudijom, shodno čl. 71. ZKP-a, branilac će se, pre saslušanja lica čije se izručenje zahteva, upoznati sa sudskim predmetom i obaviti poverljivi razgovor, zatim branilac može podnositi podneske postupajućem sudu, prikupljati i dostavljati dokaze sudiji, predlagati da se pribave određeni dokazi (najčešće dokumentacija iz strane države) i predložiti da se nakon pribavljanja celokupne dokumentacije osumnjičeni ponovo sasluša i da mu se omogući da se izjasni na tu dokumentaciju i eventualno dopuni svoju izjavu.[38] U vezi sa određivanjem pritvora, delovanje branioca je usmereno na ukazivanje na okolnosti da se svrha pritvaranja može ostvariti blažom merom[39] ili da su prestali da postoje uslovi za određivanje pritvora, uz predlog da se pritvor ukine i eventualno zameni blažom merom. Kako ZMPPKS nigde ne propisuje mogućnost izjavljivanja žalbe na odluku o pritvoru, primenjuje se čl. 214. ZKP-a. Takođe, tokom saslušanja branilac može ukazati na važne činjenice i predložiti pribavljanje i izvođenje određenih dokaza u skladu sa čl. 68, st. 1, t. 9. ZKP-a, kojima se može dovesti u pitanje da li postoje pretpostavke za pružanje međunarodne pravne pomoći i

[38] U Zahtevu za zaštitu zakonitosti, po osnovu kojeg je Vrhovni kasacini sud Republike Srbije doneo odluku Kzz. 602/2019 od 19. 6. 2019. godine, branilac je naveo da je priložena dokumentacija uz molbu za izručenje nedovoljna i da nisu priloženi dokazi o postojanju osnovane sumnje da je okrivljeni učinio krivično delo povodom kojeg se zahteva njegovo izručenje. Ove navode je branilac isticao i pred prvostepenim i pred drugostepenim sudom. Navedena odluka Vrhovnog kasacionog suda je dostupna na pretraživaču zvanične internet adrese Vrhovnog kasacionog suda: https://www.vk.sud.rs/sr/solr-search-page/results?court_type=vks&matter= _none&registrant =_none&subject_number=&date_from%5Bdate%5D=&date_to%5Bdate%5D =&keywords=&phrase=&sorting=by_date_down&redirected=213&level=0&results=10, pristupljeno dana 23. 7. 2022. godine.

[39] ZMPPKS ne propisuje koje blaže mere od mere pritvora, pa će se u ovom slučaju shodno primeniti odredbe ZKP-a.

pretpostavke za izručenje, kao i činjenice koje su važne za ocenu istražnog sudije za donošenje odluke o pritvoru ili blažoj meri kojom se ostvaruje svrha pritvora.[40]

Postupak pred vanpretresnim većem

U sledećoj fazi postupka, vanpretresno veće razmatra spise predmeta, kako bi utvrdilo da li su ispunjene opšte pretpostavke za pružanje međunarodne pomoći u krivičnim stvarima iz čl. 7. i pretpostavke za izručenje iz čl. 16. ZMPPKS-a,[41] pa donosi rešenje o odbijanju izručenja ili o ispunjenosti pretpostavki. Rešenje kojim se odbija izručenje dostaviće se bez odlaganja neposredno višem sudu, koji će saslušati branioca i javnog tužioca, a potom doneti odluku kojom se potvrđuje, ukida ili preinačuje navedeno rešenje. Pravnosnažno rešenje o odbijanju izručenja će se dostaviti ministarstvu nadležnom za pravosuđe, a navedeno ministarstvo će o tome obavestiti državu molilju (čl. 28. ZMPPKS). Ukoliko vanpretresno veće donese rešenje o ispunjenosti pretpostavki, protiv tog rešenja se može izjaviti žalba u roku od tri dana neposredno višem sudu koji će saslušati javnog tužioca, lice čije se izručenje traži i njegovog branioca, a potom potvrditi, ukinuti ili preinačiti navedeno rešenje (čl. 29. ZMPPKS). Žalbu može podneti i branilac u skladu sa čl. 433, st. 1. ZKP-a. Pravnosnažno rešenje o ispunjenosti pretpostavki dostavlja se sa spisima ministarstvu nadležnom za pravosuđe (čl. 31, st. 4. ZMPPKS). Takođe, zakon uređuje i izručenje po pojednostavljenom postupku. Naime, u slučaju da se lice čije se izručenje zahteva, prilikom saslušanja pred istražnim sudijom saglasi da bude izručeno po pojednostavljenom postupku, istražni sudija će ga upoznati sa posledicama takve izjave, koja je neopoziva, i pitati da li je data dobrovoljno, o čemu će se sastaviti zapisnik. Zapisnik i spise istražni sudija će dostaviti vanpretresnom veću koje će bez odlaganja doneti rešenje o ispunjenju pretpostavki za izručenje, protiv kojeg rešenja nije dozvoljena žalba i koje se odmah prosleđuje ministru (čl. 30. ZMPPKS).

U ovoj fazi postupka za izručenje branilac ukazuje na sve činjenice i dokaze koji su od važnosti za ocenu o ispunjenosti pretpostavki za izručenje, i to u žalbi koju podnosi u skladu sa čl. 433, st. 1. ZKP-a na rešenje vanpretresnog veća kojim se utvrđuju pretpostavke za izručenje, kao i prilikom saslušanja pred neposredno višim sudom, koji u skladu sa zakonom treba da

[40] Navedene radnje ne predstavljaju izvorno pravo branioca već su to prava okrivljenog koje umesto njega i u njegovom interesu može preduzimati njegov branilac.

[41] Ispunjenje opštih pretpostavki iz čl. 7. ZMPPKS-a je neophodno za sve oblike pružanja međunarodne pomoći u krivičnim stvarima, pa tako i za postupak izručenja, dok se pretpostavke iz čl. 16. ZMPPKS-a odnose samo na postupak izručenja.

potvrdi odluku vanpretresnog veća o odbijanju izručenja i koji donosi odluku o podnetoj žalbi na rešenje vanpretresnog veća o ispunjenju pretpostavki za izručenje. Takođe, u pogledu pojednostavljenog izručenja, branilac prethodno može upoznati lice čije se izručenje zahteva sa procesnim posledicama njegovog pristajanja na izručenje da je njegova saglasnost neopoziva i da nije dozvoljena žalba na rešenje o ispunjenosti pretpostavki za izručenje. Iako nije izričito zakonom propisano podnošenje vanrednih pravnih lekova na odluke koje su donete u postupku ekstradicije, shodno će se primeniti odredbe ZKP-a na osnovu kojih branilac može podnositi zahtev za ponavljanje krivičnog postupka i zahtev za zaštitu zakonitosti u postupku za izručenje.[42]

Postupak pred ministrom

U postupku pred ministrom, samo onda kada je doneto rešenje o ispunjenosti pretpostavki za izručenje, ministar će doneti rešenje kojim se dozvoljava izručenje ili rešenje kojim se ne dozvoljava izručenje, i o tome obavestiti sud, lice čije se izručenje traži, državu molilju i ministarstvo nadležno za unutrašnje poslove (čl. 31. ZMPPKS-a). U rešenju kojim dozvoljava izručenje ministar nadležan za pravosuđe može: 1) usloviti izručenje u smislu čl. 14, st. 1. ZMPPKS-a, osim ako se izručeno lice izričito odreklo tih garancija; 2) postaviti druge uslove za izručenje (čl. 32. ZMPPKS). Rešenje kojim ne dozvoljava izručenje ministar nadležan za pravosuđe donosi ako nisu ispunjene pretpostavke iz čl. 7, st. 1, t. 4. i 5. prema kojima je potrebno da se zahtev za pružanje međunarodne pravne pomoći ne odnosi na političko krivično delo ili delo povezano sa političkim krivičnim delom, odnosno na krivično delo koje se sastoji isključivo u povredi vojnih dužnosti; da pružanje međunarodne pravne pomoći ne bi povredilo suverenitet, bezbednost, javni poredak ili druge interese od suštinskog značaja za Republiku Srbiju, i da su u postupku suđenja u odsustvu licu čije izručenje se zahteva bile ostvarene garancije pravičnog suđenja (čl. 33. ZMPPKS). Prethodno navedene pretpostavke koje proverava ministar su političke i nacionalne prirode i njih ne

[42] Tako na primer u odluci Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije Kzz. OK. 23/2021 od 25. 11. 2021. godine odbijen je zahtev za zaštitu zakonitosti branioca koji je tvrdio da ne postoji optužba ovlašćenog tužioca povodom koje se izručenje zahteva. Takođe, odlukom istog suda Kzz. 37/2022 od 3. 2. 2022. godine odbijen je kao neosnovan zahtev za zaštitu zakonitosti kojeg je branilac uložio protiv sudske odluke o određivanju pritvora. Navedene odluke su dostupne na pretraživaču zvanične internet adrese Vrhovnog kasacionog suda: https://www.vk.sud.rs/sr/solr-searchpage/results?court_type=vks&matter=_none&registrant=_none&subject_number=&date_from%5Bdate%5D=&date_to%5Bdate%5D=&keywords=&phrase=&sorting=by_date_down&redirected=213&level=0&results=10, pristupljeno 23. 7. 2022. godine.

proverava niti prvostepeni, niti drugostepeni sud. Takođe, ministar može odložiti izručenje (čl. 34. ZMPPKS) ili dozvoliti privremeno izručenje lica državi molilji (čl. 35. ZMPPKS) pod određenim uslovima. Ministarstvo nadležno za unutrašnje poslove izvršava rešenje kojim se dozvoljava izručenje i u dogovoru sa nadležnim organom države molilje će odrediti vreme, mesto i način predaje okrivljenog ili osuđenog u roku od 30 dana od dana kada ministar donese rešenje kojim se dozvoljava izručenje, a ukoliko država molilja bez opravdanog razloga ne preuzme okrivljenog ili osuđenog u dogovoreno vreme on će se pustiti na slobodu (čl. 37. ZMPPKS).

U postupku pred ministrom prilikom ekstradicije uloga branioca nije prepoznatljiva, što upućuje da je angažovanje branioca usmereno i zakonom predodređeno samo u postupku pred sudom. U tom smislu, branilac kao stručno lice nema priliku da pred ministrom direktno ukaže i obrazloži činjenice koje se odnose na lice čije se izručenje zahteva i koje su od važnosti za proveru pretpostavki od strane ministra radi donošenja odluke o zahtevu za izručenje. Eventualno, branilac može obavestiti ministra o podnetim predstavkama ili odlukama međunarodnih organizacija i sudova koje bi mogle biti od značaja za proveru pretpostavki za izručenje.

PRIMENA MEĐUNARODNIH STANDARDA U POSTUPKU ZA IZRUČENJE

Pravila koja su opšteprihvaćena u međunarodnoj zajednici imaju ulogu usmeravanja u zakonskom regulisanju i sprovođenju različitih postupaka, obuhvatajući i postupak za izručenje. To su pravila koja su utvrđena pomenutim međunarodnim ugovorima, poput Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, Evropske konvencije o ekstradiciji, Konvencije o transferu osuđenih lica, kao i pravila drugih međunarodnih ugovora poput Konvencije o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja[43] i Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima[44]. Navedenim međunarodnim pravnim aktima garantuju se i štite osnovna ljudska prava, među kojima je i

[43] Zakon o ratifikaciji Konvencije o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja sa protokolima br. 1. i 2. *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.

[44] Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sa dodatnim protokolom, *Službeni list SRJ* – Međunarodni ugovori, br. 10/2001.

pravo okrivljenog na odbranu. Takođe, od važnosti su aktivnosti i preporuke Komiteta protiv torture (CAT) i odluke Evropskog suda za ljudska prava.

Komitet protiv torture je nezavisno telo organizacije Ujedinjenih nacija koje prati i nadgleda sprovođenje i uvažavanje pravila Konvencije o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja u nacionalnim državama. Države koje su potpisnice navedene Konvencije su dužne da podnose periodične izveštaje o sprovođenju različitih mera kojima se uvažavaju odredbe Konvencije. Isto tako, Komitet može konkretnoj državi uputiti određene preporuke za sprovođenje mera kojima se uvažavaju pravila iz Konvencije. Tako na primer, u Nacionalnom izveštaju Komiteta za Republiku Srbiju od 2017. godine upućuju se preporuke da je potrebno, između ostalog, ojačati ulogu ombudsmana u cilju prevencije torture, ulagati u objekte i unaprediti sistem alternativnih sankcija radi rešavanja problema prenaseljenosti zatvora itd.[45] Odlukom navedenog Komiteta br. 857/2017. od 22. 9. 2019. godine utvrđuje se da je Srbija, izručujući Dževdeta Ajaza Turskoj krajem 2017. godine, povredila odredbe čl. 3. i 22. Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka.[46] Tokom izručenja navedenog lica, njegov branilac u Republici Srbiji je postupajućem sudu dostavio presudu Evropskog suda za ljudska prava po predstavci br. 11804/22 kojom je utvrđeno da je Turska na Ajazovu štetu povredila čl. 5, st. 3. i 4. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[47] Takođe, branilac je priložio i pritužbu Komitetu protiv torture u vezi sa zahtevom za ekstradiciju Dževdeta Ajaza o čemu je Komitet odlučio da traži od Republike Srbije da se uzdrži od izručenja. Međutim, Ministarstvo je donelo odluku kojom se dozvoljava izručenje navedenog lica.[48]

Odlukama Evropskog suda za ljudska prava štite se i proklamuju osnovna prava čoveka koja su propisana u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja konvencija ima značajnu ulogu u uspostavljanju i primeni opšteprihvaćenih međunarodnih pravnih standarda. Takođe, Evropski sud za ljudska prava može uputiti privremene mere državama radi zaštite ljudskih prava.[49] Tako na primer navedeni sud je izrekao privremenu meru

[45] National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21* Serbia, 18, dostupno na https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17 /339/39/PDF/ G1733939.pdf?OpenElement, pristupljeno 25. 7. 2022. godine.

[46] Beljanski, S. (2019). Sud u službi politike. Slučaj izručenja Dževdeta Ajaza. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 2/2019, 228.

[47] *Ibid*., 230.

[48] *Ibid*., 232.

[49] Pravilo 39 Poslovnika Evropskog suda za ljudska prava o privremenim merama – European court for human rights, (2020). *Rules of court*. Strasbourg, 20.

Republici Srbiji za odlaganje izručenja bahreinskog državljanina Mohameda Ali Ahmet Jafaara Kraljevini Bahrein.[50] Međutim, u ovom radu se daje osvrt na ulogu branioca u ekstradicionom postupku kroz praksu navedenog suda. Naime, to su sudske odluke kojima se ukazuje na zaštitu prava na odbranu, kao i na ulogu i aktivnosti branioca u postupku izručenja, koje sudske odluke mogu biti smernice za izmenu i dopunu zakona kojima se reguliše postupak izručenja u Republici Srbiji. Tako na primer, odlučujući u predmetu *Rusishvili v. Goergia,*[51] po predstavci br. 15269/13, sud je, između ostalog, utvrdio da je povređeno pravo okrivljenog na odbranu, odnosno da postoji povreda čl. 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, iz razloga što istom nije omogućeno pravo na angažovanje advokata u prvim trenucima njegovog hapšenja i pritvaranja. Takođe, u predmetu *Nevzlin v. Russia,*[52] po predstavci broj 26679/08, sud je utvrdio da je povređeno pravo okrivljenog na odbranu pred nadležnim sudom u Rusiji, nakon što je izručen iz Izraela. Naime, njegovom advokatu nije omogućeno dovoljno vremena da se upozna s obimnim spisima predmeta iako je isti zahtevao duži vremenski rok za razmatranje celokupnog predmeta. U tom smislu može se govoriti o povredi prava na pravično suđenje, koje je uslov za dozvolu izručenja. Zatim, u predmetu *Buriyev v. Russia,*[53] prema predstavci broj 42874/18, Evropski sud za ljudska prava utvrđuje da je sud u Rusiji povredio čl. 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je izručio okrivljenog Buriyeva državi Tadžikistan, iako su okrivljeni i njegov branilac u više navrata sudu ukazali da okrivljenom preti opasnost od torture ako bude izručen, s obzirom da je ranije više puta bio fizički zlostavljan od strane vlasti u Tadžikistanu. Ovaj slučaj je imao tragičan epilog iz razloga što je okrivljeni za vreme izdržavanja kazne zatvora u Tadžikistanu umro otrovan hranom u zatvoru. Zatim, od značaja je ukazati na aktivnosti branioca koji može podneti zahtev za odobravanje azila licu čije se izručenje zahteva. O tome je bilo više reči u predstavci broj

[50] Odluka o privremenoj meri je dostupna na zvaničnom internet pretraživaču Evropskog suda za ljudska prava – HUDOC: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218397, pristupljeno 26. 7. 2022. godine.

[51] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Rusishivli v. Georgia* od 30. juna 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218078, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

[52] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Nevzlin v. Russia* od 18. 1. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215133, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

[53] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Buriyev v. Russia* od 29. 3. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216455, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

41326/17, slučaj *Shenturk and others v. Azerbaijan,*[54] kada su tokom 2017. godine vlasti Turske zahtevale od države Azerbejdžan ekstradiciju okrivljenog Shenturk-a. On je potom bio pritvoren u Azerbejdžanu, a njegov advokat je podneo zahtev za odobravanje azila preko kancelarije UNHCR-a u gradu Bakuu i o tome obavestio vlasti Azerbejdžana. Uprkos tome isti je bio izručen Turskoj, a u vezi sa ovim slučajem Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da postoji povreda čl. 3. i 5. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takođe, u obrazloženju određenih presuda Evropskog suda za ljudska prava ukazuje se na različite procesne aktivnosti branioca tokom postupka izručenja. Tako na primer, u slučaju *Shamayev and others v. Russia and Georgia,*[55] branioci su osporavali istovetnost lica čije se izručenje zahteva tokom 2002. godine, navodeći da su pogrešno naznačena njihova imena u zahtevu za izručenje i da je to indikativna okolnost da vlast Rusije, koja zahteva izručenje, pokušava da ih zameni s određenim preminulim licima koja nisu krivično procesuirana. Takođe, branioci su ukazali vlastima Gruzije da Rusija nije prihvatila Protokol br. 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i isticali su zahteve da se odloži ekstradicija zbog lošeg zdravstvenog stanja lica čije se izručenje zahteva. Međutim, u predstavci br. 22205/13, slučaj *Čalovskis v. Latvia,*[56] advokati su, između ostalog, istakli da im je bilo onemogućeno da se blagovremeno upoznaju sa spisima sudskog predmeta u postupku izručenja, ali je Evropski sud za ljudska prava povodom tih navoda iz predstavke ukazao da advokati nisu izričito tražili od suda da se upoznaju sa spisima predmeta niti su tražili odlaganje suđenja kako bi mogli da se upoznaju sa predmetom. Prema tome, u nekoliko prethodno navedenih slučajeva pred Evropskim sudom za ljudska prava ukazuje se na različte aktivnosti branioca. Najpre, neophodno je obezbediti branioca okrivljenom ili osuđenom u postupku izručenja. Zatim, ukazuje se na različite mogućnosti i aktivnosti branioca u postupku ekstradicije, poput toga da se branilac može obratiti navedenom sudu radi izdavanja privremene mere kojom se odlaže izručenje, da branilac može tražiti odlaganje izručenja zbog lošeg zdravstvenog stanja okrivljenog odnosno osuđenog, zatim branilac može podneti zahtev za odobravanje azila licu čije se izručenje zahteva i da ukaže sudu koji vodi

[54] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Shenturks and others v. Azerbaijan* od 10. 3. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

[55] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Shamayev and others v. Russia and Georgia* od 12. 4. 2005. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68790, pristupljeno dana 28. 7. 2022. godine.

[56] Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Čalovskis v. Latvia* od 24. 7. 2014. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145791, pristupljeno dana 28. 7. 2022. godine.

postupak izručenja na ranije i potencijalne povrede ljudskih prava prema licu čije se izručenje zahteva u državi čiji je on državljanin i da ta država nije prihvatila određene međunarodne konvencije i njihove protokole kojima se štite ljudska prava. Takođe, ukazuje se da je potrebno da branilac traži od suda koji vodi postupak izručenja dovoljno vremena za upoznavanje sa celokupnim spisima predmeta.

ZAKLJUČAK

Zakonske odredbe kojima se određuje položaj branioca u ekstradicionom postupku je neophodno sagledati s ostalim zakonskim odredbama kojima se uređuje ekstradicioni postupak. Na taj način se omogućava razumevanje uloge, prava, obaveza i ovlašćenja branioca tokom celokupnog ekstradicionog postupka od početka do kraja. Zatim, ekstradicioni postupak predstavlja specifičan institut međunarodne krivičnopravne pomoći mešovite pravne prirode, pa se nužno otvara pitanje položaja branioca koji vrši funkciju stručne odbrane lica čije se izručenje zahteva.

Pored navedenog, neophodno je uzeti u razmatranje odredbe drugih zakona kojima se određuje položaj branioca, prvenstveno odredbe ZKP-a, s obzirom da zakon koji uređuje postupak ekstradicije – ZMPPKS upućuje na njegovu primenu. Takođe, ustavne odredbe i odredbe Evropske konvencije o ekstradiciji, Konvencije o transferu osuđenih lica i odredbe drugih ratifikovanih međunarodnih ugovora su od naročite važnosti s obzirom da zakonski propisi moraju biti sa njima usaglašeni. Prema tome, izvodi se zaključak da se položaj branioca u ekstradicionom postupku mora sagledati sa šireg aspekta uzimajući u obzir odredbe većeg broja zakona, kao i da je neophodno da branilac bude upoznat sa svim zakonskim odredbama koji su od važnosti za regulisanje i sprovođenje postupka izručenja. Položaj branioca je dosledno regulisan zakonskim propisima u skladu sa načelom zakonitosti, a ne na osnovu sudske prakse, analogije ili običaja.

U pogledu primene međunarodnih standarda u regulisanju i sprovođenju postupka izručenja u Republici Srbiji i položaja branioca u tom postupku, postoje šire mogućnosti koje branilac može preduzeti, poput podnošenja pritužbi i predstavki Komitetu protiv torture i Evropskom sudu za ljudska prava, zatim podnošenje zahteva za odobravanje azila licu čije se izručenje zahteva i druge procesne aktivnosti na koje se ukazuje u odlukama Evropskog suda za ljudska prava, koja načelno nisu isključena niti zabranjena zakonima Republike Srbije, ali bi svakako trebalo da budu smernica u budućem zakonskom regulisanju postupka izručenja.

LITERATURA

Bajović, V. (2021). Razlozi za odbijanje ekstradicije u praksi evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. U: *Kaznena reakcija u Srbiji,* Ignjatović, Đ. (ur.). Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Beljanski, S. (2019). Sud u službi politike. Slučaj izručenja Dževdeta Ajaza. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, br. 2/2019.

Božić. V., Leštanin. B., Nikač. Ž. (2018). Ekstradicija kao vid međunarodne saradnje u izdavanju lica sa osvrtom na postupanje policije. U: *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Prištini* (ur. Vujović, O.). Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet u Prištini.

Cakić, S. (2017). *Položaj branioca u krivičnom postupku*, masterski rad. Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

European court for human rights, (2020). *Rules of court*, Strasbourg.

Gajić, Z., Spasić, D. (2014). Ekstradicija i postupanje policije sa stranom međunarodnom poternicom. *Bezbednost*, 5 (1).

Hrle, V. (2020). Primena standarda i garancija iz čl. 3. i 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u postupku ekstradicije. *Branič*, 133 (1).

Jovašević, D. (2018). Ekstradicija i azil u svetlu zaštite ljudskih prava migranata. *Institut za kriminološka i sociološka istraživanja*, 37 (2).

Jovašević, D. (2018). Ekstradicija u pravu Republike Srbije. *Vojno delo*, 70 (6).

Kamber, K. (2014). *Izručenje u kontekstu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava temeljnih sloboda.* Ghent: Univerziteit Gent.

Монастирська, В. Ю. (2019). Повноваження адвоката при здійсненні видачи (екстрадиції) особи. *Юридична наук*, 102 (12).

Nikolić, D. (2009). Elementi sudskog prava u pravnom sistemu Srbije i Evropske unije. U: *Zbornik Matice srpske za društvene nauke* (ur. Jovanović, M., Boškov, Ž. i dr.). Novi Sad: Matica srpska.

Radulović, D. (2012). Ekstradicija kao oblik međunarodne krivičnopravne saradnje. *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 50 (1–2).

Stefanovska, V. (2016). Extradition as a tool of inter-state cooperation: Resolving issues about the obligation to extradite. *Journal of Liberty and International Affairs*, 2 (2).

Škulić, M. (2020). *Međunarodno krivično pravo.* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Škulić, M. (2019). *Krivično procesno pravo.* Beograd: Službeni glasnik.

Pravni propisi

Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima RS, *Službeni glasnik RS*, br. 20/2009.

Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o ekstradiciji sa dodatnim protokolima RS, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 10/2001. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 12/2010.

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori,*

br. 9/2003, 5/2005. i 7/2005. – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010. i 10/2015.

Zakon o potvrđivanju Konvencije o transferu osuđenih lica sa dodatnim protokolom RS, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 4/2001.

Zakon o ratifikaciji Konvencije o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja sa protokolima br. 1 i 2, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.

Zakon o potvrđivanju Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima sa dodatnim protokolom, *Službeni list SRJ* – Međunarodni ugovori, br. 10/2001.

Zakonik o krivičnom postupku RS, *Službeni glasnik RS,* br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021. – odluka US i 62/2021. – odluka US.

Zakon o opštem upravnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br.18/2016. i 95/2018.

Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016. – odluka US, 91/2019. i 91/2019. – dr. zakon

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.

Zakon o ratifikaciji Ugovora između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Republike Austrije o pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 2/83.

Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Republike Hrvatske o izručenju, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 13/10.

Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Bosne i Hercegovine o izručenju, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 16/2014.

Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Crne Gore o pravnoj pomoći u građanskim i krivičnim stvarima, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/2010.

Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Crne Gore o izručenju, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 1/11.

Zakon o potvrđivanju Ugovora između Republike Srbije i Sjedinjenih Američkih Država o izručenju, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 2/2019.

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br.7/1971.

National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21* Serbia, pristupljeno 25. 7. 2022. godine.

Uredba o ratifikaciji Sporazuma između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Savezne Republike Nemačke o izdavanju, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, br. 17/76.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS* br. 98/2006. i 115/2021.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, dostupna na https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights, pristupljeno 23. 7. 2022. godine.

Odluka o privremenoj meri je dostupna na zvaničnom internet pretraživaču Evropskog suda za ljudska prava – HUDOC: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218397, pristupljeno dana 26. 7. 2022. godine

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Rusishivli v. Georgia* od 30. 6. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218078, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Nevzlin v. Russia* od 18. 1. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215133, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Buriyev v. Russia* od 29. 3. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216455, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Shenturks and others v. Azerbaijan* od 10. 3. 2022. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016, pristupljeno 27. 7. 2022. godine.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Shamayev and others v. Russia and Georgia* od 12. 4. 2005. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68790, pristupljeno dana 28. 7. 2022. godine.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Čalovskis v. Latvia* od 24. 7. 2014. godine, dostupno na https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145791, pristupljeno dana 28. 7. 2022. godine.

Original Scientific Article
DOI: 10.5937/gakv95-39449
UDC 347.921.4(497.11)

Mirsen Alibašić[*]
Faculty of Law, University of Belgrade
ORCid: 0000-0003-3668-5534

THE POSITION OF THE DEFENSE COUNSEL IN EXTRADITION PROCEEDINGS IN THE REPUBLIC OF SERBIA[**]

ABSTRACT: Extradition or delivery of a person who is accused or convicted is a legal process that enables the conduct of criminal proceedings and the execution of criminal sanctions against them in another country. Given that the process of extraditing the accused or convicted is regulated by law, the question of the position of the defense counsel in this process arises. By applying the normative method in this paper, through the analysis of statutory provisions and provisions of international treaties, the position of the defense counsel in extradition proceedings in the Republic of Serbia has been systematically presented, that is, their rights, duties, and powers at every stage of these proceedings with a critical overview of certain legal solutions. Furthermore, international standards related to the role and activities of the Committee against Torture and the European Court of Human Rights regarding the regulation and implementation of extradition proceedings and the position of the defense counsel in these proceedings are presented.

Keywords: defense counsel, lawyer, extradition, surrender, handover, criminal proceedings

[*] email: mirsen.alibasic@hotmail.com, Ph.D. Student.

[**] The paper was received on August 16, 2022, and was accepted for publication on September 14, 2022. The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*.

INTRODUCTION

The position of the defense counsel in extradition proceedings needs to be analyzed and presented simultaneously with certain international legal standards and the statutory provisions that regulate the entire extradition process. In other words, it would be restrictive to discuss the position of the defense counsel without explaining the structure and significance of extradition proceedings. In this case, it is necessary to analyze the procedural nature and significance of the defense counsel and extradition institutions simultaneously and in relation to each other.

Extradition represents surrendering a person accused or convicted of committing a crime to the country on whose territory the crime was committed, at its explicit request.[1] It can be active (when a country requests extradition) and passive (when a country approves extradition). Regardless of the type, there are differing opinions in the theory regarding the legal nature of extradition. According to one group of authors, extradition is an institution of international criminal law, and according to others, it is an institution of international public law if regulated by treaties or conventions, and in the absence of these conventions, it is an institution of substantive and procedural law and a public legal act of state bodies.[2] Extradition regulates not only legal but also political issues, especially in cases when the perpetrator leaves the territory of the country where the offense was committed and flees abroad, before or after the trial, with the intention of avoiding criminal liability.[3] The concept of extradition is not a new idea; it is one of the oldest institutions, whose origin can be traced back to past civilizations.[4]

The specifics of the extradition institute raise the question of the position and role of the defense counsel in these proceedings or rather necessitate the analysis of the importance and expediency of the provisions of extradition proceedings, which regulate the rights, obligations, and powers of the defense counsel. This question is important for several reasons, primarily from the aspect of respecting constitutional rights and generally accepted rules of

[1] Božić, V., Leštanin, B., Nikač, Ž. (2018). Ekstradicija kao vid međunarodne saradnje u izdavanju lica sa osvrtom na postupanje policije. In: *Journal of the Faculty of Law in Priština.* (ed. Vujović, O.). Kosovska Mitrovica: Faculty of Law in Priština, 162.

[2] Radulović, D. (2012). Ekstradicija kao oblik međunarodne krivičnopravne saradnje. *Journal of Criminology and Criminal Law,* 50 (1–2), 146.

[3] Jovašević, D. (2018). Ekstradicija u pravu Republike Srbije. *Vojno delo*, 70 (6), 143.

[4] Stefanovska, V. (2016). Extradition as a tool of inter-state cooperation: Resolving issues about the obligation to extradite. *Journal of Liberty and International Affairs,* 2 (2), 39.

international law, then from the aspect of the fair conduct of proceedings, as well as from the aspect of legal regulations in terms of *de lege lata* and *de lege ferenda.* When it comes to the legal nature of the procedural position of the defense counsel, the following views are predominantly asserted in theory: 1. The defense counsel as an assistant to the accused; 2. The defense counsel as a representative of the accused; 3. The defense counsel as a person providing support and assistance to the accused during the procedure; 4. The defense counsel as an assistant to the court.[5] Of these views, in extradition proceedings, the defense counsel primarily acts as an assistant to the accused, in the sense that they advise them and explain their rights and obligations, the structure of the proceedings, and other legal and technical situations, and in a professional manner, in the proceedings before the court, elaborate the relevant claims of the person requested for extradition. However, an important question regarding the role of the defense counsel in extradition proceedings is whether they, according to the current legal solution and court practice, are able to effectively assert substantial claims concerning the procedural position and physical treatment of the accused in the country that requested extradition, in accordance with Articles 3 and 6 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms with additional protocols.[6] The defense counsel cannot rely on the guarantees that (at least in principle) are contained in the law regulating criminal procedure, concerning basic defense rights and the right to appeal[7], however, the defense counsel can point out to the acting court a potential violation of the rights from the aforementioned European Convention on Human Rights, considering that the Republic of Serbia is a signatory of this convention whose provisions are directly applied in the legal system of the Republic of Serbia. For example, Article 6 of the European Convention on Human Rights guarantees the right to a fair trial, which includes the right to defense in terms of time and facilities for its preparation and the right to a defense counsel, and a violation of this right can be a reason to reject extradition.[8] However, in theory, there are views that the procedural activities of lawyers are very diverse and that this contributes to the regularity of

[5] Cakić, S. (2017). *Položaj branioca u krivičnom postupku*. Master's thesis. Faculty of Law, University of Niš, 12.

[6] European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms amended in accordance with protocol no. 11, ratified in 2003 – ECHR or European Convention, *Official Gazette of the SCG – International Agreements*, no. 9/03, 5/05, 7/05. and *Official Gazette of the RS – International Agreements*, no. 12/10.

[7] Hrle, V. (2020). Primena standarda i garancija iz čl. 3. i 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u postupku ekstradicije. *Branič*, 133 (1), 49.

[8] Bajović, V. (2021). Razlozi za odbijanje ekstradicije u praksi evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. In *Kaznena reakcija u Srbiji* (ed. Ignjatović, Đ.). Faculty of Law, University of Belgrade, 263–266.

the procedural form and making a fair decision related to conducting criminal proceedings.[9]

THE LEGAL FRAMEWORK OF EXTRADITION AND THE ENGAGEMENT OF THE DEFENSE COUNSEL IN EXTRADITION PROCEEDINGS

The regulations related to extradition proceedings and the engagement of the defense counsel are mostly procedural in nature since they are an integral part and the subject of laws that regulate the conduct of criminal proceedings and the proceedings for providing mutual assistance in criminal matters. In this sense, it is important to present relevant statutory acts and international treaties, their validity, and their interrelation, in order to fully and simultaneously examine the nature and mutual connection of the regulations related to extradition proceedings and the engagement and actions of the defense counsel, as well as any potential *de facto* and *de iure* problems that may arise from such mutual connection.

Statutory Regulations

Extradition represents a form of mutual legal assistance in criminal matters and is regulated by the Law on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters of the Republic of Serbia (hereinafter: LMLACM).[10] This law defines extradition as the surrender of an accused to another country for the conduct of criminal proceedings or a convict for the execution of a criminal sanction (Article 13. LMLACM). The basic provisions of the LMLACM apply to all forms of mutual legal assistance in criminal matters and therefore also to extradition proceedings.[11] In this law, provisions regarding only extradition proceedings are defined in Articles 13–40, among which are provisions of a substantive legal nature relating to the subject of extradition and preconditions for extradition, which do not regulate the position of the defense counsel nor the substantive legal or procedural legal role of the defense counsel in extradi-

[9] More on this in: Монастирська, В. Ю. (2019). *Повноваження адвоката при здійсненні видачи (екстрадиції) особи*. Юридична наук, 102 (12), 377.

[10] Law on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters of the RS, *Official. Gazette of the RS*, no. 20/2009.

[11] Other forms of providing mutual legal assistance that are regulated by the same law – LMLACM include the takeover and transfer of criminal prosecution, execution of criminal judgments, and other procedural forms in the sense of Art. 2. of the LMLACM.

tion proceedings.[12] It is important to note that the Constitution of the Republic of Serbia (hereinafter: the Constitution)[13] does not contain provisions directly related to extradition proceedings but does contain provisions related to criminal proceedings and the rights of accused and convicted persons. Also, the Constitution does not have any restrictions regarding the prohibition of extradition of domestic citizens, unlike previous constitutions that were in force before 2006,[14] however, this was a controversial issue during the conclusion and ratification of a bilateral extradition agreement with the United States[15], where the Ministry of the Republic of Serbia objected to allowing extradition of domestic citizens to the U.S., but eventually, a provision was added to the agreement stating that citizenship will not be a basis for refusing extradition.

The position of the defense counsel is primarily regulated by the Constitution, then by laws regulating the conduct of criminal proceedings, primarily the Criminal Procedure Code (hereinafter: CPC)[16]. The Constitution stipulates that the right to legal assistance is guaranteed and that legal assistance is provided by legal professionals (Article 67 of the Constitution), that a person deprived of liberty without a court decision is guaranteed the right

[12] According to Articles 13, 14, and 15 of the LMLACM, the subject of extradition as a form of international mutual assistance in criminal matters is extradition for the purpose of conducting criminal proceedings or executing a criminal sanction, but only for the criminal offense for which the letter rogatory is submitted. Article 16 of the aforementioned law stipulates the preconditions for extraditing a person to a foreign country, which are that the person requested for extradition not a citizen of the Republic of Serbia, that the criminal offense for which extradition is requested was not committed on the territory of the Republic of Serbia, or against it or its citizens, that there are no proceedings underway in the Republic of Serbia concerning the same criminal offense and the same person, that the identity of the person requested for extradition has been established, that there is enough evidence for reasonable suspicion that the person requested for extradition committed the criminal offense for which they are charged or for which they have been convicted, and three additional conditions: that there are conditions for the reopening of criminal proceedings if extradition is requested for a person already convicted for the criminal offense in the Republic of Serbia, that in case of conviction *in absentia*, the trial will be repeated in the presence of the person requested for extradition, and that the death penalty will not be imposed for the criminal offense which is the subject of the extradition and for which the death penalty is threatened according to the law of the requesting country. All these provisions do not suggest any position and role of the defense counsel.

[13] Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS* no. 98/2006. and 115/2021.

[14] Škulić, M. (2020). *Međunarodno krivično pravo.* Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 513.

[15] Law on the Ratification of the Agreement between the Republic of Serbia and the United States of America on Extradition, *Official Gazette of the RS - International Agreements*, no. 2/2019.

[16] Criminal Procedure Code of the RS, *Official Gazette of the RS,* no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021, 62/2021.

not to be interrogated without the presence of a defense counsel they choose or a defense counsel who will provide legal assistance free of charge if they are unable to pay for it (Article 29, paragraph 1 of the Constitution), and that everyone who is charged with a criminal offense has the right to a defense counsel, and in case they do not have sufficient means to pay a defense counsel, they have the right to a free defense counsel if it is in the interest of justice (Article 33, paragraph 3 of the Constitution), as well as to present evidence in criminal proceedings through their defense counsel (Article 33, paragraph 5 of the Constitution). The role of the defense counsel, which is guaranteed by the Constitution, is further defined by the provisions of the CPC, but in terms of providing mutual legal assistance in criminal matters, there are additional provisions in the LMLACM pointing to the role and position of the defense counsel, with the provisions of the CPC being applied subsidiarily unless otherwise stipulated in the LMLACM.[17] The aim and purpose of criminal proceedings, regulated by the CPC, is to solve the *cause criminalis* or the subject of the criminal proceedings regarding which the court makes certain decisions[18], and the purpose of extradition, in addition to the execution of a criminal sanction, is also the conduct of criminal proceedings.

The above-mentioned regulations, related to extradition and the position of the defense counsel, indicate their mutual connection, which is of a "referring" nature in the sense that the Constitution guarantees general rights that are regulated by laws in more detail, and that the LMLACM points to the priority of the application of ratified international agreements in Article 1, and refers to the application of the CPC in Article 12, so it is not an integrated general statutory act that thoroughly and fully regulates the position of the defense counsel in extradition proceedings in the Republic of Serbia. However, there is consistency with the principle of legality in the sense that the conduct of extradition proceedings and the role of the defense counsel in these proceedings are carried out consistently and in accordance with previously prescribed legal provisions, not arbitrarily based on custom, judicial practice, or by analogy. Consistency with the principle of legality is a characteristic of the European-continental legal system which is developed in terms of regulation

[17] Here it is essentially indicated that the position of the defense counsel pertains only to criminal proceedings, and the purpose of providing mutual legal assistance in criminal matters also concerns the conduct of criminal proceedings or the execution of a criminal sanction. However, in the positive legal system of the Republic of Serbia, the position of the defense counsel is also regulated by the Law on Juvenile Perpetrators of Criminal Offenses and the Protection of Juveniles through Criminal Law, *Official Gazette of the RS*, No. 85/2005, as well as the Law on Misdemeanors, *Official Gazette of the RS*, Nos. 65/2013, 13/2016, 98/2016 - decision of the Constitutional Court, 91/2019, and 91/2019, where the Criminal Procedure Code also has subsidiary application.

[18] Škulić, M. (2019). *Krivično procesno pravo.* Belgrade: Official Gazette, 125.

in the Republic of Serbia, where the majority of legally relevant relations are regulated by norms in the form of laws and other general acts adopted by legislative and executive bodies.[19]

Provisions of International Agreements

Extradition, as a form of providing mutual legal assistance in criminal matters, is the subject of international agreements. An extradition treaty can be bilateral - between two countries, regional - between several countries of a specific region, and multilateral – concluded between all countries or a large number of countries.[20] At the international level, the European Extradition Convention, ratified by the Federal Republic of Yugoslavia, and the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, whose additional protocols were later also ratified and accepted and are part of our current national legal system, are of importance.[21] International treaties related to providing mutual legal assistance in criminal matters generally do not contain specific provisions concerning the role and position of the defense counsel, but they can regulate their position.[22] Ratified international treaties, which take precedence in application over other laws regarding mutual legal assistance in criminal matters, must be in accordance with the Constitution.[23] This is important as the process of providing mutual legal assistance in criminal matters is primarily realized according to the rules of a ratified international treaty, and subsidiarily

[19] Nikolić, D. (2009). Elementi sudskog prava u pravnom sistemu Srbije i Evropske unije. In: *The Journal of Matica Srpska for Social Sciences* (ed. Jovanović, M., Boškov, Ž. et al.). Novi Sad: Matica srpska, 7.

[20] Jovašević, D. (2018). Ekstradicija i azil u svetlu zaštite ljudskih prava migranata. *Institute of Criminological and Sociological Research*, 37 (2), 153.

[21] Law on the Ratification of the European Convention on Extradition with Additional Protocols of the RS, *Official Gazette of the FRY - International Agreements*, no. 10/2001. and *Official Gazette of the RS - International Agreements* no. 12/2010. and the Law on the Ratification of the Convention on the Transfer of Convicted Persons with Additional Protocol of the RS, *Official Gazette of the FRY - International Agreements*, no. 4/2001.

[22] An example of an international treaty regulating the position of the defense counsel during the provision of international mutual legal assistance in criminal law is the Law on the Ratification of the Agreement between the Republic of Serbia and Montenegro on Legal Assistance in Civil and Criminal Matters, *Official Gazette of the RS – International Agreements*, No. 1/2010, where Article 2, Paragraph 4 prescribes that attorneys registered in the attorney's registry in one of the contracting countries can represent parties in proceedings before courts and other competent authorities of the other contracting country.

[23] In order for international agreements and conventions to be applied in the Republic of Serbia, they must be in accordance with the Constitution and ratified or confirmed by law as specified in the constitutional provision in Article 16 of the Constitution of the Republic of Serbia.

by law if such a treaty does not exist or if it does not regulate certain issues.[24] In addition to the aforementioned European Extradition Convention and the Convention on the Transfer of Sentenced Persons with additional protocols, the Republic of Serbia has concluded a large number of bilateral extradition treaties, however, they do not regulate the position of the defense counsel directly, rather they refer to the application of the law of the country extraditing the individual (hereinafter: the requested country) for their position and other situations.[25] Considering the similar content of the provisions of bilateral extradition treaties, it is evident that there is an international standard in terms of their content related to extradition proceedings. On the other hand, the Constitution and the laws of the Republic of Serbia do not exclude the possibility of further regulating the position and role of the defense counsel in extradition proceedings through international treaties.

Regarding international regulations on the engagement and position of the defense counsel, firstly, the European Convention on Human Rights, which the Republic of Serbia has ratified along with the additional protocols, except for protocol 16,[26] in Article 6, paragraph 3, point (c) guarantees the right of

[24] Škulić, M. (2020). *Međunarodno krivično pravo.* Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade, 507.

[25] For example, the Decree on the Ratification of the Agreement between SFRY and the Federal Republic of Germany on Extradition from 1976 (*Official Gazette of SFRY – International Agreements and other Agreements*, No. 17/76) in Article 33 stipulates that the law of the requested country will apply to the extradition and detention proceedings. The extradition regulated by the ratified Extradition Treaty between SFRY and the Republic of Austria from 1983 (*Official Gazette of SFRY – International Agreements*, No. 2/83) in a very similar way refers to the law of the requested country concerning the proceedings for extradition and detention. The ratified Treaty between the Republic of Serbia and the Republic of Croatia on Extradition (*Official Gazette of RS – International Agreements*, No. 13/10), and the Extradition Treaty between the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of RS – International Agreements*, No. 16/2014, have identical contents to the previously mentioned agreements with Austria and Germany, and also, they do not contain special provisions relating to defense counsels. However, the International Agreement on Assistance in Civil and Criminal Matters between the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro, *Official Gazette of RS – International Agreements, No. 1/10*, in Article 2, paragraph 4, stipulates that lawyers who are registered in the attorneys' registry in one of the contracting countries can represent parties in proceedings before courts and other competent authorities of the other contracting country, which is of importance for the position of the defense counsel, especially considering the provision of Article 23 of the International Extradition Agreement between the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro, *Official Gazette of RS – International Agreements,* No. 1/11, which, as in the previously mentioned agreements, refers to the law of the requested country concerning the procedure for detention and extradition.

[26] Law on the Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with Additional Protocols (*Official Gazette of the SCG - International Agreements*, No. 9/2003, 5/2005 and 7/2005 – corr. and *Official Gazette of*

the accused to a defense counsel and to a free defense counsel. In this regard, the conduct of proceedings restricting the right to defense or preventing communication with the defense counsel can constitute unjust proceedings[27], however, in the practice of the European Court of Human Rights, it has been established that the aforementioned Article 6 does not apply to procedural guarantees during extradition.[28] The right to defense is also regulated by other international treaties that have been ratified in the national legal system of the Republic of Serbia, such as the International Covenant on Civil and Political Rights[29] in Article 14, Paragraph 3, Point (b), and the Universal Declaration of Human Rights[30] in Article 11, Paragraph 1. which are of great importance and significance in the international community.

EXTRADITION PROCEEDINGS AND THE ROLE OF THE DEFENSE COUNSEL

A comprehensive and coherent approach to the question of the defense counsel's position in extradition proceedings implies the consideration and presentation of their rights, powers, and obligations, from the beginning to the end of the proceedings, as regulated by the LMLACM. This primarily refers to the process of extraditing a person to a foreign country (the requesting country), but the same law also regulates the conditions or preconditions for

the RS - International Agreements, No. 12/2010 and 10/2015), available at the internet address https://www.paragraf.rs/propisi/zakon-raticaciji-evropske-konvencije-ljudska-prava-osnovne-slobode.html, accessed on May 21, 2022.

[27] Kamber, K. (2014). *Izručenje u kontekstu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.* Ghent: University of Ghent, 20.

[28] The case law of the European Court of Human Rights supports the claim that there is no unified position on the legal nature of extradition in several cases. Of particular importance is the position taken by the court in the judgments *Maouia v. France* and *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*. Namely, the court, in the Mamatkulov case, relying on a previous position from the Maouia judgment, built a legal position that extradition proceedings (in the country where these proceedings are being conducted, and at the request of the requesting country) are actually proceedings related to the entry, stay, and removal of a foreigner from the country, and as such cannot be the subject of protection provided by Art. 6 of the European Convention, given that it does not decide on criminal charges against the accused – Hrle, V. (2020). Primena standarda i garancija iz čl. 3. i 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u postupku ekstradicije. *Branič*, 133 (1), 52.

[29] International Covenant on Civil and Political Rights, *Official Gazette of the SFRY – International Agreements*, no. 7/1971.

[30] Universal Declaration of Human Rights, available at https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights, accessed on July 23, 2022.

extraditing an accused or convicted person to the Republic of Serbia.[31] The LMLACM stipulates that extradition proceedings take place in three phases, which are proceedings before the investigating judge (Art. 18-26), proceedings before the extra-procedural council (Art. 27-30), and proceedings before the minister (Art. 31-37), and this paper will present the position of the defense counsel in each of these stages.

Proceedings before the Investigating Judge

The extradition of the accused or convicted to a foreign country begins on the basis of a proper letter rogatory that a foreign country sends to the Republic of Serbia and which is delivered through the ministry in charge of justice to the court in whose territory the person requested for extradition resides or is found. Extradition proceedings can also begin in the case of detention before the letter rogatory, which will be discussed later. The competent authority of the requested country, to whom the letter rogatory is addressed, verifies the proper content of the letter rogatory, and it can return the letter rogatory to be supplemented or corrected, specifying a deadline that cannot exceed two months.[32]

[31] The conditions for extradition to the Republic of Serbia are the prerequisites for extradition to a foreign country determined in Article 16 of the LMLACM, which were previously mentioned, and the general preconditions for providing mutual legal assistance in criminal matters established in Article 7 of the LMLACM: that the crime for which extradition is requested is punishable also according to the law of the Republic of Serbia, that the matter has not been adjudicated in the sense of the *ne bis in idem* principle, that the statute of limitations has not expired or amnesty or pardon has not been granted, that it is not a political crime or a crime consisting of a breach of military duties and if providing mutual legal assistance would not violate the sovereignty, security, public order or other interests of essential importance for the Republic of Serbia. Then, according to Article 38, paragraph 1 of the LMLACM, the conditions for extradition to the Republic of Serbia are if criminal proceedings are being conducted against a person located in a foreign country before a domestic court or if the domestic court has imposed a criminal sanction on this person by a final decision.

[32] What makes a letter rogatory proper is further regulated in Art. 5 of the LMLACM, where it is necessary for the letter rogatory to contain the name of the body that made the request; the name of the body to which the request is addressed, and if its exact name is not known, the label "competent state authority", along with the name of the requested country; the legal basis for providing mutual legal assistance; the label of the criminal case, the statutory name of the crime, the text of the relevant provision of the law and a summary description of the factual situation; a description of the action of mutual legal assistance being requested and the reason for submitting the request; data on citizenship and other personal data of the person requested for extradition, or the name and seat of the legal entity regarding which international legal assistance is requested, as well as its capacity in the proceedings; other data that may be relevant for acting on the letter rogatory. The letter rogatory, as well as the documents submitted by judicial and other competent bodies,

If the residence of the person whose extradition is requested is unknown, the police will identify where this person is located, and provided that the letter rogatory is submitted in accordance with Articles 5 and 15, the investigating judge will issue an order for bringing in the person concerned which the police will immediately execute (Art. 18 LMLACM).[33] Here, the role of the police is important for the urgent and timely locating of wanted persons and their arrest.[34] At the request of the requesting country, the investigating judge may order the search of the person requested for extradition and the premises where this person resides (Art. 19, Para. 1, LMLACM).[35] The provisions of the Criminal Procedure Code will apply to the search, i.e., the holder or person who will be searched will be advised that they have the right to retain a lawyer or defense counsel who can attend the search. If the holder or person who will be searched requests the presence of a lawyer or defense counsel, the commencement of the search will be postponed until their arrival, but by no more than three hours. Exceptionally, the search will be performed without the right to a defense counsel and the presence of a defense counsel if armed resistance or another form of violence is expected, or there is obvious preparation for or commencement of the destruction of important traces or objects, or if the holder of the premises is inaccessible (Art. 156, Para. 2 and 3, CPC). After they are arrested, the investigating judge will first determine the identity of the person requested for extradition and then inform them of the reasons they were

must be signed and certified by the competent authority. The letter rogatory and the documents are delivered with a translation into the language of the requested country or with a translation into English. The translation must be certified by a court interpreter.

[33] Statutory provisions do not regulate the proceedings of the police in terms of interrogatinga person requested for extradition, rather it is only stated that the police will immediately execute the court's order for bringing in for an interrogation before the investigating judge. Therefore, it is assumed that interrogation before the police and the public prosecutor's is not conducted in extradition proceedings, rather only before the investigating judge, and in that case, the role of the defense counsel is identical to that of situations when other defendants are being interrogated by the police or the public prosecutor's in proceedings unrelated to extradition.

[34] Gajić, Z., Spasić, D. (2014). Ekstradicija i postupanje policije sa stranom međunarodnom poternicom. *Bezbednost,* 5 (1), 155.

[35] The search at the request of the requesting country is further regulated in Article 19 of the LMLACM. The objects used in the criminal offense found during the search and as well as any material gain obtained by the criminal offense will temporarily be taken from the person requested for extradition. Temporary seizure lasts until a decision on detention or another measure to ensure the presence of the person requested for extradition is made, but no longer than 48 hours from their detention. If the objects must be seized according to the law of the Republic of Serbia, the investigating judge may temporarily hand them over to the requesting country on the condition that they be returned within the time he sets. In the event that extradition is allowed, the objects and material gain are handed over to the requesting country (Article 19, Paragraphs 2, 3, and 4 of the LMLACM).

arrested and the evidence based on which their extradition is requested, and advise them on their rights. One of these rights is the right to have a defense counsel and for the defense counsel to be present at his interrogation (Art. 20, Para. 1, LMLACM).[36] If the person requested for extradition waives their right to a defense counsel, or if they do not retain one within 24 hours from when they were advised on this right, they will be appointed a defense counsel *ex officio* (Art. 20, Para. 2, LMLACM). The person requested for extradition will be interrogated about all the circumstances relevant for establishing the existence of preconditions for extradition, particularly about their personal circumstances, citizenship, relation to the requesting country, and the request for extradition, and this interrogation will be attended by the defense counsel and the previously informed public prosecutor (Art. 21, LMLACM). Following the interrogation, the investigating judge may order detention for the person requested for extradition or another measure to secure their presence 1) if there are circumstances indicating that the person requested for extradition will hide or flee and 2) if there are circumstances indicating that the person requested for extradition will obstruct the collection of evidence in extradition proceedings or in criminal proceedings before the court of the requesting country (Art. 22, Para. 1, LMLACM).[37] In case of urgency, the competent authority of the requesting country may submit a request for detention prior to submitting the letter rogatory. The request contains 1) data necessary to establish the proper identity of the person to be requested for extradition; 2) a factual description and legal qualification of the offense; 3) a statement by the competent authority of the requesting country regarding the existence of a court decision or an act of indictment referred to in Article 15, Point 3, LMLACM; 4) a statement that a letter rogatory will be submitted. The request may be submitted directly to the national judicial authority or the police, through the ministry in charge of justice, or through the International Criminal Police Organization (INTERPOL). Subject to reciprocity, an issued international arrest warrant is

[36] In this case, the role of the defense counsel is more demanding since the investigating judge verifies all the allegations from the letter rogatory during the hearing, establishes the identity of the person requestd for extradition, and can also make a decision on detention and order a search. The defense counsel must be informed as soon as possible about all the facts that are important for the interrogation in order to consistently provide professional assistance to the person requested for extradition.

[37] Detention can last at most until the execution of the extradition decision, but no longer than one year from the day of detaining the person requested for extradition. After each two-month period from the final decision on detention, the court *ex officio* examines whether there are reasons for extending or abolishing detention. If justified by special reasons, the investigating judge may impose another measure to ensure the presence of the person requested for extradition, instead of detention. (Article 22, paragraphs 3 and 4 of LMLACM).

considered a request (Art. 24, LMLACM). The police will arrest the person to the request referred to in Article 24 is related to and bring them to the investigating judge without delay. Once the proper identity of the arrested person is established, the investigating judge will inform them of the reason for their arrest and instruct them on the rights referred to in Article 20, paragraph 1, points 1) through 4) of LMLACM. If the person requested for extradition waives their right to a defense counsel or if they do not retain one within 24 hours from when they were advised on this right, they will be appointed a defense counsel *ex officio* (Art. 25, LMLACM). After the interrogation of the arrested person, the investigating judge may order detention. The detention order and the legal advice document on the deadline for the submission of the letter rogatory will be submitted, without delay, by the investigating judge to the competent authority of the requesting country in accordance with Article 24, paragraph 3 of this Law, in respect of which they will notify the public prosecutor. If the submission was effected directly or through the International Criminal Police Organisation (INTERPOL), the ministry in charge of justice will be informed as well. The investigating judge will revoke the detention order: 1) if the competent authority of the requesting country fails to submit the letter rogatory within 18 days from the date of detention; 2) if the reasons for ordering detention cease to exist. At the request of the competent authority of the requesting country, the investigating judge may extend the previously mentioned deadline by a maximum of 40 days from the date of detention. If the letter rogatory is not submitted by this deadline, the person concerned may be detained again solely on the grounds of Article 22 of this Law (Article 26, LMLACM). The investigating judge will take appropriate actions to determine whether the preconditions for extradition exist and forward the case files to the council of three judges – the extra-procedural council (Article 23, Paragraphs 1 and 3, LMLACM).

In this phase of the extradition procedure before the investigative judge, in accordance with Article 71 of the CPC, the defense counsel will, before the interrogation of the person requested for extradition, examine the case files and conduct a confidential conversation. Then, the defense counsel may submit motions to the presiding court, collect and submit evidence to the judge, suggest that certain evidence be obtained (most often documentation from a foreign country), and propose that after obtaining all the documentation, the suspect be re-interrogated and allowed to give their opinion on that documentation and possibly supplement their statement.[38] Regarding

[38] In the request for the protection of legality, on the basis of which the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia issued the decision Kzz. 602/2019 of June 19, 2019, the defense counsel stated that the documentation submitted with the letter rogatory was insufficient and that no evidence was provided of the existence of a reasonable

detention, the defense counsel will point out the circumstances that show the purpose of detention can be achieved with a more lenient measure[39] or that the conditions for ordering detention have ceased to exist, with a proposal to revoke detention and possibly replace it with a more lenient measure. Since the LMLACM does not prescribe the possibility of appealing the detention order, Article 214 of the CPC is applied. Also, during the interrogation, the defense counsel can point out important facts and propose the collection and presentation of certain evidence in accordance with Article 68, Paragraph 1, Point 9 of the CPC, which can bring into question whether the preconditions for providing mutual legal assistance and the preconditions for extradition exist, as well as facts that are important for the investigating judge's assessment when making a decision about detention or a more lenient measure that achieves the purpose of detention.[40]

Proceedings before the Extra-procedural Council

In the next stage of the proceedings, the extra-procedural council reviews the case files to determine whether the general preconditions for providing mutual assistance in criminal matters from Article 7 and the preconditions for extradition from Article 16 of the LMLACM are met[41] and then makes a decision on refusing extradition or on the fulfillment of the preconditions. The decision to refuse extradition will be submitted to the immediate superior court without delay, which will hear the defense counsel and the public prosecutor, and then make a decision ratifying, revoking, or revising said decision. The final decision on refusing extradition will be submitted to the ministry in charge

suspicion that the defendant had committed the criminal offense for which his extradition was requested. The defense counsel made these claims before both the first instance court and the appellate court. This decision of the Supreme Court of Cassation is available on the search engine of the official website of the Supreme Court of Cassation: https://www.vk.sud.rs/sr/solr-search-page/results?court_type=vks&matter=_none&registrant=_none&subject_number=&date_from%5Bdate%5D=&date_to%5Bdate%5D=&keywords=&phrase=&sorting=by_date_down&redirected=213&level=0&results=10, accessed on July 23, 2022.

[39] The LMLACM does not prescribe more lenient measures than detention, so in this case the provisions of the CPC will be applied *mutatis mutandis*.

[40] These actions do not constitute the original rights of the defense counsel but are the rights of the accused that, on his behalf and on his account, can be undertaken by his defense counsel.

[41] Fulfillment of the general preconditions from Art. 7 of the LMLACM is necessary for all forms of providing mutual assistance in criminal matters, including extradition proceedings, while the preconditions from Art. 16 of the LMLACM only refer to extradition proceedings.

of justice, which will notify the requesting country (Article 28 LMLACM). If the extra-procedural council makes a decision that the preconditions are fulfilled, an appeal can be lodged against this decision within three days to the immediate superior court, which will hear the public prosecutor, the person requested for extradition, and their defense counsel, and then ratify, revoke, or revise said decision (Article 29 LMLACM). An appeal can also be lodged by the defense counsel in accordance with Article 433, Paragraph 1 of the CPC. The final decision on the fulfillment of the preconditions for extradition shall be submitted along with the supporting documents to the minister in charge of justice (Article 31, Paragraph 1, LMLACM). Also, the law regulates simplified extradition proceedings. Namely, in case the person requested for extradition consents to being extradited under simplified proceedings during the interrogation before the investigating judge, the investigating judge will inform him of the consequences of such a statement, which is irrevocable, and ask whether it was given voluntarily, and a record will be made of this. The record and documents will be submitted by the investigating judge to the extra-procedural council, which will immediately make a decision that the preconditions for extradition have been fulfilled, against which an appeal is not permitted and which is immediately forwarded to the minister (Article 30 LMLACM).

In this phase of extradition proceedings, the defense counsel points out all the facts and evidence that are important for the assessment of whether the preconditions for extradition are fulfilled, both in the appeal filed in accordance with Article 433, Paragraph 1 of the CPC against the decision of the extra-procedural council establishing the fulfillment of the preconditions for extradition and during the interrogation before the immediate superior court, which should confirm the decision of the extra-procedural council on refusing extradition and which makes a decision on the appeal lodged against the decision of the extra-procedural council establishing the fulfillment of the preconditions for extradition. Also, with regard to simplified extradition, the defense counsel can first inform the person requested for extradition about the procedural consequences of his consent to extradition, that his consent is irrevocable and that an appeal against the decision establishing the fulfillment of the preconditions for extradition is not allowed. Although the submission of extraordinary legal remedies against decisions made in extradition proceedings is not explicitly prescribed by law, the provisions of the CPC will be applied *mutatis mutandis*, based on which the defense counsel can submit a request for reopening criminal proceedings and a request for the protection of legality in extradition proceedings.[42]

[42] For example, in the decision of the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia Kzz. OK. 23/2021 of November 25, 2021, the Court rejected the request for the

Proceedings before the Minister

In proceedings before the minister, only when a decision has been made on the fulfillment of preconditions for extradition will the minister issue a decision granting or refusing extradition, and send this decision to the competent court, the person requested for extradition, the ministry in charge of interior affairs, and the requesting country (Article 31 LMLACM). Within the decision granting extradition, the minister in charge of justice may: 1) impose conditions for extradition in terms of Article 14, paragraph 1 of LMLACM, except if the person requested for extradition has explicitly waived these guarantees; 2) specify other conditions for extradition (Article 32 LMLACM). The minister in charge of justice will make a decision refusing extradition if the preconditions referred to in Article 7, paragraph 1, points 4 and 5 are not fulfilled, which require that the request for the provision of mutual legal assistance does not refer to a political criminal offense or an offense related to a political criminal offense, or to a criminal offense consisting exclusively of the violation of military duties; that the provision of mutual legal assistance would not infringe on the sovereignty, security, public order, or other essential interests of the Republic of Serbia, and that the guarantees of a fair trial were not exercised in the trial process conducted in the absence of the person requested for extradition (Article 33 LMLACM). The aforementioned prerequisites checked by the minister are of a political and national nature, and they are not checked by either the first instance or the second instance court. Also, the minister can defer extradition (Article 34 LMLACM) or allow provisional extradition of the person concerned to the requesting country (Article 35 LMLACM) under certain conditions. The ministry in charge of internal affairs enforces the decision granting extradition and, in agreement with the competent authority of the requesting country, will establish the time, place, and manner of surrender of the accused or convicted person within 30 days from the day the minister issues the decision granting extradition, and if the requesting country, without a justified reason, does not take over the accused or convicted person at the agreed upon time, he will be released (Article 37 LMLACM).

---

protection of legality by the defense counsel, who claimed that there was no charge by the authorized prosecutor regarding which extradition was requested. Also, with the decision of the same court Kzz. 37/2022 of February 3, 2022, a request for the protection of legality against a court decision on detention, submitted by the defense counsel, was rejected as unfounded. These decisions are available on the search engine of the official internet address of the Supreme Court of Cassation: https://www.vk.sud.rs/sr/solr-search-page/results?court_type=vks&matter=_none&registrant=_none&subject_number=&date_from%5Bdate%5D=&date_to%5Bdate%5D=&keywords=&phrase=&sorting=by_date_down&redirected=213&level=0&results=10, accessed on July 23, 2022.

In proceedings before the minister during extradition, the role of the defense counsel is not recognizable, which suggests that the engagement of the defense counsel is directed and predetermined by law only in proceedings before the court. In this sense, the defense counsel, as an expert, does not have the opportunity to directly point to and explain facts to the minister related to the person requested for extradition and that are important for checking the preconditions by the minister in order to make a decision on the extradition request. The defense counsel may inform the minister about the submitted complaints or decisions of international organizations and courts that could be relevant for checking the preconditions for extradition.

APPLICATION OF INTERNATIONAL STANDARDS IN EXTRADITION PROCEEDINGS

Rules that are generally accepted in the international community play a role in guiding the legal regulation and implementation of various proceedings, including extradition proceedings. These rules are established by the previously mentioned international agreements, such as the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the European Convention on Extradition, the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, as well as the rules of other international agreements such as the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment[43] and the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters[44]. These international legal acts guarantee and protect basic human rights, among which is the right of the accused to defense. The activities and recommendations of the Committee Against Torture (CAT) and the decisions of the European Court of Human Rights are of importance as well.

The Committee Against Torture is an independent body of the United Nations that monitors and oversees the implementation of and compliance with the rules of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in countries. Countries that are signatories

[43] Law on the Ratification of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment with Protocols no. 1. and 2. *Official Gazette of SCG – International Agreements*, no. 9/2003.

[44] Law on the Ratification of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters with Additional Protocol, *Official Gazette of the FRY* - International Agreements, no. 10/2001.

to the aforementioned Convention are obligated to submit periodic reports on the implementation of various measures in accordance with the provisions of the Convention. Similarly, the Committee can make certain recommendations to a particular country for implementing measures in accordance with the rules of the Convention. For example, in the National Report of the Committee for the Republic of Serbia from 2017, there were recommendations that it is necessary, among other things, to strengthen the role of the Ombudsman in order to prevent torture, invest in facilities and improve the system of alternative sanctions to solve the problem of prison overcrowding, and so on.[45] By the decision of the aforementioned Committee No. 857/2017 of September 22, 2019, it was determined that Serbia, by extraditing Dževdet Ajaz to Turkey at the end of 2017, violated the provisions of Art. 3 and 22 of the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.[46] During the extradition of the aforementioned person, his defense counsel in the Republic of Serbia submitted to the court a judgment of the European Court of Human Rights by application No. 11804/22, which found that Turkey had violated Art. 5, par. 3 and 4 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms to the detriment of Ajaz.[47] Also, the defense counsel submitted a complaint to the Committee Against Torture regarding the request for the extradition of Dževdet Ajaz, regarding which the Committee decided to ask the Republic of Serbia to refrain from extradition. However, the Ministry made a decision granting his extradition.[48]

Decisions of the European Court of Human Rights protect basic human rights stipulated in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which plays a significant role in establishing and implementing generally accepted international legal standards. In addition, the European Court of Human Rights can issue interim measures to countries for the protection of human rights.[49] For example, this court issued an interim measure to the Republic of Serbia to delay the extradition of Bahraini

[45] National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21* Serbia, 18, available at https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17 /339/ 39/PDF/ G1733939.pdf ?OpenElement, accessed on July 25, 2022 .

[46] Beljanski, S. (2019). Sud u službi politike. Slučaj izručenja Dževdeta Ajaza. *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*, no. 2/2019, 228.

[47] *Ibid*., 230.

[48] *Ibid*., 232.

[49] Rule 39 of the Rules of Procedure of the European Court for Human Rights on provisional measures – European Court of Human Rights, (2020). *Rules of court*. Strasbourg, 20.

citizen Mohamed Ali Ahmet Jafaar to the Kingdom of Bahrain.[50] However, this paper discusses the role of the defense counsel in extradition proceedings through the practice of this court. Namely, these are court decisions that point to the protection of the right to defense, as well as the role and activities of the defense counsel in extradition proceedings, and these court decisions can be guidelines for amending and supplementing laws regulating extradition proceedings in the Republic of Serbia. For example, deciding in the case of *Rusishvili v. Georgia*[51], by petition No. 15269/13, the court, among other things, found that the right of the accused to defense was violated, that is, that there was a violation of Art. 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms because he was not granted the right to retain a lawyer in the first moments of his arrest and detention. Also, in the case of *Nevzlin v. Russia*[52], by application No. 26679/08, the court found that the right of the accused to defense before the competent court in Russia was violated, after he was extradited from Israel. Namely, his lawyer was not given enough time to familiarize himself with the extensive case files, even though he requested a longer time period to review the entire case. In this regard, there may be a violation of the right to a fair trial, which is a condition for granting extradition. Then, in the case of *Buriyev v. Russia*[53], by application No. 42874/18, the European Court of Human Rights found that the court in Russia violated Article 3 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms when it extradited the accused Buriyev to the country of Tajikistan, even though the accused and his defense counsel pointed out several times to the court that the accused faced the risk of torture if he was extradited, given that he had previously been physically abused several times by the authorities in Tajikistan. This case had a tragic outcome because the accused died from food poisoning while serving his prison sentence in Tajikistan. It is important to point out the activities of the defense counsel who can submit a request for asylum on behalf of the person requested for extradition. There was more talk about this in application No. 41326/17,

[50] The decision on the temporary measure is available on the official internet search engine of the European Court of Human Rights – HUDOC: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218397, accessed on July 26, 2022.

[51] The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Rusishivli v. Georgia* from June 30, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218078, accessed on July 27, 2022.

[52] The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Nevzlin v. Russia* from January 18, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215133, accessed on July 27, 2022.

[53] The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Buriyev v. Russia* from March 29, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216455, accessed on July 27, 2022.

the case of *Shenturk and others v. Azerbaijan*[54], when the authorities of Turkey requested the extradition of the accused Shenturk from the country of Azerbaijan in 2017. He was then detained in Azerbaijan, and his lawyer filed a request for asylum through the UNHCR office in the city of Baku and informed the authorities of Azerbaijan about it. Despite this, he was extradited to Turkey, and the European Court of Human Rights found that there was a violation of Articles 3 and 5 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Also, the reasoning of certain judgments of the European Court of Human Rights points to different procedural activities of the defense counsel during extradition proceedings. For example, in the case of *Shamayev and others v. Russia and Georgia*[55], the defense counsel contested the identity of the persons requested for extradition in 2002, stating that their names were incorrectly indicated in the extradition request and that this was indicative that the authorities of Russia, who requested extradition, were trying to replace them with certain deceased persons who were not criminally processed. Also, the defense counsel pointed out to the Georgian authorities that Russia did not ratify Protocol No. 6 of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and submitted requests to defer extradition due to the poor health of the person requested for extradition. However, in application No. 22205/13, the case of *Čalovskis v. Latvia*[56], the lawyers emphasized that they were prevented from familiarizing themselves with the case files in a timely manner in extradition proceedings, but the European Court of Human Rights pointed out in response to these claims from the application that the lawyers did not explicitly ask the court to familiarize themselves with the case files nor did they request a postponement of the trial so that they could familiarize themselves with the case. In several of the previously mentioned cases before the European Court of Human Rights, different activities of the defense counsel are pointed out. First, it is necessary to provide a defense counsel to the accused or convicted person in extradition proceedings. Then, different possibilities and activities of the defense counsel in extradition proceedings are pointed out, for example, that the defense counsel can request that the court issue an interim measure to defer

[54] The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Shenturks and others v. Azerbaijan* from March 10, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016, accessed on July 27, 2022.

[55] The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Shamayev and others v. Russia and Georgia* from April 12, 2005, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68790, accessed on July 28, 2022.

[56] The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Čalovskis v. Latvia* from 24/07/2014, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145791, accessed on July 28, 2022.

extradition, that the defense counsel can request a deferral of extradition due to the poor health of the accused or convicted person, then the defense counsel can submit a request for asylum on behalf of the person requested for extradition and point out to the court conducting the extradition proceedings the previous and potential human rights violations against the person requested for extradition in his home country and that this country has not accepted certain international conventions and their protocols that protect human rights. Also, the defense counsel needs to ask the court conducting the extradition proceedings for sufficient time to familiarize themselves with the case files.

CONCLUSION

It is necessary to examine the legal provisions that determine the position of the defense counsel in extradition proceedings along with other legal provisions that regulate extradition proceedings. This allows an understanding of the role, rights, obligations, and powers of the defense counsel throughout the entire extradition proceedings from start to finish. In addition, extradition proceedings represent a specific institution of mutual assistance in criminal matters of mixed legal nature, thus inevitably raising the question of the position of the defense counsel whose role is to expertly defend the person requested for extradition.

Moreover, it is necessary to examine the provisions of other laws that establish the position of the defense counsel, primarily the provisions of the Criminal Procedure Code, given that the law that regulates extradition proceedings - the Law on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters, refers to its application. Also, constitutional provisions and provisions of the European Convention on Extradition, the Convention on the Transfer of Sentenced Persons, and provisions of other ratified international agreements are of particular importance since national legal regulations must be in compliance with them. Therefore, is evident that the position of the defense counsel in extradition proceedings must be considered from a broader aspect, taking into account the provisions of a greater number of laws, and that it is necessary for the defense counsel to be familiar with all legal provisions that are important for regulating and conducting extradition proceedings. The position of the defense counsel is consistently regulated by legal regulations in accordance with the principle of legality, and not on the basis of court practice, analogy, or custom.

Regarding the application of international standards in regulating and conducting extradition proceedings in the Republic of Serbia and the position of the defense counsel, there is a wide array of actions that the defense counsel

can take, such as submitting complaints and petitions to the Committee Against Torture and the European Court of Human Rights, submitting requests for granting asylum to the person requested for extradition, and other procedural activities indicated in the decisions of the European Court of Human Rights, which are in principle not excluded or prohibited by the laws of the Republic of Serbia, but should certainly serve as a guideline in future legislative regulation of extradition proceedings.

BIBLIOGRAPHY

Bajović, V. (2021). Razlozi za odbijanje ekstradicije u praksi evropskog suda za zaštitu ljudskih prava. In: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ed. Ignjatović, Đ.). Faculty of Law, University of Belgrade.

Beljanski, S. (2019). Sud u službi politike. Slučaj izručenja Dževdeta Ajaza. *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*, no. 2/2019, 228.

Božić, V., Leštanin, B., Nikač, Ž. (2018). Ekstradicija kao vid međunarodne saradnje u izdavanju lica sa osvrtom na postupanje policije. In: *Journal of the Faculty of Law in Priština.* (ed. Vujović, O.). Kosovska Mitrovica: Faculty of Law in Priština.

Cakić, S. (2017). *Položaj branioca u krivičnom postupku*. Master's thesis. Faculty of Law, University of Niš.

European Court of Human Rights, (2020). *Rules of Court*, Strasbourg.

Gajić, Z., Spasić, D. (2014). Ekstradicija i postupanje policije sa stranom međunarodnom poternicom. *Bezbednost,* 5 (1).

Hrle, V. (2020). Primena standarda i garancija iz čl. 3. i 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u postupku ekstradicije. *Branič*, 133 (1).

Jovašević, D. (2018). Ekstradicija i azil u svetlu zaštite ljudskih prava migranata. *Institute of Criminological and Sociological Research*, 37 (2).

Jovašević, D. (2018). Ekstradicija u pravu Republike Srbije. *Vojno delo*, 70 (6).

Kamber, K. (2014). *Izručenje u kontekstu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.* Ghent: University of Ghent.

Монастирська, В. Ю. (2019). *Повноваження адвоката при здійсненні видачи (екстрадиції) особи*. Юридична наук, 102 (12).

Nikolić, D. (2009). Elementi sudskog prava u pravnom sistemu Srbije i Evropske unije. In: *The Journal of Matica Srpska for Social Sciences* (ed. Jovanović, M., Boškov, Ž. et al.). Novi Sad: Matica srpska.

Radulović, D. (2012). Ekstradicija kao oblik međunarodne krivičnopravne saradnje. *Journal of Criminology and Criminal Law,* 50 (1–2).

Stefanovska, V. (2016). Extradition as a tool of inter-state cooperation: Resolving issues about the obligation to extradite. *Journal of Liberty and International Affairs,* 2 (2).

Škulić, M. (2020). *Međunarodno krivično pravo.* Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade

Škulić, M. (2019). *Krivično procesno pravo.* Belgrade: Official Gazette.

Regulations

Law on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters of the RS, *Official. Gazette of the RS*, no. 20/2009.

Law on the Ratification of the European Convention on Extradition with Additional Protocols of the RS, *Official Gazette of the FRY – International Agrements*, no. 10/2001. and *Official Gazette of the RS – International Agreements* no. 12/2010.

Law on the Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms with Additional Protocols (*Official Gazette of the SCG – International Agreements*, No. 9/2003, 5/2005 and 7/2005 – corr. and *Official Gazette of the RS – International Agreements*, No. 12/2010 and 10/2015), available at the internet address https://www.paragraf.rs/propisi/zakon-raticaciji-evropske-konvencije-ljudska-prava-osnovne-slobode.html, accessed on May 21, 2022.

Law on the Ratification of the Convention on the Transfer of Convicted Persons with Additional Protocol of the RS, *Official Gazette of the FRY – International Agreements*, no. 4/2001.

Law on the Ratification of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment with Protocols no. 1. and 2. *Official Gazette of SCG – International Agreements*, no. 9/2003.

Law on the Ratification of the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters with Additional Protocol, *Official Gazette of the FRY* – International Agreements, no. 10/2001.

Criminal Procedure Code of the RS, *Official Gazette of the RS,* no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021, 62/2021.

Law on General Administrative Procedure, *Official Gazette of RS*, No. 18/2016. and 95/2018.

Law on Misdemeanors, *Official Gazette of the RS*, Nos. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – decision of the Constitutional Court, 91/2019, and 91/2019

Law on Juvenile Perpetrators of Criminal Offenses and the Protection of Juveniles through Criminal Law, *Official Gazette of the RS*, No. 85/2005.

Law on the Ratification of the Extradition Treaty between SFRY and the Republic of Austria from 1983, *Official Gazette of SFRY – International Agreements*, No. 2/83.

Law on the Ratification of the Treaty between the Republic of Serbia and the Republic of Croatia on Extradition, *Official Gazette of RS – International Agreements*, No. 13/10.

Law on the Ratification of the Extradition Treaty between the Republic of Serbia and Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of RS – International Agreements*, No. 16/2014.

Law on the Ratification of the International Agreement on Assistance in Civil and Criminal Matters between the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro, *Official Gazette of RS – International Agreements, No. 1/10*.

Law on the Ratification of the International Extradition Agreement between the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro, *Official Gazette of RS – International Agreements,* No. 1/11.

Law on the Ratification of the Agreement between the Republic of Serbia and the United States of America on Extradition, *Official Gazette of the RS – International Agreements*, no. 2/2019.

International Covenant on Civil and Political Rights, *Official Gazette of the SFRY – International Agreements*, no. 7/1971.

National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21* Serbia, accessed on 25 July 2022.

Decree on the Ratification of the Agreement between SFRY and the Federal Republic of Germany on Extradition from 1976 *Official Gazette of SFRY – International Agreements and Other Agreements*, No. 17/76.

Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS* no. 98/2006. and 115/2021.

Universal Declaration of Human Rights, available at https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights, accessed on July 23, 2022.

The decision on the temporary measure is available on the official internet search engine of the European Court of Human Rights – HUDOC: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218397, accessed on July 26, 2022.

The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Rusishivli v. Georgia* from June 30, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218078, accessed on July 27, 2022.

The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Nevzlin v. Russia* from January 18, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215133, accessed on July 27, 2022.

The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Buriyev v. Russia* from March 29, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216455, accessed on July 27, 2022.

The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Shenturks and others v. Azerbaijan* from March 10, 2022, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216016, accessed on July 27, 2022.

The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Shamayev and others v. Russia and Georgia* from April 12, 2005, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68790, accessed on July 28, 2022.

The judgment of the European Court of Human Rights in the case of *Čalovskis v. Latvia* from 24/07/2014, available at https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145791, accessed on July 28, 2022.

Прегледни рад
DOI: 10.5937/gakv95-35915
UDC 34:616.98(497.11)"20"

Др Хајрија Мујовић[*]
Институт друштвених наука
ORCid: 0000-0002-2207-0507

ПОГЛЕД НА ПАРНИЦЕ У Covid 19 МЕДИЦИНСКИМ ПРЕДМЕТИМА[**] – Иностранa пракса –

САЖЕТАК: У раду се даје поглед на судске предмете са медицинском позадином, који су проистекли као последица пандемије Covid-а 19. Већина предмета покренута је или окончана у парничним поступцима. Поступци су особени и сведоче о споровима по различитим основама и видовима штета. Реч је о иностраној судској пракси европских држава и САД. Спорови су различити и тичу се најчешће приступа здравственој заштити, превентивних мера, тестирања, хитних и других стања с аспеката рада специјалистичких служби итд. Свакако да криза која је настала не може да промени већ постојеће законом установљене правне стандарде и друга правила која се односе на одговорност здравствених установа и њихових запослених. Криза нема ту снагу, али доноси одређене особености разнородних ситуација. То показују примери парница из најскорије судске праксе. Да би се утврдило да ли су лекар или друго здравствено особље направили грешку, суд треба да узме у обзир конкретне радне околности сваког од њих у контексту пандемије. Здравствени професионалци се суочавају са несвакидашњим ризицима у погледу задатака који им се дају. Важећи правни режим одговорности у здравству даје одговоре, али није

[*] email: hmujovic@idn.org.rs, научни саветник.
[**] Рад је примљен 19. 1. 2022, а прихваћен је за објављивање 30. 11. 2022. године.

сигурно да се све ситуације настале здравственом кризом могу анализирати на исти начин, посебно због стања кризе и опасности под којима је медицинско особље морало да поступа.

Кључне речи: здравствена криза, Covid 19 парнице, медицинске штете, судске одлуке, иностранa пракса

УВОД

Правна литература обилује расправама о питањима одговорности за различите видове штета. Водећи теоретичари нарочито указују да се с разлогом може тврдити да одговорност за штету, уколико се направи поређење са прошлим временима, развојно представља цивилизацијску тековину која се непрестано усавршава, на начин да се одговорност стално шири захватајући нова подручја живота. Правна заштита обухвата све већи број разноликих човекових интереса. Што је степен цивилизације већи, све је мање штета које имају судбинско значење.[1] У високоцивилизованом свету сматра се да би сваку насталу штету требало подмирити. Тиме би друштвена брига о појединцима била потпуна, јер нико не би био препуштен самом себи ни у једној невољи. Ипак, толики степен цивилизације још увек није достигнут. Обештећење следује, правно гледано, само за оне штете за које је неко одговоран. Одатле произлазе многе тешкоће и несигурности, јер поље одговорности нема јасно повучене границе, него их треба увек изнова утврђивати, а апстрактне границе одговорности конкретизовати.

Најскорији пример спорних случајева односи се на штете које настају као последица кризе изазване пандемијом Covid-а 19, било да су оне директно или посредно њоме условљене. У приступу теми овог чланка разликује се ужи од ширег погледа на медицинске парнице. Наиме, у првом делу се ставља нагласак на судске спорове који се воде поводом неких медицинских поступања (дијагностика, процедуре, услуге, хитна стања и сл.) у вези са пандемијом. У другом делу обухватају се парнице које су само повезане са пандемијом, али се примарно односе на ограничења слободе и права грађана путем епидемиолошких мера и то се сматра ширим погледом јер се постављају и питања мимо медицинског контекста. Свакако треба нагласити чињеницу да се нагло повећао број

[1] Радишић, Ј. (1979). *Имовинска одговорност и њен досег.* Институт друштвених наука, ИДН, Центар за правна и политиколошка истраживања. Београд, 1979, 9–12.

парничних предмета повезаних са насталом пандемијом, о чему недвосмислено сведочи судска пракса иностраних држава.[2]

ЗДРАВСТВЕНА КРИЗА И ОДГОВОРНОСТ

Пандемија Covid-а 19 довела је до дезорганизације бројних здравствених система и њене последице су се одразиле на здравствене мере и поступке лечења како на популацију пацијената погођених Corona вирусом, тако и на остале оболеле од других болести, па и на здраве особе које су обухваћене превенцијом, посебно кроз спровођење мера имунизације. Неочекиване ситуације често доводе до поремећаја и смањења здравствене заштите и неге, или чак до потпуног ускраћивања услуга према пацијентима са другим патологијама. Такве су такође појаве одлагања заказаних термина за лечење, да би се сачекало повољније време или хитна стања у време екстремне напетости, која евидентно нису могла да остваре жељени резултат.

Када је реч о раду здравственог особља, лекара, специјалиста и стажиста током пандемије, сви они доприносе у раду и управљању кризом у оквиру својих компетенција и средствима која су им на располагању. Ипак, при свему томе није искључено ни да се десе одређене врсте медицинског немара, који би се могли појавити током кризе и који би могли бити основ за подношење тужбе. Из раније праксе из области заразних болести познате су ситуације које су у време пандемије добиле нова обележја, а некада и теже форме, као што су:

– пропусти болница да се припреме и на одговарајући начин одговоре на повећани приступ услугама од стране пацијената са Corona вирусом;

– немар у пропусту болница и њихових запослених да благовремено дијагностикују Corona вирус код пацијената;

– несавесно пропуштање да се предузму одговарајуће мере предострожности како би се спречила или ограничила изложеност и ширење Corona вируса међу пацијентима који нису заражени (не-ковид пацијенти);

– несавесно пропуштање благовременог и одговарајућег лечења пацијената са Corona вирусом;

---

[2] Маганић, А. (2021) „Грађански спорови као посљедица Covid-а 19 Пандемија Covid“. *Ревија Копаоничке школе природног права.* Београд, 2, 115–133; Bilotta, C., Zerbo, S., Perrone, G., Malta, G., and Argo, A. (2020) “The medico-legal implications in medical malpractice claims during Covid-19 pandemic: Increase or trend reversal?” *Medico-Legal Journal*, vol. 88 (1S), 35–37; Видети податке за Немачку: Über 750 Gerichtsentscheidungen zum Coronavirus/Covid-19. Преузето 28. 12. 2021. са https://www.etl-rechtsanwaelte.de/aktuelles/erste-gerichtsentscheidungen-zum-coronavirus

– грешке из нехата које резултирају одлагањем неповезаних третмана и поступака који наносе штету пацијентима.[3]

Пракса је наметнула питања да ли су у овим ситуацијама пружаоци услуга, лекари и здравствене установе изложени већем ризику да буде приговорено њиховом раду и да таква чињења, односно нечињења постану предмет спора пред судом. На пример, многим пацијентима који су позитивни на Covid 19, али нису у тој мери болесни да би били хоспитализовани, препоручује се изолација и да остану на опоравку код куће. То би могло бити спорно уколико је повезано са недостатком болничких кревета и особља широм државе, а особа оде кући и премине. Болнице и они који су медицински одговорни могли би бити оптужени за такав исход. Нарочито, код смртне последице испитује се поштовање стандарда неге и болничких протокола, па и у кризним ситуацијама. Ипак, посебност је што се увек гледају околности и оцењује њихова примереност ономе што су чињенице и својства у датим условима. Треба рећи да процесуирање случајева прате одређене тешкоће, више него у другим предметима, што због извињавајућих разлога, а некад и због усвојених нових прописа у вези са пандемијом.[4]

ПАРНИЦЕ У Covid 19 ПРЕДМЕТИМА

Правни основ

Континентални и англосаксонски правни системи суочили су се и на одређени начин одговорили на питања која је поставила нова ситуација, премда се примећује да донекле постоје разлике у разумевању питања одговорности. Наиме, први системи полазе од општих правила о одговорности која већ постоје и сматрају да она и даље важе у одређеном односу актера и околностима случаја (ко је, како и под којим условима поступао у смислу медицински одговорног поступања). Други системи заузимају став да је постојећа законска регулатива недовољна и да треба усвојити посебне прописе о одговорности у области пружања здравствене заштите док траје пандемија, који уводе имунитет за здравствене професионалце када се поставља питање њиховог медицински одговорног поступања.

[3] Personnic, S. (2021) „Covid-19: Décès du patient contaminé au sein de l'établissement de soins", Mise à jour: 7 juin 2021. Preuzeto 22. 11. 2021. sa http://www.sylviepersonnic-avocat.com/

[4] Cvetković, M. (2021) "Covid-19 pandemic and contractual relationships: force majeure and impossibility", *Teme,* vol. XLV, No 4, 1147–1162.

Новим прописима наглашава се да остварење имунитета на страни оних који медицински поступају подлеже ближе одређеним условима.

Јасно је да у великом броју случајева сва поступања оних који раде на пружању услуга здравствене заштите потпадају под одредбе општих правила о медицинској одговорности према којима се предвиђа да здравствену негу треба пружати савесно и пажљиво у складу са подацима добијеним из науке.[5] У ситуацији здравствене кризе и даље важи обавеза лекара да дође до дијагнозе и плана лечења, као и да посвети потребно време да саслуша сваког пацијента, користећи најприкладније научне методе. Да би се олакшала брига о пацијентима за које се сумња или им је дијагностикован Covid 19, уводи се медицинска телеконсултација као ефикасна помоћ у процени тока здравственог стања пацијената који бораве у кући, у карантину или изолацији. Нови начин комуникације тако постаје правило за негу, осим ако се преглед не може одложити. Телемедицина подлеже истим обавезама као и консултација лицем у лице, али и неким посебним обавезама, са напоменом да кризно стање у здравству може имати утицаја на оквир у којем се телеконсултације спроводе, као и на преузете обавезе. Добар пример законског уређења и позивања на релевантне прописе представља право Француске, и то нарочито у погледу могућих неправилности сврстаних у неколико категорија грешака:

– грешке или кашњење у постављању дијагнозе,[6]

– техничке грешке,[7]

– грешке у контексту постоперативног надзора,[8]

– грешке установа код обавезе пружања неге и информисања пацијената о услугама које пружају, или не пружају.

Учињене грешке и пропусти најчешће се могу окарактерисати као непажња, непромишљеност или немар од стране лекара. Неопходно је да се до краја истраже подаци, не само о спорном поступању, већ и о претходној здравственој нези, како би се могло направити поређење између онога шта би требало учинити и онога што је учињено, а који је био крајњи исход. Законодавне промене у Француској, на пример, резултат

[5] Art.1142-1 Code de la santé publique, Dalloz, 2021.

[6] Art. 4127–4133 који предвиђа да „сви лекари увек морају пажљиво да припреме своју дијагнозу, посвећујући јој потребно време. што је могуће најприкладније научне податке и, ако је потребно, одговарајуће конкурсе, што подразумева да лекар не само да треба да изврши све потребне прегледе, већ и да види као пропуст што пацијента није упутио колеги специјалисти, како би се боље преузела контрола над уоченом патологијом", *Ibid*.

[7] Art. 1110–1115, *Ibid.*

[8] Art. D 712–749, који прописује да пацијентима треба да буду доступни сви људски ресурси као део постоперативног надзора; *Ibid.*

су општеприхваћеног става да постојећи правни систем не пружа адекватан одговор на спорове у вези са штетним последицама болести изазване Covid-ом 19. У склопу решења Француске предложено је оснивање посебног фонда солидарности, какав већ постоји за обештећење жртава азбеста, тероризма или болничких инфекција. То се сматра адекватним одговором, утолико пре што је у одређеним ситуацијама штету коју је претрпела жртва тешко приписати одређеној особи. На посредан начин омогућило би се држави да исплати одштету за другог, чиме се настали спор решава. У том правцу су маја 2020. године усвојене измене и допуне закона[9] које садрже одредбе којима се систем обештећења здравствених ризика предвиђен за жртве медицинских несрећа, јатрогених (пратећих) болести и болничких инфекција проширује на потешкоће настале у контексту дијагностичких, превентивних процедура и неге повезаних са Covid-ом 19. Ипак, таква одредба још увек не покрива све правне ситуације везане за последице Corona вируса.

У праву САД један број држава усвојио је посебна правила о заштити тј. имунитету здравствених професионалаца, пре свега стављајући резерву у погледу њихове одговорности. Дакле, проширена је правна заштита лекара током пандемије, уз ограничења у погледу тога шта под имунитетом подразумевају. Пример таквог законског акта представља Декларација о имунитету,[10] која се односи на одређене контрамере изузимања од одговорности с ограниченим дометом. У примени Декларације о имунитету ограничења постоје кад се здравствена заштита односи на давање антивирусних или других лекова, као и на вакцине или друге лекове који се користе за дијагностиковање, лечење, спречавање или ублажавање Covid-а 19. Америчко медицинско удружење (AMA) такође наводи да се прописи о имунитету не примењују на случајеве очигледне несмотрености у понашању, грубог немара или намерног недоличног понашања.[11]

Сличан је пример државе САД која је донела Закон о опоравку од економских и здравствених утицаја Covid-а 19.[12] Закон пружа ограничен имунитет пружаоцима здравствених услуга и установама за негу за све оно што може настати као резултат лечења појединца током ванредног стања под условима и околностима јавног здравља у вези са Covid-ом 19.

[9] La Loi du 11 mai 2020, l'article L. 3131-4 Code de la santé publique, (N° Lexbase: L9616HZ8), y: Szleper, C. (2020). avocat à la Cour, [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du Covid-19: enjeux, difficultés et perspectives" Lecture 20 min, N3443BY8, le 28. 5. 2020.

[10] The Emergency or Disaster Treatment Protection Act 3080 – Declaration of Purpose, 2020 New York Laws PBH – Public Health Article 30-D.

[11] *Ibid.*

[12] The Covid-19 Recovery Act, May 4, 2020. The North Carolina General Assembly.

За услуге обухваћене имунитетом, оштећеној страни је законски забрањено да води случај поводом евентуалног медицинског несавесног понашања (тзв. *malpraksa*). Ипак, Закон не обезбеђује потпуни имунитет за сву медицинску заштиту и негу. На здравствене услуге су директно или индиректно утицале мере донете због Covid-а 19, али то не значи да постоји имунитет за груби нехат или друге повећане врсте кривице, као што је намера у понашању припадника здравствене професије о чијој се одговорности за штетне последице расправља. Имунитет се односи само на здравствену заштиту и негу после хитне објаве пандемије Covid-а 19, а не на медицинску негу која се пружала пре проглашења тог стања и имунитет истиче кад такво стање престане. Закључује се да постоји само ограничен имунитет у односу на учињене погрешне поступке током пандемије, са напоменом да се ефекти Закона још нису у довољној мери показали у пракси.[13]

Правне особености

У разумевању случајева из праксе и њиховом правном објашњењу судска већа сматрају да увек треба узети у обзир посебне чињенице случаја и релевантне утицаје из окружења у којима су лекар или служба радили. Такође треба узети у обзир и све релевантне информације о ресурсима, смерницама или протоколима који су тада, у време дешавања спорног случаја, постојали.[14] Реч је о сагледавању ризика и последица код случајева одговорности у медицини који се сада дешавају у условима настале здравствене кризе Covid-а 19.

Оно што чини посебност у односу на редовне случајеве лечења код заразних болести јесте увођење метода телеконсултација које су у протеклом периоду развијене и изнуђене насталом кризом.[15] Циљ је да се на тај начин олакша брига о пацијентима, као и да се избегну евентуалне грешке у дијагностици, занемаривању клиничких симптома или неодговарајући избор третмана. Тиме се чини доступнијом и брига за пацијенте код којих се сумња, или им је дијагностикован Covid 19. Медицинска

[13] Sheps, S. (2021). Covid-19's Impact on Medical Professional Liability Litigation, Claims at Coverys, AMWINS, 06.21.

[14] General Medical Council UK, (2020). "How we will continue to regulate in light of novel coronavirus (Covid-19)". Published 3 March. Преузето 5. 12. 2021. са https://www.gmc-uk.org/news/news-archive/how-we-will-continue-to-regulate-in-light-of-novel-coronavirus

[15] Szleper, C. (2020). avocat à la Cour, [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du Covid-19: enjeux, difficultés et perspectives" Lecture 20 min, N3443BY8, le 28. 5. 2020.

телеконсултација представља помоћ у процени здравственог стања пацијента у кућним условима, карантину или изолацији. Сматра се да су телефонски или видео савети постали правило за консултације и здравствену негу великог броја пацијената током пандемије. То је имало свој одраз и на законитост и стручност у раду према правилима усвојених клиничких протокола и утицало на то да се смањи ризик од грешака и потенцијалне одговорности, односно судских процеса.

За процес лечења карактеристична је тријажа пацијената током настале здравствене кризе. У том погледу може се поставити питање дискриминације, као што је брига о старијим особама. Многа питања изазивају забринутост око процедура, посебно код одсуства пребацивања у болницу, у случају сумње на инфекцију, неједнак приступу нези, недостатак поштовања живота и достојанства и недостатак подршке пацијенту на крају живота, као и избор неодговарајућег третмана, или чак одсуство третмана.[16]

За рад припадника здравствених професија, пре свега лекара, оно што је наметнула кризна ситуација је укључивање различитих специјалности у рад епидемиолошких и инфективних служби. Посебно је разматран рад лекара стажиста, студената и практиканата других здравствених струка. Са посебним знањем и вештинама, студент медицине жели да допринесе и активно помогне у раду медицинских тимова и служби. Међутим, наглашава се да присуство стажиста у болници није без ризика, било за себе или за друге.[17] За њих важе како одређена олакшања и мобилност, тако и одговорно понашање у обуци и учењу.

У пракси се исто тако видело да понекад због хитности за време пандемије изостају појединости у вођењу медицинске документације. Поред тога дешавале су се и честе ревизије клиничких протокола услед многих непознаница болести изазваних Covid-ом 19. Све то може бити предмет посебне процене, где закони препознају одређене изузетке. Наиме, предвиђа се да су, без обзира на било који други закон или пропис који налаже супротно, пружаоци здравствене заштите ослобођени захтева вођења евиденције у мери у којој је то потребно, како би неометано извршавали задатке потребне као одговор на пандемију. Ово правило прате изузеци. Тако, не постоји ослобађање од вођења

[16] Szleper, C. (2020). avocat à la Cour, [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du Covid-19: enjeux, difficultés et perspectives" Lecture 20 min, N3443BY8, le 28. 5. 2020.

[17] Hondeghem, S., Lutte, I., Gille, A., Timmermans, L. (2020). "Le stagiaire médecin confronté à la pandémie de Covid-19", *Revue belge du dommage corporel et de médecine légale*, 2020/2, 51.

„...документације која бележи процену и лечење пацијента, захтеве за додељивање дијагностичких кодова или за вођење евиденције у сврху наплате".[18]

Припадници здравствених струка, и поред свих тешкоћа, сматрају да предности добро вођене документације надмашују олакшице које пружа таква одредба закона, будући да је документација важна, не само за заштиту лекара, већ и пацијената, као и за промовисање клиничких истраживања, уколико се она у вези са Covid-ом 19 спроводе.

У време кризе показали су се одређени проблеми у раду и за практичаре менталног здравља. Неочекивано је порасла потреба за здравственим услугама ове специјалности. Поред тога, у клиничком раду постали су чешћи случајеви психијатријских консултација. У том погледу нарочити проблем представљају пацијенти који су способни за одлучивање, а траже отпуст из болнице иако су заражени, или кад траже останак на другим болничким одељењима у ситуацији кад представљају инфективни ризик за медицинско особље и друге пацијенте. Поједини прописи, осим усредсређености на пацијента који се принудно задржава или хоспитализује, дају овлашћења координатору за јавно здравље да може, у одређеним околностима, дати упутства или наметнути захтеве и ограничења особи, без обзира на стање његовог менталног здравља или његових способности да одлучује.[19]

Судска пракса

У збиру покренутих и пресуђених парничних предмета постоје разлике, зависно од природе насталог спора и законске материје којом су регулисани. Према врсти, спорови се могу разликовати по више основа и ситуација, као што су: 1) увођење јавно-здравствених мера; 2) питања радног и професионалног статуса припадника здравствених служби; 3) имунизација и давање вакцина; 4) заражавање и преношење заразе. У сагледавању стања праксе појављује се проблем процесуирања у време пандемије, када питања очувања здравља постају приоритет у односу на било које питање правне, па и судске заштите. Поред тога, од времена настанка пандемије био је кратак период да би се процеси пратили и

[18] Shute, A. D. (2020). "What's Your Malpractice Risk When Treating COVID-19 Patients?" From the WEBMD Archives, What your doctor is reading on Medscape.com: April 29. Преузето 11. 10. 2021. са https://www.medscape.com/viewarticle/929635

[19] Szleper, C. (2020). avocat à la Cour, [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du Covid-19: enjeux, difficultés et perspectives" Lecture 20 min, N3443BY8, le 28. 5. 2020.

судски окончали (завршили, суђења по правилу дуже трају). Због тога, доступне пресуде и подаци о вођеним поступцима још увек не дају шири поглед на исходе поступака и основе решења спорних питања. Судови се угледају на оно што је пресуђено *in meritum*, а приказ случајева из праксе указује на правни одређени пут.

Једну од скоријих одлука која се тиче права на приступ представља пресуда Земаљског суда у Дортмунду.[20] Према чињеничном стању трудница се због болова у пределу бубрега јавила хитној служби. Почетни преглед захтевао је пријем у другу болницу ради даљег дијагностичког појашњења, где је пацијенткиња требало да буде у стационару са другим пацијентима. За пријем је било неопходно да се тестира на инфекцију SARS CoV 2. Она је то одбила, наводећи да нема законског основа за то и да информације о прегледу које је добила путем телефона нису укључивале тестирање. Болница је одбила пријем. Два дана након њеног одбијања, лекар који је био на пријему позвао је пацијенткињу да дође. Она је то прихватила, саопштавајући да је покренула правну заштиту пред судом. Пред судом се поставило неколико правних питања, а пре свега да ли право пацијенткиње на приступ здравственој заштити може бити ограничено у условима пандемије? Релевантни прописи за суд су биле одредбе чланова Немачког грађанског закона који су део посебних прописа и садрже прописе о обавезама типичним за уговор о лечењу.[21] Он се дефинише као уговор две стране за који је прописано да треба да се одвија према медицинским стандардима који су општепризнати у време лечења. Посебан члан предвиђа да су одредбе које се примењују по природи одредбе уговора о услузи, осим ако законом није другачије прописано.[22] Прописано је да уговор може, у зависности од своје садржине, обавезати сваку страну да води рачуна о правима, као и правним и другим интересима стране у уговору.[23] За настанак обавезе правним послом и за промену садржине обавезе сагласно закону потребан је уговор, док пре тога постоје преговори, као фаза закључења уговора.[24] У тражењу одговора на питања Суд је пошао од тога да кад пацијент искаже потребу за болничким лечењем, тада важи обавеза прихватања уговора или услова уговора уколико он није понуђен безусловно. Важан елемент уговора о лечењу су и околности случаја и други интереси, који могу прекинути

[20] Landgericht Dortmund mit Beschluss vom 4. November 2020 (Az.: 4 T 1/20).

[21] Para. 630a NGZ (BGB), Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Bundesgesetzblatt Teil I2013 Nr. 9 vom 25. 2. 2013.

[22] Para. 630b, *Ibid.*

[23] Para. 241, *Ibid.*

[24] Para. 311, *Ibid.*

постизање сагласности воља о предложеном лечењу, и то у било ком тренутку без претходне најаве. За фазу иницирања уговора, односно процес пријема, то значи да тада не постоји право на раскид пре закључења уговора.[25] Одлука суда садржала је мишљење да обавезан тест не представља произвољан нити неморално постављен услов да се пружи здравствена услуга. У сваком погледу тестирање је усмерено на јасне и образложене мотиве и служи за заштиту колега и других пацијената од могуће инфекције и на тај начин одржавање болничког стања у складу са захтевом владине уредбе о заштити од ширења Corona вируса. Остаје да се види да ли је било просторних и кадровских капацитета у простору и кадровима за превентивну изолацију која би била доступна. Чак и након одмеравања сукобљених интереса постоје ситуације које искључују обавезу да се пацијент прими на хоспитално лечење без теста на сваку замисливу здравствену потребу коју има, изузев ако постоји непосредна и акутна опасност по живот. Таквом стању суд у конкретном случају није могао пружити веру, у смислу основаности таквог закључка. Што се тиче судске праксе, одлука Земаљског суда у Дортмунду имала је за последицу да она отклања правну несигурност за многе болнице које себе виде у тренутној ситуацији.[26] У основи постоји дужно уговарање и поступање у пружању болничких услуга, али у време пандемије, постоје ограничења, нпр. због недостатка капацитета за лечење с обзиром на врсту болести или ако тренутна ситуација не дозвољава безбедно лечење. Допушта се и одбијање пријема у одређеним случајевима поремећеног односа поверења са пацијентом, на пример, због поновљеног неразумног понашања или напада на особље. Сматра се да интерес болнице (заштита пацијената и запослених који обављају операције) далеко мањи напад на физички интегритет пацијента него што је тестирање. Изузетак од овог правила постоји код хитних стања и постојања медицинских разлога који то искључују, као што су акутна стања која угрожавају живот и здравље пацијента.

Овом приликом приказаћемо још један интересантан судски спор чији је предмет било питање права на слободан избор вакцине за

[25] Para. 626. BGB; Одредба о раскиду уговора без обавештења из убедљивог разлога говори о томе да „услужни однос може раскинути било која страна у уговору из уверљивог разлога без поштовања отказног рока ако постоје чињенице на основу којих се од стране која је обавестила не може разумно очекивати да настави услужни однос до краја отказног рока или до договореног окончања услужног односа, узимајући у обзир све околности појединачног случаја и вагајући интересе обе стране у уговору"; NGZ (BGB), Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Bundesgesetzblatt Teil I2013 Nr. 9 vom 25. 2. 2013..

[26] Bernd Sehi, H (2021). Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Newsflash 01.2021. Преузето 4. 10. 2021. са www.luther-lawfirm.com

вакцинацију против Covid-а 19.[27] Одлука је била заснована на следећим чињеницама: пацијента старијег од 60 година требало је вакцинисати вакцином из Astra Zeneca-е, коју је Стална комисија за вакцинацију[28] обезбедила путем приоритетне расподеле за особе старије од 60 година. Међутим, пацијент је желео да се вакцинише Фајзер вакцином из BioNTech-а. Суд је одбио овај захтев. За оне који имају право на вакцинацију према прелиминарној процени која се захтева по хитном поступку, ни Правилник о вакцинацији против Corone,[29] нити основна права не дају могућност да се вакцинишу против Corona вируса посебном вакцином. Правилник о вакцинацији против Corone одређује групу особа које имају право на вакцинацију и редослед вакцинација, али не доноси никаква ближа одређења у вези са врстом вакцине. Није спорно што надлежно министарство додељује посебне вакцине одређеним старосним групама онда кад постоји недостатак вакцина. Тужилац није уверио суд да постоје медицински разлози против употребе вакцине Astra Zeneca. Наведена тврдња не може бити изведена ни из права на једнак третман. Према суду, неједнак третман у поређењу са онима млађим од 60 година био је оправдан, посебно због повећаног ризика у овој групи за тромбоемболијске догађаје у овој старосној групи. У време доношења одлуке није било доказа да су се тромбозе јављале са сличном учесталошћу у старосној групи подносиоца представке.[30]

У пракси је забележен и случај у коме је Виши земаљски суд у Франкфурту 17. августа 2021. године по хитном поступку пресудио о томе који од родитеља може да одлучи да ли ће се спровести вакцинација детета.[31] Радило се о 16-годишњем дечаку који се припремао за вакцинацију због његовог здравственог стања и гојазности као фактора ризика. Дете је рођено 2005. године, после чега су се родитељи развели и заједнички врше родитељско старање. Због претходне болести, према Препорукама Сталне комисије Института „Роберт Кох“,[32] постојала је

[27] Verwaltungsgericht Aachen, Urteil vom 21.04.2021, Az. 7 L 243/21.

[28] STIKO-Empfehlung zur Covid-19 – Impfung, Am 21. 12. 2021 ist die 16. Aktualisierung der Covid-19 – Impfempfehlung erschienen; aktualisiert ihre Empfehlung zur Covid-19 – Auffrischimpfung vom 29. 11. 2021 hinsichtlich des Impfabstandes.

[29] Verordnungen zum Schutz vor Infektionen mit Covid-19 (Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS CoV-2) vom 30. August 2021.

[30] Федерално министарство здравља Немачке је по препоруци Института Paul Ehrlich надлежног за праћење вакцинације 15. марта 2021. године због могућег оштећења здравља привремено обуставила давање вакцине Astra-Zeneca.

[31] OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 17. 08. 2021, Az. 6 UF 120/21.

[32] STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung, Am 21. 12. 2021. ist die 16. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung erschienen.

јасна медицинска индикација за вакцинацију против Corona вируса SARS CoV 2 вакцином РНК. Док су се отац и син изјаснили за ову вакцинацију, мајка се није сложила са тим. На вакцинацију је гледала као на „генску терапију“. Да би успео у вакцинацији за свог сина, отац је затражио прелиминарну забрану од надлежног суда и да му суд додели искључиву могућност одлучивања. Захтев је одобрен и син је у међувремену први пут вакцинисан. Мајка се жалила на одлуку суда, после чега је жалба одбијена позивањем на одредбу para. 1628. Немачког грађанског законика која прописује да

> „...уколико родитељи не могу да се сложе око појединачне ствари или одређене врсте питања родитељског старања, чије је уређивање од изузетног значаја за дете, породични суд може пренети одлучивање само једном од родитеља на захтев који покрене неко од њих“.

Одлука о спровођењу наведене вакцинације по мишљењу суда од битног је значаја. Суд је утврдио да је 16-годишњак у основи сам могао да изјави пристанак на медицинску интервенцију као одрасла особа. Међутим, то није безначајна медицинска интервенција. Да би пристанак био делотворан, потребан је не само пристанак пацијента, већ и пристанак родитеља путем тзв. дуплог консензуса. У конкретном случају није било посебних ризика од вакцинације, па је овлашћење за доношење одлуке морало да се пренесе на родитеља који је тражио вакцинацију у складу са препорукама. Дана 16. августа 2021. такође су промењене препоруке у смислу да се вакцинација препоручује за сву децу и адолесценте од најмање дванаест година. Према para. 1697. Немачког грађанског законика, воља детета треба увек да се затражи и поштује. Код детета од 16 година узраст и психофизички развој омогућава му да формира своје мишљење о предностима и ризицима вакцинације. У том погледу, разматрање његове воље говори о бољој способности одлучивања оца детета. Део родитељског старања је такође да се узима у обзир способност детета и потреба да се дете понаша независно и одговорно. Такође није било препознатљивих разлога да се изјасни против вакцинације, јер није постојао одговарајући профил ризика. Осим тога, воља самог детета је вероватно значајно допринела локалном процесу доношења одлука. Ствар би морала другачије да се процени да је отац затражио вакцинацију, али је дете то одбило. С тим у вези, остаје да се види да ли се пресуда може применити на сличне ситуације.

У једном од поступака поставило се питање допуштености тестирања детета школског узраста без обавештавања и пристанка родитеља. Тужилац се у тужби позивао на то да је учињена телесна повреда детета и

психичко узнемирење.[33] Стручно је мишљење да брзи тестови на корону могу осигурати већу сигурност боравка ђака у учионици и тако помоћи у одржавању наставе, али има родитеља који се не слажу са тим да им се деца тестирају, као што је било у случају мајке у Аурицху. Наиме, дете и његови другови из четвртог разреда имали су контакт са дететом које је позитивно на Corona вирус. По сазнању, следећег јутра извршен је брзи тест на свим ученицима у разреду. Мајка је пријавила одговорног лекара здравствене службе због телесних повреда у канцеларији. Она је приложила налаз лекара опште праксе у коме се наводи да је њено дете претрпело тешке психичке трауме услед спроведеног тестирања. Јавно тужилаштво је одбило кривично гоњење и као разлоге навело да не постоји довољна сумња на постојање телесних повреда. Мајка је поднела жалбу против обуставе поступка јавном тужилаштву у Олденбургу, које је потврдило одлуку јавног тужилаштва у Ауриху и истовремено одбило да подигне оптужницу против службеника здравственог одељења. Мајка није била задовољна овом одлуком и жалила се вишем земаљском суду. Прво веће Вишег земаљског суда одбило је молбу мајке. У одлуци се наводи неприхватљивост из формалних разлога, али и неоснованост, будући да нема довољне уверљивости да је дошло до повреде тела тестираног ученика. Брзи тест био је прихватљив према para. 25. Закона о заштити од инфекција.[34] Сматра се да је примена теста примерена мера (сразмерна мери принуде) да би заштитила велики број особа од могуће инфекције. Суд је ценио да је доказна снага потврде коју је мајка приложила под знаком питања, будући да нема довољно приложених налаза. Упитно је како је лекар могао да дијагностикује тешке психичке трауме код детета само на основу једног прегледа. Одмах се посумњало у тачност потврде, али то суд није даље проверавао, већ је пресудио на основу утврђеног чињеничног стања.

У пресуди Управног суда у Лајпцигу из априла 2020. године суд је стао на становиште да је у условима кризе изазване Corona вирусом клиници дозвољено да будућем оцу забрани приступ породилишту.[35] Од 3. априла 2020. клиника, као установа основана у јавном сектору, заузела је став да присуство партнера у пратњи породиља у операционој сали ствара одређени ризик од ширења епидемије. Циљ је спречавање Corona вируса и заштита пацијенткиња, новорођене деце и запослених. У овом

[33] Oberlandesgericht Oldenburg, Beschluss vom 10. 05. 2021, Az. 1 Ws 141/21.

[34] Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) G v. 27. 09. 2021 I 4530.

[35] Verwaltungsgericht VG Leipzig, Urteil vom 9. April 2020, Jurisprudence – 7 L 192/20.

случају будући отац је изјавио притужбу на одлуку клинике. У даљем поступку Управни суд је одбио његову хитну молбу. Према становишту суда, забрана уласка део је јавног кућног реда клинике и постигнута је његова заштитна сврха. Забрана приступа породилишту представља сразмерну меру ако се има у виду уредно пружање услуга. Осим тога, суд је ценио да у то време нису постојала блажа средства, краткорочни тест на Corona вирус није био могућ, а ни заштитна опрема није била доступна у довољним количинама за посетиоце. У позадини одлуке суда стоје нормативи и чињенице о посебној организацији рада здравственог система у време пандемије, а што је суд у овом случају утврдио као мањак капацитета опреме и упосленог особља, због чега се од породилишта није могло тражити другачије поступање. Показује се да функционисање болничких служби може у условима пандемије постати у основи важно питање јавног здравства. С обзиром на све изнето, разумљиво је у специфичној ситуацији не допустити приватни интерес подносиоца тужбе да треба да буде присутан у порођајној сали у моменту рођења детета.

У значајном броју предмета судови су се изјашњавали о поступцима вакцинације и медицинској одговорности у том контексту. Тако је одлучивано о томе да ли се оштећење вакцином, која је дала нежељене реакције, може оквалификовати као повреда на раду, уколико је налог за вакцинацију дао послодавац.[36] Таква врста штете код других вакцина у досадашњој судској пракси сматрала се професионалном повредом уколико је вакцинација била неопходна за обављање посла, а конкретно се ради о пружању здравствених услуга. Према тој пракси послодавци одговарају само ако је повреда настала чињењем два запослена лица или из кривичног дела, где је дошло је до несреће на раду.[37] Ако је оштећење на раду узроковано услед крајње непажње, осигуравајућа агенција врши исплату на име дужне накнаде оштећеној страни.[38] То би било код грешке у избору запослених који, на пример, нису овлашћени да обаве поступак вакцинације, јер нису едуковани нити квалификовани да је стручно и законито спроведу. Осигуравајућа агенција се може одрећи регреса против запослених, али не и против послодавца.

[36] Seitz, J. (2021). "Vaccination damage: who is liable and how much is the compensation?", 25. 08. 2021, 2:21 p.m. Преузето 15. 12. 2021. sa https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/corona-impfschaeden-wer-haftet-und-wie-hoch-ist-der-schadenersatz,SMRpwRK

[37] Paras. 104, 105. Sozialgesetzbuch (SGB) Siebtes Buch (VII); Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Dezember 2014, AZ: L 2 U 99/13; Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 05. 08. 2014, Az: S 36 U 818/12.

[38] Paras. 110, 111. SGB VII, *Ibid.*

Још један предмет из немачке судске праксе описује случај у коме је медицинска сестра признала да је једном броју грађана старијег животног доба у установи за смештај убризгала инјекције физиолошког раствора уместо вакцине.[39] Према њеним наводима, то је урадила да би прикрила чињеницу да је испустила бочице Фајзер вакцине, које су оштећене. После тога је међу особама из тог програма спроведено тестирање на антитела и посумњало се да је погођена већа група људи. Инцидент који је настао приликом давања вакцина окарактерисан је као озбиљан пропуст и догађај који је створио повећан ризик по здравље оштећених. Истрага и локалне власти саопштиле су да не знају тачан број особа које би овим инцидентом могле да буду погођене, али су саветовали да се из предострожности сви пријављени ревакцинишу, како би се отклониле сваке даље последице. Случај је остао у почетној фази процесуирања.

У наредном случају из прикупљене судске праксе, поступак је вођен у погледу самог чина вакцинације. Суд је изнео мишљење да вакцинација по својој природи представља куративни третман који је генерално резервисан да буде обављен од стране лекара.[40] Између лекара и пацијента закључује се уговор о медицинском поступку у смислу одредаба грађанског законика, односно прописа о правима пацијената.[41] Пацијент има право да лекарски поступци који се спроводе према њему буду у складу са општепризнатим професионалним стандардима који су важећи у време лечења, осим ако другачије није уговорено. У круг здравственог особља овлашћеног да обавља вакцинације поред лекара омогућава се да то раде и медицинске сестре и службе хитне помоћи, али само као изузетак кад постоји мањак лекарског кадра, а вишак изражених потреба за имунизацијом. Суд је истакао да тај изузетак не сме да утиче на квалитет услуге приликом спровођења вакцинације, дакле уз обавезност поштовања прописаног медицинског стандарда. Одговорно медицинско поступање такође укључује свеобухватне информације о могућим жељеним и нежељеним реакцијама на вакцину и о контраиндикацијама.

Посебна група спорова тиче се случајева заражавања у болничким условима, што се у време пандемије односило на не-Covid 19 пацијента. Наиме, у већини правних система, што се може видети на примеру Немачке, уочава се да су болничке инфекције већ одраније биле предмет судских спорова у области медицинских штета, невезано за тренутну кризу изазвану вирусом короне. Зато има смисла да се у ситуацији

[39] „Der Landkreis Friesland Impfskandal in Schortens: Mehr als 10.000 Betroffene", NDR Radio & TV Stand: 13. 08. 2021 16:40 Uhr.

[40] BGH, Urteil vom 15. Februar 2000, VI ZR 48/99, Rn. 10.

[41] Para. 630. BGB, *Op. cit.*

настале пандемије такође тражи одређена компензација, под претпоставком да су се оштећени заразили у болници, на неком другом догађају или у продавници. У суштини, то може значити да је организатор или власник одговоран ако се није придржавао службених препорука за спречавање Corona вируса. На пример, био би одговоран да је знао да се један од његових запослених налази у кризном подручју и да није испоштовао препоручени период чекања од две недеље код куће. Одговорност се такође може покренути уколико није предузео разумне мере или је предузео неразумне мере. Посматра се и случај заразе од треће стране. Ако сте заражени трећом страном, поставља се питање да ли је та особа одговорна за штету. Претходна судска пракса Савезног врховног суда Немачке (BGH) по аналогији указује на инфекцију HIV-ом као полазном тачком у одговору на то питање. Савезни суд правде пресудио је да постоји одговорност за HIV инфекцију ако је заражена особа знала за своју болест, а ништа јој од тога није саопштила.[42] Што се тиче Corona вируса, одговорни су сви који су знали за сопствену инфекцију, или бар за њен знатан ризик, а затим су са другима имали незаштићен контакт, а да о томе нису обавестили људе из свог непосредног друштвеног окружења.

У вези са изнетим случајевима вакцинације, од стране судова у Немачкој разматрана су и питања одговорности за последице вакцина, што се такође показало као спорно. Поставило се најпре питање како утврдити оштећење и шта поводом њега чини. Познато је да се непосредно после апликовања вакцине могу појавити различити симптоми, попут повећања температуре, главобоље и болова, а „тек када ове или друге реакције не нестану, онда се говори о оштећењу од вакцине“. Оштећење вакцином стога представља трајно оштећење здравља.[43] У погледу одговорности за такву штету сматра се да свако ко претрпи оштећење вакцинацијом има право на подношење тужбе против државе која је препоручила вакцинацију. Прихвата се да је то случај и код вакцинације против короне. Фармацеутска компанија која продаје производ сноси одговорност ако је лек неисправан. Такође, лекар који је извршио вакцинацију треба да плати одштету ако је погрешио у вакцинацији. На пример, код неких особа вакцина се не може давати због одређених претходних болести тј. контраиндикација. Претходне информације и пристанак на меру вакцинације неопходни су саставни део односа лекара и пацијента.

> „Ако информације нису дате или ако су информације нетачне или непотпуне, јер се прикривају или се недопустиво банализују релевантни

[42] BGH, Urteil vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88.

[43] BGH, Urteil vom 15. Februar 2000, VI ZR 48/99, No. 10

ризици, важност сагласности више не важи, па вакцинацију чини незаконитом телесном повредом.“[44]

То би могло резултирати одштетним захтевима чак и за уобичајене реакције вакцинације, на пример зато што је здравље дотичне особе нарушено у већој мери него само безначајно неколико дана и као резултат тога оштећени је претрпео губитак зараде. Ако вакцина изазове озбиљну болест, оштећени може затражити негу и помоћ према Федералном закону о социјалној заштити. Ово је регулисано у para. 60. Закона о заштити од инфекција.[45]

„Колика ће бити накнада након штете од вакцинације против Corona вируса у овом моменту је тешко предвидети, јер увек зависи од врсте и обима штете која је настала у појединачном случају. У тешким случајевима, по мишљењу коментатора, могао би се постићи вишеструко виши износ обештећења.“[46]

Стање праксе у питању заразе вирусом описује случај из судске праксе САД. Окружни суд Монтгомерија (Мериленд), покренут марта 2020. године, у коме је против болнице и њених запослених који су радили несавесно поднета тужба због погрешног медицинског поступања.[47] Тужбу је поднела оштећена медицинска сестра П. В. која се на послу заразила вирусом короне услед немара здравственог особља. То је довело не само до озбиљног нарушавања њеног здравља, већ и до заражавања њеног супруга, који је потом преминуо од последица инфекције Covid-ом 19. Упркос изнетом чињеничном стању, у овом правном случају тужба је одбијена. Суд је оценио да инфекција преминулог није правно образложена у смислу узрочно-последичне везе, будући да преминули није био ни у каквом односу са туженим послодавцем, који се овде терети као штетник. Суд је приликом доношења одлуке разматрао примену одредаба о имунитету болница и других пружаоца здравствених услуга од одговорности за радње из нехата, које су повезане са текућом јавно-здравственом ситуацијом због Covid-а 19. Ниједан од законских изузетака није се односио на изнете чињеничне наводе. Након уложених жалби после два рочишта, суд је закључио да, упркос јасно образложених навода на којима је тужиља истрајала и за које се утврдило да су тачни, тужиља није успела да увери

[44] Para. 60. Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), 20. Juli 2000.

[45] *Ibid.*

[46] Bernd Sehi, H Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, www.luther-lawfirm.com Newsflash, 01.2021. Преузето 4. 10. 2021.

[47] *DC. v. Sibley Memorial Hospital.* The Circuit Court for Montgomery County, Maryland in July 5, 2021.

суд да прихвати *prima facie* доказ за случај одговорности тужене болнице због „скривљене смрти“ њеног супружника.[48]

Када је реч о државама у региону судска пракса у медицинским предметима веома је мало присутна, те се може рећи да је има само спорадично. Познато је да је један такав случај покренут у Хрватској, али он још није добио свој епилог на суду. Наиме, клиници у којој се десио случај упућен је захтев за обештећење због смрти женске особе старе 84 година од Covid-а 19, за коју породица сматра да се заразила у здравственој установи КБЦ Загреб.[49] Породица преминуле је од клинике тражила накнаду штете од 632.000 куна, као и плаћање трошкова поступка. Клиника је одбила нагодбу сматрајући да није доказано да се пацијенткиња заразила на одељењу клинике. Запослени у овој установи предузели су све мере заштите од Corona вируса, које су у том тренутку биле могуће. Подаци о томе да ли су оштећени поднели тужбу нису изнети у јавност. Иначе, у здравственим установама у Хрватској постоје смернице које омогућавају одређени степен заштите од инфекције припадника здравствених професија, а онда и пацијената, али је и с њима могућност преноса била велика, а разлози за тужбе услед тога ограничени. Са појавом вакцине у току пандемије знатно се повећала сигурност у здравственим установама, где се вакцинишу лекари и здравствено особље. То је, између осталог, разлог што се све више у једном броју држава предлаже и уводи обавезна вакцинација за пружаоце здравствених услуга, као што је то учињено у Италији, Француској, Грчкој и Мађарској.[50]

ЗАКЉУЧАК

Здравствена криза кроз коју данас цео свет пролази јединствена је по томе што се тешко могу предвидети његове последице по становништво, а то се исто може рећи и за правне последице настале кризе. Специфичност Covid-19 патологије и тешко управљање пандемијом рефлектује

[48] *DC. v. Sibley Memorial Hospital.* The Circuit Court for Montgomery County, Maryland in July 5, 2021. V.: Gallegos, A. (2021) „PA Face Lawsuit After Patient Dies of Covid-19”, July 28, 2021, Covid-19 news and guidance in Medscape’s Coronavirus Resource Center, 28.

[49] Видети више: „Podnesen prvi odštetni zahtjev za smrt od korone u Hrvatskoj – Obitelj je od KBC-a Zagreb tražila odštetu od 632.000 kuna i plaćene odvjetničke troškove”. Преузето 12. 10. 2021. са https://www.vecernji.hr/vijesti/podnesen -prvi -odstetni-zahtjev-za-smrt-od-korone-u-hrvatskoj-1516806

[50] Преузето 27. 11. 2021 са https://www.euronews.com/2022/01/06/are-countries-in-europe -are-moving-towards-mandatory-vaccination.

се како на примарну здравствену заштиту, тако и на клиничку праксу. Проблеми су мултиплицирани, те је отуда и правни одговор на настала питања много тежи. Неки поступци у здравственој пракси мењају се у правцу развоја телемедицине и видео-медицине, што никако не може да до краја замени клинички преглед. Исто тако, упитно је да ли инфекције на не-ковид одељењима могу да се квалификују као болничке инфекције. Законом је одавно признато да ванредне ситуације умањују процену стандарда неге. Суд при оцени доказа утврђује основаност стања хитности и да ли је реч о кризној ситуацији Суд одлучује применом важећих закона на конкретне услове, имајући у виду њихов утицај на несметано спровођење протокола лечења, за које се не може кривити само здравствено особље . Судски поступци у време пандемије Covid-а 19 указују донекле на одступања од режима одговорности у медицинским предметима, какво је на пример оснивање одштетног фонда у праву Француске или усвајање закона о имунитету здравствених радника у праву САД. Било да су таква законодавна решења била привремена или ће остати за дужи период, она су евидентно утицала на то да се одговорност у области обављања медицинских професија другачије посматра. Када је реч о медицинским парницама и субјективној одговорности за штету, анализиране пресуде указују да су питања која су судови разматрали била шта је разумно предузети према пацијенту у датим околностима и у складу са стандардима збрињавања и лечења. Приказане иностране судске одлуке управо илуструју таква настојања судова. Разлози утужења и одређене особености доказивања екстремних медицинских услова и стања тражиле су и од стране судова сложенији приступ овим парницама. Ипак, треба закључити да услед мале временске дистанце и знатног броја нерешених парница није могуће сагледати све последице и појединости покренутих судских поступака, а да нека отворена питања још увек траже одговоре.

ЛИТЕРАТУРА

Научни чланци и монографије

Bilotta, C. Zerbo, S. Perrone, G. Malta, G. and Argo, A. (2020) "The medico-legal implications in medical malpractice claims during Covid-19 pandemic: Increase or trend reversal?". *Medico-Legal Journal*, vol. 88 (1S).

Gallegos, A (2021) "PA Face Lawsuit After Patient Dies of Covid-19", July 28, 2021, Covid-19 news and guidance in Medscape's Coronavirus Resource Center, 28.

Маганић, А. (2021) „Грађански спорови као посљедица COVID-а 19 Пандемија Covid". *Ревија Копаоничке школе природног права*, No 2, 115–133. Београд.

Personnic, S. (2021) "Covid-19: Décès du patient contaminé au sein de l'établissement de soins", https://www.sylvie-personnic-avocat.com/, Mise à jour: 7 juin, Преузето 22. 11. 2021.

Радишић, Ј. (1979) *Имовинска одговорност и њен досег*. Институт друштвених наука ИДН , Центар за правна и политиколошка истраживања. Београд, 372.

Seitz, J. (2021). "Vaccination damage: who is liable and how much is the compensation?", 25. 08. 2021, 2:21 p.m, https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/corona-impfschaeden-wer-haftet-und-wie-hoch-ist-der-schadenersatz, SMRpwRK

Sheps, S. (2021). "COVID-19's Impact on Medical Professional Liability Litigation", Claims at Coverys, AMWINS, 06.21.

Shute, A. D. (2020). "What's Your Malpractice Risk When Treating COVID-19 Patients?" From the WEBMD Archives, What your doctor is reading on Medscape.com: April 29, 2020, https://www.medscape.com/viewarticle/929635 Преузето 11. 10. 2021.

Szleper, C. (2020) avocat à la Cour, [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du Covid-19: enjeux, difficultés et perspectives" Lecture 20 min, N3443BY8, le 28-05-2020.

Hondeghem, S., Lutte, I., Gille, A., Timmermans, L. (2020). "Le stagiaire médecin confronté à la pandémie de Covid-19", *Revue belge du dommage corporel et de médecine légale*, 2020/2, 47–58.

Cvetković, M. (2021) "COVID-19 pandemic and contractual relationships: force majeure and impossibility". *Teme,* vol. XLV, No 4, 1147–1162.

Правни прописи

Code de la santé publique, Dalloz, 2021.

Covid-19 Recovery Act, May 4, 2020.

Emergency or Disaster Treatment Protection Act 3080 – Declaration of Purpose, 2020 New York Laws PBH – Public Health.

Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten. Bundesgesetzblatt Teil I2013 Nr. 9 vom 25. 02. 2013.

Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), 20. Juli 2000.

La Loi du 11 mai 2020, N° Lexbase: L9616HZ8

STIKO-Empfehlung zur Covid-19 – Impfung, Am 21. 12. 2021 ist die 16. Aktualisierung der Covid-19 – Impfempfehlung erschienen.

Verordnungen zum Schutz vor Infektionen mit Covid-19 (Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS CoV-2) vom 30. August 2021.

Судска пракса

BGH, Urteil vom 15. Februar 2000, VI ZR 48/99, Rn. 10.

BGH, Urteil vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88.

DC. v. Sibley Memorial Hospital, The Circuit Court for Montgomery County, Maryland in July 5, 2021.

Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Dezember 2014, AZ: L 2 U 99/13.

Landgericht Dortmund mit Beschluss vom 4. November 2020 (Az.: 4 T 1/20).

Landkreis Friesland Impfskandal in Schortens: Mehr als 10.000 Betroffene, NDR Radio & TV Stand: 13. 8. 2021, 16:40 Uhr.

Oberlandesgericht Oldenburg, Beschluss vom 10. 5. 2021, Az. 1 Ws 141/21.

OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 17. 8. 2021, Az. 6 UF 120/21

Verwaltungsgericht Aachen, Urteil vom 21. 4. 2021, Az. 7 L 243/21.

Verwaltungsgericht VG Leipzig, Urteil vom 9. April 2020, Jurisprudence – 7 L 192/20.

Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 5. 8. 2014, Az: S 36 U 818/12.

Извори са интернета

Bernd Sehi, H Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, www.luther-lawfirm.com Newsflash 01. 2021. Преузето 4. 10. 2021.

General Medical Council, UK, "How we will continue to regulate in light of novel coronavirus (Covid-19)". Published 3 March 2020, https://www.gmc-uk.org/news/news-archive/how-we-will-continue-to-regulate-in-light-of-novel-coronavirus Преузето 5. 12. 2021.

"Über 750 Gerichtsentscheidungen zum Coronavirus/Covid-19". Преузето 28. 12. 2021. са https://www.etl-rechtsanwaelte.de/aktuelles/erste-gerichtsentscheidungen-zum-coronavirus

Večernji List HR „Podnesen prvi odštetni zahtjev za smrt od korone u Hrvatskoj, https://www.vecernji.hr/vijesti/podnesen-prvi-odstetni-zahtjev-za-smrt-od-korone-u-hrvatskoj-1516806. Преузето 23. 11. 2021.

https://www.euronews.com/2022/01/06/are-countries-in-europe-are-moving-towards-mandatory-vaccination. Преузето 27. 11. 2021.

Review Article
DOI: 10.5937/gakv95-35915
UDC 34:616.98(497.11)"20"

Hajrija Mujović, Ph.D.[*]
Institute of Social Sciences
ORCid: 0000-0002-2207-0507

A LOOK AT THE LITIGATION IN COVID-19 MEDICAL CASES[**]
– Foreign Case Law –

ABSTRACT: This article provides a look at court cases with a medical background that emerged as a consequence of the COVID-19 pandemic. The majority of cases were started or finished as civil lawsuits. The cases are unique and they testify of disputes founded on different bases and forms of damages. They come from foreign case law, primarily from the US and European countries. The cases are different from one another and they usually concern access to healthcare, preventive measures, testing, emergency, and other conditions related to the work of specialist services, etc. The crisis that has arisen certainly cannot change the existing legal standards and other rules related to the responsibility of healthcare institutions and their employees. The crisis does not have that power, but it does bring certain specificities stemming from diverse situations. This is evidenced by the examples from the most recent case law. In order to ensure whether physicians and other medical staff have committed an error, the court must take into account the concrete working conditions of each of them in the context of the

[*] email: hmujovic@idn.org.rs, Principal research fellow.
[**] The paper was received on January 19. 2022, and the paper was accepted for publication on November 30. 2022.
The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina*

pandemic. Healthcare professionals are facing unusual risks related to the tasks they are being assigned. The existing legal regime of responsibility in healthcare provides some answers, but it is not certain that all the situations that have arisen from the healthcare crisis can be analyzed in the same way, especially due to the crisis situation and the dangers in which medical staff had to act.

***Keywords**:* public health crisis, Covid-19 litigation, medical damages, court decisions, foreign case law

INTRODUCTION

The legal literature abounds in disputes about the questions of responsibility for different kinds of damages. Leading theoreticians emphasize that there are reasons to claim that the responsibility for damages if contrasted with previous historical periods, represents a civilizational achievement which is continually being perfected in such a way that responsibility is constantly being expanded to new domains of life. Legal protection encompasses a growing number of different spheres of interest. The higher the degree of civilizational development, the number of damages with fatalistic consequences becomes lower.[1] In the highly developed world, there is a widespread belief that any kind of damage ought to be reimbursed. This would make the social care for individuals complete because no one would be left to their own devices in a period of trouble. However, this degree of civilizational development has not been achieved yet. Reimbursements are ensured from the legal standpoint only for those damages for which a particular person bears responsibility. This is the source of many uncertainties because the sphere of responsibility does not have clear lines of demarcation and they need to be established on a case-by-case basis while abstract boundaries of responsibility need to be made concrete.

The most recent examples of cases of dispute are related to the damages that arose as consequences of the COVID-19 pandemic, regardless of whether they were directly or indirectly caused by it. When it comes to the approach to this topic, one can differentiate between a narrow and broad understanding of civil law cases, whereby in the first part of the article, the focus is on medical cases (procedures, services, emergency conditions, etc.), while the second part deals with the restrictions to the rights and liberties of citizens. We must emphasize the fact that the number of civil law cases caused by the pandemic

[1] Radišić, J. (1979). *Imovinska odgovornost i njen doseg*. Belgrade: Institute of Social Sciences, Center for Legal and Political Research, 9–12.

has increased abruptly, which is unambiguously evidenced by the court practice from foreign countries.[2]

THE HEALTHCARE CRISIS AND RESPONSIBILITY

The COVID-19 pandemic has led to the disorganization of numerous healthcare systems and it has had an impact on healthcare measures and treatment procedures both in terms of the populations of patients affected by the coronavirus as well as patients suffering from other diseases and healthy persons who were included into the measures of prevention, especially through immunization procedures. Unexpected situations often lead to disturbances and reductions of healthcare protection or even to a complete lack of access to medical care for patients with other forms of pathology. This includes the phenomenon of cancelling booked treatment slots in order to wait for a more favourable situation or emergency states at a time of extreme crisis which could not have resulted in favourable outcomes.

When it comes to the work of healthcare professionals, physicians, specialists, and interns during the pandemic, they all contributed to the practice and crisis management within the scope of their competencies and the means at their disposal. However, bearing all this in mind, one cannot exclude the possibility of certain kinds of medical negligence, which could arise during the crisis and which could be a basis for filing a lawsuit. There are certain situations from the domain of infectious diseases that are familiar from previous legal practice but which have obtained new features during the pandemic and in some cases even more severe forms such as the failure on the part of hospitals to prepare and respond to an increased demand for services on the part of patients infected with the coronavirus; negligence in the failure on the part of hospitals and their employees to diagnose the coronavirus in patients in a timely manner; negligent failure to undertake certain safety measures in order to prevent or restrict the exposure and spread of the coronavirus among patients who were not previously infected (non-COVID patients); negligent failure to treat patients with coronavirus appropriately and in a timely manner; negligent mistakes that result in the postponement of unrelated treatments and

[2] Maganić, A. (2021). Građanski sporovi kao posljedica COVID-a 19 Pandemija COVID. *Revija Kopaoničke* škole *prirodnog prava*, Belgrade, 2, 115–133; Bilotta, C., Zerbo, S., Perrone, G., Malta, G., Argo, A. (2020). The medico-legal implications in medical malpractice claims during Covid-19 pandemic: Increase or trend reversal?. *Medico-Legal Journal*, Vol. 88(1S), 35–37; See the data for Germany: Über 750 Gerichtsentscheidungen zum Coronavirus/Covid-19. Accessed on December 28, 2021, available at: https://www.etl-rechtsanwaelte.de/aktuelles/erste-gerichtsentscheidungen-zum-coronavirus

procedures that cause damage to patients.[3] In practice, the question of whether in these situations the providers of healthcare services are exposed to greater risks of receiving complaints about their work and that their actions or failures to act might become the subject of a lawsuit has been raised. For example, many patients who test positive for the coronavirus but do not have symptoms severe enough to require hospitalization are sent to home treatment and isolation is recommended. This could be a matter of dispute if it is linked to the lack of hospital beds and medical staff throughout the country, especially if the person leaves the hospital and dies. Hospitals and those who are medically responsible could be sued over such an outcome. If the patient dies, adherence to the standards of treatment and hospital protocols is investigated even in crisis situations. Nevertheless, it is important that the circumstances and the evaluation of the actions with regard to the facts and properties of the given situation are always taken into account. It should be said that the processing of cases is accompanied by certain difficulties more so than in other types of lawsuits, both due to exculpatory reasons and due to newly implemented regulations associated with the pandemic.[4]

LITIGATION IN COVID-19 CASES

Legal basis

Continental and Anglo-Saxon legal systems have confronted and responded to the new circumstances; however, it can be noticed that there are some differences in the understanding of the question of responsibility. Namely, the former systems start from the basic rules about responsibility that are already in place and presuppose that these rules are still applicable in a given relationship between the parties and circumstances of the case (who acted in what kind of manner and under which circumstances, in the sense of medically responsible practices). The latter systems take the position that the existing legal regulations are insufficient and new special regulations regarding responsibility in the domain of providing medical protection in the pandemic need to be implemented, which would introduce immunity for healthcare professionals when it comes to the question of their medically responsible

[3] Personnic, S. (2021). *Covid-19: Décès du patient contaminé au sein de l'établissement de soins*. *Mise à jour: 7 juin 2021*. Accessed on November 22, 2021, available at: http://www.sylvie-personnic-avocat.com/

[4] Cvetković, M. (2021). COVID-19 pandemic and contractual relationships: force majeure and impossibility. *Teme,* vol. XLV, No 4, 1147–1162.

practice. New regulations emphasize that immunity can apply to individuals who provide medical care under specifically-defined conditions.

It is clear that in a large number of cases all actions of those who provide medical services fall under the scope of the general rules about medical responsibility, which stipulate that medical services must be provided conscientiously and carefully in accordance with scientific data.[5] In a healthcare crisis situation, there is still the obligation of a physician to establish a diagnosis and plan of treatment as well as to dedicate the necessary time to interview each patient using the most suitable scientific methods. In order to facilitate care for patients who have been diagnosed with COVID-19 or who show signs of this infection, medical tele-consultations are introduced as an efficient form of assistance in assessing the development of the medical condition of a patient who has been sent to home treatment, quarantine, or isolation. In this way, a new form of communication becomes a rule of care unless the examination cannot be postponed. Telemedicine is subject to the same obligations as in-person consultations as well as some special obligations, with the note that a crisis situation in healthcare can have an impact on the framework in which tele-consultations take place and the obligations that are adopted. A positive example of legal regulation and reference to relevant legislation can be found in French law, especially with regard to the possible irregularities classified into several categories of mistakes: mistaken or belated diagnosis,[6] technical mistakes,[7] mistakes related to post-operative care,[8] mistakes of the institutions associated with providing care and informing patients about the services that they provide or do not provide. The mistakes and errors can usually be characterized as negligence, lack of due care, or lack of consideration on the part of the physician. It is necessary to conduct a full investigation of the data, not just about the action at stake, but also about previous healthcare provision in order to make a comparison between what should have been done and what was actually done as well as what the ultimate outcome was. The legislative changes in France, for instance, are the result of a widely-accepted view that the existing legal system does not provide an adequate response in relation

[5] Art.1142-1, Code de la santé publique, Dalloz, 2021.

[6] Arts. 4127–33 which prescribes that "all doctors must prepare their diagnoses carefully by dedicating the necessary time to it as well as taking into account the most adequate scientific data and, if needed, the appropriate consultations, which means that a physician must carry out all the required examinations but also view it as an error if they did not direct the patient to a specialist in order to establish better control over the observed pathology." *Ibid*.

[7] Art. 1110-5, *Ibid.*

[8] Art. D712-49, which prescribes that patients must have at their disposal all human resources necessary for the post-surgery surveillance. *Ibid.*

to the harmful consequences of COVID-19. As part of the French solution, there was the proposal to found a special solidarity fund, similar to the one that already exists to reimburse victims of asbestos, terrorism, and hospital infections, all the more so because in certain situations it is difficult to ascribe the damages that the victim suffered to a particular person. This would be an indirect way for the state to reimburse the damages on behalf of another legal person, thereby resolving the dispute. In May of 2020, amendments to this law[9] were passed with the aim of introducing provisions that expand the system of reimbursement of medical risks that was put in place for victims of medical accidents, associated diseases, and hospital infections to problems caused in the context of diagnostic and preventive procedures and care related to COVID-19. Nonetheless, this provision does not cover all legal situations associated with the consequences of the coronavirus.

Within US law, a number of states passed special rules on the protection (i.e. immunity) of healthcare professionals, primarily by introducing a caveat with regard to their responsibility. Therefore, the legal protection of physicians was expanded during the pandemic with some restrictions on what the immunity covers. An example of this kind of legal act can be found in the Declaration on Immunity[10] which refers to certain countermeasures of responsibility exemption of restricted scope. There are limitations in the application of the Declaration on Immunity having to do with situations in which medical care involves administering anti-viral and other drugs as well as vaccines and other medications used to diagnose, treat, prevent, and mitigate COVID-19. The American Medical Association (AMA) also states that the regulations on immunity do not apply to cases of obviously negligent behaviour, gross disregard, or intentional inappropriate behaviour.[11]

A similar example can be found in one US state which passed the COVID-19 Recovery Act.[12] This act provides restricted immunity to the providers of medical services and healthcare institutions for all harms that can occur as a consequence of treating individuals during the crisis and under the public health circumstances caused by COVID-19. The damaged party is legally prevented from filing a lawsuit in response to negligent medical behav-

[9] La Loi du 11 mai 2020, l'article L. 3131-4 Code de la santé publique, (N° Lexbase: L9616HZ8), in: Szleper, C. (2020). [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du covid-19: enjeux, difficultés et perspectives", N3443BY8, Lecture 20 min, le 28-05-2020.

[10] The Emergency or Disaster Treatment Protection Act 3080 – Declaration of Purpose, 2020 New York Laws PBH – Public Health Article 30-D.

[11] *Ibid.*

[12] The North Carolina General Assembly. The COVID-19 Recovery Act, May 4, 2020.

iour (so-called malpractice). Still, the act does not provide complete immunity for all medical care and protection. Healthcare services have been directly or indirectly impacted by the measures that were put in place in response to COVID-19, but this does not mean that there is an immunity for gross negligence or other forms of culpability, such as premeditated behaviour on the part of the members of the legal profession whose responsibility for harmful consequences is the subject of dispute. Immunity applies only to legal protection and care following the urgent proclamation of the pandemic of COVID-19 and it does not cover medical care that was provided before the proclamation of this emergency state. The immunity expires once the emergency state is revoked. It is concluded that there is only a limited immunity in relation to mistakes that were made during the pandemic with the note that the effects of the law have not been sufficiently tested in practice.[13]

Legal characteristics

In the study of case law and the legal explanations provided by councils of judges, there is the view that particular characteristics and relevant environmental factors that affected the work of physicians and medical care providers always need to be taken into account. One also needs to take into account all the relevant information on resources, directions, or protocols that were in place at the time when the event under dispute took place.[14] What we are dealing with here is the evaluation of risks and consequences in cases involving medical responsibility which are now taking place under the conditions of a healthcare crisis caused by COVID-19.

What makes these cases special in comparison to ordinary cases of treatment of infectious diseases is the introduction of the methods of tele-consultations which had been developed in the interim and necessitated by the crisis.[15] The goal is to facilitate care for patients as well as to avoid potential mistakes in diagnosing, neglect of clinical symptoms, and inappropriate choice of treatment. This improves access to care for patients who show signs of COVID-19 infection or have been diagnosed with COVID-19. Medical

[13] Sheps, S. (2021). COVID-19's Impact on Medical Professional Liability Litigation. *Claims at Coverys*, AMWINS, 06.21.

[14] General Medical Council UK. (2020). *How we will continue to regulate in light of novel coronavirus (COVID-19)*, Published 3 March. Accessed on December 5, 2021, available at: https://www.gmc-uk.org/news/news-archive/how-we-will-continue-to-regulate-in-light-of-novel-coronavirus

[15] Szleper, C. (2020). [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du covid-19: enjeux, difficultés et perspectives", N3443BY8, Lecture 20 min, le 28-05-2020.

tele-consultation represents assistance in the evaluation of the medical conditions of patients in home treatment, quarantine, or isolation. It is believed that telephone or video consultations have become the norm for consulting and medical care for a large number of patients during the pandemic. This has been reflected in the legality and professionalism of the work done by medical professionals according to the rules of the adopted clinical protocols and had an impact on the reduction of risks of errors and potential responsibility, and consequently legal processes.

The treatment process is characterized by patient triage during a public health crisis. In that sense, the question of discrimination becomes pertinent, for instance, when it comes to older individuals. Many questions might be a cause of concern around these procedures, especially in the absence of the hospitalization option in the case of a suspected infection, unequal access to care, the lack of respect for life and dignity, and the lack of patient support at the end of life, as well as inappropriate treatment or even the absence of treatment.[16]

When it comes to the work of healthcare professionals, primarily doctors, the crisis situation has enforced the inclusion of various specialists into the work of epidemiological and infectious disease services. What has come under special attention is the work of interns, students, and practitioners of other medical vocations. With special knowledge and skills, a medical student wants to contribute to and actively assist the work of medical teams and services. However, it is emphasized that the presence of interns in a hospital is not without risks, both for the interns themselves and for others.[17] They are subject to certain exemptions and flexibility as well as responsibility in learning and training.

In practice, it could be observed that due to the urgency of the situations, during the pandemic, that there were some gaps in particular segments of medical documentation. What is more, there were also frequent revisions of clinical protocols owing to numerous unknowns about COVID-19. All of this can be subject to special evaluations where laws recognize certain exceptions. However, it is predicted that, regardless of which other law or regulation demands the contrary, the providers of medical protection are free from the requirement of maintaining the necessary degree of documentation in order to successfully fulfil the tasks related to the struggle against the pandemic. This rule is accompanied by some exceptions. In this way, there is no exemption

[16] Szleper, C. (2020). [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du covid-19: enjeux, difficultés et perspectives", N3443BY8, Lecture 20 min, le 28-05-2020.

[17] Hondeghem, S., Lutte, I., Gille, A., Timmermans, L. (2020). "Le stagiaire médecin confronté à la pandémie de Covid-19", *Revue belge du dommage corporel et de médecine légale*, 2020/2, 5151.

from the obligation of maintaining documentation that includes the prognosis and treatment of patients, requests for assigning diagnostic codes or the register related to payments.[18] The representatives of healthcare processions, despite all the difficulties, believe that the advantages of well-maintained documentation supersede the facilitations provided by such a legal provision given that the documentation is important not just as a means of protecting physicians but also patients and as a way of promoting clinical research that is being carried out in association with COVID-19.

At the time of crisis, there emerged certain problems in the work of mental health professionals as well. The demand for the medical services of these specialists suddenly surged. Moreover, the cases of psychiatric consultations become more frequent in clinical work. In this domain, particular problems were encountered with respect to patients who were capable of autonomous decision-making but they demanded to be discharged from hospital while being infected or, alternatively, demanded to remain in hospital units in situations in which they represented a risk of infection for medical staff and other patients. Certain regulations, apart from the focus on patients who are retained or hospitalized against their will, empower public health coordinators to, under certain circumstances, give instructions or impose demands and restrictions to a person, regardless of the state of their mental health or their capacity to decide.[19]

Case law

In the set of initiated and finalized civil lawsuits, there are differences depending on the nature of the dispute and the legal matter that regulates it. Based on the type, the disputes can be differentiated according to several grounds and situations such as: 1) the introduction of public health measures; 2) questions of employment and the professional status of the members of healthcare services; 3) the immunization and vaccination; 4) infection and transmission of the disease. In an analysis of case law, one encounters a problem of conducting a legal process during a pandemic when questions of preserving public health become the priority in relation to any question of legal protection including court protection. Besides, the time period from the onset of the pandemic was too short to follow and finalize these lawsuits in

[18] Shute, A. D. (2020). *What's Your Malpractice Risk When Treating COVID-19 Patients?*. Accessed on October 11, 2021, available at: https://www.medscape.com/viewarticle/929635

[19] Szleper, C. (2020). [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du covid-19: enjeux, difficultés et perspectives", N3443BY8, Lecture 20 min, le 28-05-2020.

court. For these reasons, the available verdicts and data on processed cases do not yet provide a broader look at the outcomes of the processes and the grounds for the solutions to the disputed matters. Courts typically base their rulings on existing *in meritum* verdicts, and an overview of case law provides insights into a certain legal direction.

One of the most recent decisions regarding the right to access comes from the verdict of the District Court in Dortmund.[20] According to the statement of facts, a pregnant woman appeared in an emergency room with pains in her kidneys. The initial examination demanded the admission into another hospital for further diagnostic clarifications where the patient should have been stationed with other patients. For the purposes of admission, she needed to take a SARS CoV 2 test. She refused to do so stating that there was no legal basis for that and the information about the examination that she received over the phone did not include testing. The hospital refused to admit her. After two days, the doctor who received her invited her to visit him again. She accepted to do so informing them that she had asked for legal protection in front of a court. There were several questions that were asked in court, but the primary one was whether a patient's right to access to medical care can be restricted in the conditions of the pandemic. The relevant regulations for the court were the provisions of the German Civil Code which were part of special regulations and contained rules about the obligations typical for a treatment contract.[21] It is defined as a contract between two parties which needs to be established according to medical standards which are universally recognized at the time of treatment. A special article prescribes that the provisions that apply are inherently provisions of a service contract unless it is specified differently by law.[22] It is prescribed that a contract can, depending on its contents, oblige each side to take into consideration the rights as well as legal and other interests of the other party to the contract.[23] For a legal obligation stemming from a legal act to come into existence, in accordance with the law, what is necessary is a contract, which is preceded by negotiations as a phase in the formation of a contract.[24] In order to find answers to the questions, the Court started from the assumption that when a patient expresses a need for hospital treatment, there is the obligation of accepting the contract or the conditions of the contract if it is not offered unconditionally. Important elements of a treatment contract are

[20] Landgericht Dortmund mit Beschluss vom 4. November 2020 (Az.: 4 T 1/20).

[21] Para. 630a NGZ (BGB), Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Bundesgesetzblatt Teil I2013 Nr. 9 vom 25.02.2013.

[22] Para. 630b, *Ibid.*

[23] Para. 241, *Ibid.*

[24] Para. 311, *Ibid.*

the circumstances of the case and other interests which could interrupt the consensus of the wills concerning a recommended treatment at any time without previous announcement. In the phase of the initiation of the contract, i.e., the process of admission, this means that there is no right to terminate the contract before it has been concluded.[25] The court's decision included an opinion that an obligatory test does not represent an arbitrary or unethically-imposed condition for providing medical care. From every aspect, testing is directed at clear and justified motives and it serves to protect colleagues and other patients from a possible infection and in that way maintain a hospital environment that is in accordance with the government's decision about the prevention of the spread of coronavirus. It remains to be seen whether there were spatial and labour power capacities to make possible preventive isolation instead of the test. Even after the conflicting interests are weighed out, there are situations that exclude the obligation to accept a patient into a hospital without a test for any potential medical condition they might have unless there is an acute and immediate risk of death. In the case at hand, the court could not accept a claim of this kind in the sense of justifiability of this conclusion. When it comes to case law, the decision of the District Court in Dortmund resulted in the removal of legal insecurity for many hospitals that found themselves in a similar situation.[26] In essence, the duty of establishing a contract and providing medical care exists, but during a pandemic, there are restrictions, e.g., due to the lack of capacity for treatment with regard to the type of illness or if the situation does not allow for safe treatment. The refusal to admit patients is allowed under certain conditions involving a disturbance in the relationship of trust between the patient and the doctor, for instance, due to repeated unreasonable behaviours or assaults on the staff. It is understood that the interest of the hospital (the protection of patients and employees who conduct their work) justifies a relatively small infringement on patients' physical integrity, such as testing. The exception to this rule can be found in emergency conditions and other cases such as acute conditions that threaten a patient's life.

[25] Para. 626 BGB; The provision the termination of a contract without notification invokes the notion that "a service relationship can be terminated by either side based on a valid reason without adhering to the termination period if there are facts based on which the notifying side cannot be reasonably expected to continue the service relationship until the end of the termination period or until the agreed termination of the service relationship, taking into account all the circumstances of the given case and weighing out the interests of both sides." *Ibid.*

[26] Bernd Sehi, H. (2021). *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Newsflash* 01.2021. Accessed October 4, 2021, available at: www.luther-lawfirm.com

Here we will present another interesting dispute the subject of which was the issue of the right to free choice of vaccine against COVID.[27] The decision was based on the following facts. A patient who was older than 60 was supposed to be vaccinated with an Astra Zeneca vaccine that was supplied by the Regular Vaccination Commission[28] as part of priority distribution for patients older than 60. However, the patient wanted to be vaccinated with the Pfizer BioNTech vaccine. The court rejected this request. For those who are entitled to vaccination following a preliminary assessment based on an emergency procedure, neither the Rules for the Vaccination against Coronavirus[29] nor basic rights can provide the option of being vaccinated against coronavirus with a special vaccine. The Rules for the Vaccination against Coronavirus defines the groups of individuals who have the right to vaccination and the order of vaccination but it does not introduce any specific provisions related to the kinds of vaccines. It is not a subject to dispute that the ministry in charge assigns special vaccines to certain age groups when there is a shortage of vaccines. The plaintiff did not convince the court that there were medical reasons against the use of the Astra Zeneca vaccine. The presented claim cannot be deduced from the right to equal treatment either. In view of the court, the unequal treatment in comparison to those younger than 60 was justified especially due to the increased risk of thromboembolism in this age group. At the time of this decision, there was no evidence that thromboembolisms took place with similar frequency in the age group that the plaintiff belonged to.[30]

Case law also includes a case from August 17, 2021, in which the Higher Regional Court in Frankfurt ruled, following an emergency procedure, regarding the issue of which parent is allowed to decide if a child will be vaccinated.[31] The case involved a 16-year old boy who was preparing to take the vaccine due to his medical condition and obesity as an additional risk factor. The child was born in 2005 and his parents later divorced with joint custody. Due to previous diseases, according to the Recommendations of the Regular

[27] Verwaltungsgericht Aachen, Urteil vom 21.04.2021, Az. 7 L 243/21.

[28] STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung, Am 21.12.2021 ist die 16. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung erschienen; aktualisiert ihre Empfehlung zur COVID-19-Auffrischimpfung vom 29.11.2021 hinsichtlich des Impfabstandes.

[29] Verordnungen zum Schutz vor Infektionen mit COVID-19 (Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS CoV-2) vom 30. August 2021.

[30] On March 15, 2021, The Federal Ministry of Health of the Republic of Germany temporarily stopped the administration of the Astra Zeneca vaccine following a recommendation of the Paul Ehrlich Institute in charge of monitoring the process of immunization due to potential health damages.

[31] OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 17.08.2021, Az. 6 UF 120/21.

Commission of the Robert Koch Institute,[32] there was a clear medical indication for RNA vaccination against the SARS CoV 2 virus. While the father and the son were in favour of this vaccination procedure, the mother was opposed to it. She viewed vaccination as a kind of "gene therapy". In order to carry out the vaccination of his son, the father requested a preliminary injunction from the court in charge in order to obtain an exclusive right to decide. The request was granted and his son was vaccinated in the meantime. The mother appealed against the court's decision, after which the appeal was rejected based on provision No. 1628 of the German Civil Code which prescribes that "if parents are not able to agree on a specific parenting decision or question which is of special significance for the child, the family court can transfer the decision-making power onto one of the partners following a request made by one of them". The decision on vaccination was of significant importance in the view of the court. The court established that the 16-year old boy was in principle able to express consent to the medical procedure like an adult individual. However, this is not an insignificant medical intervention. In order to ensure the validity of consent, the consent of the parents was needed as well (the so-called double consent). In this concrete case, there were no special risks of vaccination which is why the authority for decision-making was transferred to the parent who requested vaccination in accordance with the recommendations. On August 16, 2021, there was also a change of recommendation regarding vaccination and vaccines were recommended for all children and adolescents older than 12. According to Article 1697 of the German Civil Code, a child's will should always be consulted and respected. With children who are 16 years old, age and psychophysical development allows them to form their opinions about the advantages and risks of vaccination. In this regard, taking into consideration his decision, speaks about a better decision-making capacity on the part of the father. It is a part of parenting to consider the child's ability and need to behave and act independently and responsibly. Also, there were no clear reasons to oppose vaccination because there was no suitable risk profile. Besides, the child's will was a significant contributing factor in the local decision-making. The matter would have to have been evaluated in a different manner had the father demanded vaccination while the child refused it. In that regard, it remains to be seen whether this decision will be applicable in other similar situations.

In one of the cases, there was the question of the justifiability of testing a school child without informing parents and obtaining their consent. The

[32] STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung, Am 21.12.2021 ist die 16. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung erschienen; aktualisiert ihre Empfehlung zur COVID-19-Auffrischimpfung vom 29.11.2021 hinsichtlich des Impfabstandes.

plaintiff indicated that the child suffered a bodily injury and psychological harassment.[33] The expert opinion was that rapid testing for coronavirus can ensure a higher degree of safety for children and assist the teaching process, but there were some parents who objected to their children being tested; such was the case of a mother from Aurich. Namely, her child and his friends from fourth grade were in contact with a child who was positive for coronavirus. Once this information emerged, the next morning, all the children in the class were tested with a rapid test. The mother reported the physician in charge for bodily injury in his office. She supplied a medical report indicating that the child suffered severe psychological trauma due to being subjected to the test. The district attorney refused to prosecute the case by stating that there were no grounds to suspect the existence of bodily injury. The mother appealed against the suspension of proceedings to the district attorney's office in Oldenburg, which affirmed the decision of the district attorney in Aurich and simultaneously refused to charge the officials of the public health department. The mother was not satisfied with the decision and she complained to the Higher Regional Court. The first council of the Higher Regional Court rejected the mother's appeal. The decision reflects the unacceptability due to formal reasons but also the lack of merit given that there is no sufficient indication that the tested student had sustained a bodily injury. The rapid test was acceptable according to Article 25 of the Law on the Protection against Infections.[34] It is believed that the application of the test was an appropriate measure (commensurate to the degree of coercion) to protect a large number of persons from a potential infection. The court was of the opinion that the proven merit of the report that the mother had supplied was questionable since it does not include a sufficient amount of attached evidence. It is questionable how the doctor could have diagnosed severe psychological trauma in a child only on the basis of a single examination. The doubt about the accuracy of the report was raised immediately, but the court did not proceed to examine it further. Instead, it ruled on the basis of the established facts of the case.

In a verdict of the Administrative Court in Leipzig from April 2020, the court was of the opinion that in the conditions of a crisis caused by the coronavirus, a clinic is allowed to deny access to a maternity hospital to a prospective father.[35] From April 3, 2020, the clinic, as an institution founded by the government, decided that the presence of the partner accompanying a woman in

[33] Oberlandesgericht Oldenburg, Beschluss vom 10.05.2021, Az. 1 Ws 141/21.

[34] Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162) G v. 27.9.2021 I 4530.

[35] Verwaltungsgericht VG Leipzig, Urteil vom 9. April 2020, Jurisprudence – 7 L 192/20.

labour creates a certain risk of the spread of infection. The goal was to prevent the spread of coronavirus and protect the patients, new-born babies and the employees. In this case, the future father issued a complaint against the clinic's decision. In the further process, the Administrative Court refused his urgent request. According to the court's opinion, the denial of entrance to the hospital was part of the clinic's ground rules and it had achieved its protective aim. The denial of entrance to the maternity hospital represents a proportionate measure bearing in mind its regular provision of services. Besides, the court was of the opinion that at that time there were no milder means to prevent the spread of the virus as the rapid test was not available and the protective equipment was not in sufficient supply for the visitors. The court's decision is set against the background of norms and facts about special organization of the work of the healthcare system during the pandemic, and one of the central facts was that there was a shortage of equipment and laborpower, which is why it was not feasible to demand a different course of action from the maternity hospital. It appears that the functioning of hospital services during a pandemic can become an important question of public health. Bearing all of this in mind, it is justifiable to constrain the private interest of the plaintiff to be present in the delivery room at the moment of birth of their child in this specific situation.

In a significant number of cases, the courts ruled on disputes about the process of vaccination and medical responsibility in that context. In this way, it was decided whether damages caused by the vaccine, which resulted in some negative side-effects, can be qualified as a work-related injury if the order for vaccination was issued by the employer.[36] In previous practice, this kind of damage was viewed as a professional injury if vaccination was needed for the purposes of carrying out work responsibilities, and the concrete case was related to the provision of healthcare services. According to this practice, employers are responsible only if the injury resulted from the actions of two employees or from a criminal act which involved a workplace accident.[37] If the injury at work was caused as a result of gross negligence, an insurance agency would issue a payment to the injured side covering the damages.[38] This would apply, for instance, to a mistake in the selection of employees who are not certified to conduct the procedure of vaccination because they are not trained or

[36] Seitz, J. (2021). *Vaccination damage: who is liable and how much is the compensation?*. 08/25/2021, 2:21 p.m. Accessed on December 15, 2021, available at: https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/corona-impfschaeden-wer-haftet-und-wie-hoch-ist-der-schadenersatz, SMRpwRK

[37] Paras. 104, 105 Sozialgesetzbuch (SGB) Siebtes Buch (VII); Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Dezember 2014, AZ: L 2 U 99/13; Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 5.8.2014, Az: S 36 U 818/12.

[38] Paras. 110, 111 SGB VII, *Ibid.*

qualified to do it professionally and legally. The insurance agency can waive its reimbursement against the employees but not against the employer.

An additional case from German case law describes a case in which a nurse confessed to having injected saline instead of a vaccine to a number of older citizens.[39] According to her statement, she did so to cover up the fact that she had dropped and damaged bottles of the Pfizer vaccine. After that, an antibody testing procedure was carried out among the persons from that program, which raised suspicion that a larger group of people were damaged in this way. The incident that took place during the vaccination program was characterized as a serious oversight and an event that resulted in an increased threat to the health and wellbeing of the damaged parties. The investigation and local authorities stated that they did not know the correct number of persons who could have been affected by this incident, but they advised all those who registered for vaccination to get revaccinated out of precaution in order to remove any other potential consequences. The case remains in the initial processing phase.

In the following case from collected case law, a process was conducted in relation to the act of vaccination itself. The court expressed the opinion that vaccination by its nature represents a curative treatment which is generally supposed to be conducted by a physician.[40] Physicians and patients enter a contract about a medical procedure in the sense of the provisions of the Civil Code, i.e., the provisions on the rights of patients.[41] The patient has a right that the medical procedures that are conducted be in compliance with the generally accepted professional standards at time of treatment, unless it is otherwise agreed. The circle of medical staff authorized to conduct vaccination, apart from physicians, also includes nurses and emergency healthcare providers, but only if there is a shortage of physicians and an increased need for immunization. The court emphasized that this exception cannot affect the quality of service during vaccination, which means that there is an obligation to adhere to the defined medical standards. Responsible medical practice also includes comprehensive information about possible positive and negative reactions to the vaccines and contraindications.

A special category of disputes concerns cases of infection in a hospital environment, which during the pandemic referred to non-COVID patients. Namely, in the majority of legal systems, as for example in Germany, it can be noticed that hospital infections were subjects of civil law cases in the

[39] "Der Landkreis Friesland Impfskandal in Schortens: Mehr als 10.000 Betroffene". NDR Radio & TV Stand: 13.08.2021 16:40 Uhr.

[40] BGH, Urteil vom 15. Februar 2000, VI ZR 48/99, Rn. 10.

[41] Para. 630 BGB, *Op. cit.*

domain of medical damages irrespective of the current crisis caused by the coronavirus. For this reason, it makes sense to demand certain compensation under the assumption that the individuals who suffered damages were infected in a hospital, at some other venue, or in a local store. In essence, this can mean that the organizer or owner was responsible if they did not abide by the official recommendations regarding the prevention of the spread of coronavirus. For example, they would be responsible if they knew that one of their employees was present in some critical environment but they did not go through the recommended period of waiting for two weeks before returning to work. Responsibility can also be examined if they did not undertake reasonable measures or they implemented unreasonable measures. We are also taking into account cases of infection by a third party. If one gets infected from a third party, the question that emerges is whether that person is responsible for damages. The existing case law of the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – BGH) refers to the analogy with HIV infections as a starting point in answering this question. The Federal Court of Justice has ruled that there is a responsibility for an HIV infection if the infected person knew about their disease but failed to inform the damaged party about it.[42] When it comes to the coronavirus, all individuals who knew about their infection or at least about its high probability and subsequently had unprotected contact with others without informing the people from their environment about it are responsible.

In relation to the presented cases of vaccination, German courts also ruled on issues of responsibility for the consequences of vaccination, which has also turned out to be controversial. The first question that arose was how to establish the damages and what constitutes the damage. It is known that immediately upon injecting a vaccine, various symptoms such as increased body temperature, headache, and pains can occur, and "only when these and other reactions disappear, one can speak about damages from vaccination." Damages from vaccination, therefore, represent permanent damage to an individual's health.[43] When it comes to the responsibility for that kind of damage, it is thought that anyone who suffers damages from vaccination in such cases has the right to file a lawsuit against the state that ordered vaccination. It is accepted that this is the case with vaccination against coronavirus. The pharmaceutical company that supplies the product bears responsibility if the medicine is inadequate. Also, the doctor who carried out the vaccination should reimburse the damaged party if they made a mistake in the process. For example, for some people, vaccination is not allowed due to other previous diseases,

[42] BGH, Urteil vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88.

[43] BGH, Urteil vom 15. Februar 2000, VI ZR 48/99, No. 10.

i.e., contraindications. Previous information and consent to vaccination are the necessary components of the doctor-patient relationship. "If information is not provided or if the information that is provided is inaccurate or incomplete because relevant risks are covered up or impermissibly banalized, consent no longer applies and vaccination becomes an illegal bodily injury".[44] This could result in damages being demanded even for ordinary reactions to vaccines, for instance, because the health of a person in question was harmed only slightly more than insignificantly for a few days and as a result the damaged person suffered a loss of income. If a vaccine causes serious disease, the damaged person can demand care and support according to the Federal Law on Social Protection. This is regulated in Paragraph 60 of the Law on the Protection from Infections.[45] "The size of the reimbursement following damages caused by vaccination against coronavirus is difficult to predict at this moment because it always depends on the kind and scope of damages that are caused in individual cases. In severe cases, according to some commentators, several times higher reimbursements could be received".[46]

The state of the case law on the question of coronavirus infection is illustrated by a case from US court practice. The District Court in Montgomery, Maryland ruled on a case that was initiated in March 2020, in which a lawsuit was filed against a hospital and its employees who engaged in unethical practices due to professional misconduct.[47] The case was filed by a nurse, PW, who suffered damages after being infected with coronavirus due to negligence on the part of the medical staff. This led not only to serious damage to her health but also to the infection of her husband who subsequently died as a result of the COVID-19 infection. Despite the presented factual state, the lawsuit was rejected by the court. The court ruled that the infection of the deceased individual was not legally accounted for in the sense of a cause and effect relationship given that the deceased person was not in any sort of relation with employer sued for damages. In its decision, the court took into account the applications of the provisions on immunity in the work of hospitals and other medical care providers when it comes to responsibility for negligent actions related to the on-going public health situation caused by COVID-19. None of the legal exceptions applied to the presented factual claims. After appeals and two hearings, the court decided that, despite the clearly explained claims that the plaintiff stood by and which were confirmed as accurate, the plaintiff did

[44] Para. 60 Infektionsschutzgesetz, *Op. cit.*

[45] *Ibid.*

[46] Bernd Sehi, H Luther, Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, www.luther-lawfirm.com Newsflash, 01.2021. Преузето 4. 10. 2021..

[47] *DC.* v. *Sibley Memorial Hospital*, The Circuit Court for Montgomery County, Maryland in July 5, 2021.

not succeed in convincing the court to accept the *prima facie* evidence for the responsibility of the sued hospital for the death of her husband.[48]

When it comes to the countries in the region, the case law in medical cases was not particularly extensive, and one can say that it is present only sporadically. It is known that one case of this kind was initiated in Croatia, but it has not received its resolution in court. Namely, a clinic in which the event behind the case took place received a request for reimbursement for the death of an 84-year old female individual for whom the family believed that she was infected while in the healthcare institution KBC Zagreb.[49] The family of the deceased individual demanded a reimbursement in the amount of 632,000 HRK and legal expenses. The hospital refused the settlement believing that there was no evidence that the patient was infected while in the clinic. The employers of this institution undertook all the protective measures which were possible at the time. There is no publicly available information as to whether the family has filed a lawsuit. Besides, in the healthcare institutions in Croatia there are guidelines that allow a certain degree of protection against infections for the members of the healthcare profession as well as patients, but even with those measures in place, the likelihood of infection was great and, thus, the reasons for lawsuits were restricted. With the emergence of the vaccine during the pandemic, safety in healthcare institutions was greatly increased because doctors and nurses were vaccinated. This is, among other things, the reason why there are increasing suggestions for and implementations of obligatory vaccination for healthcare providers in a number of countries, such as Italy, France, Greece, and Hungary.[50]

CONCLUSION

The healthcare crisis that has spread throughout the world is unique because its consequences for the population are hard to predict and the same can be said for the legal consequences of the crisis. The specificity of

[48] *DC.* v. *Sibley Memorial Hospital*, The Circuit Court for Montgomery County, Maryland in July 5, 2021. See also: Gallegos, A. (2021). *PA Face Lawsuit After Patient Dies of COVID-19*. July 28, 2021, COVID-19 news and guidance in Medscape's Coronavirus Resource Center, 28.

[49] For more details, see: Večernji List HR. *Podnesen prvi odštetni zahtjev za smrt od korone u Hrvatskoj*. Accessed on November 23, 2021, available at: https://www.vecernji.hr/vijesti/podnesen-prvi-odstetni-zahtjev-za-smrt-od-korone-u-hrvatskoj-1516806

[50] Euronews. *Which countries in Europe will follow Austria and make COVID vaccines mandatory?*. Accessed on November 27, 20121, available at: https://www.euronews.com/2022/01/06/are-countries-in-europe-are-moving-towards-mandatory-vaccination

the COVID-19 pathology and the difficulties in managing the pandemic are reflected both in primary healthcare protection and in clinical practice. The problems have proliferated, which is why the legal response to the questions that have emerged is a lot more difficult. When assessing the evidence, a court establishes the justifiability of the emergency status as well as whether it involves a crisis situation by applying the existing laws to concrete conditions bearing in mind their impact on the undisturbed implementation of treatment protocols, for which medical staff itself cannot be held responsible. Legal processes during the COVID-19 pandemic suggest that there was a degree of deviation from the regime of responsibility in medical cases such as, for example, the founding of the damages fund in the French legal system or the adoption of laws on the immunity of healthcare workers in US law. Regardless of whether those legal solutions were only temporary or more stable, they have clearly resulted in a different view of the responsibility in the medical profession. When it comes to medical civil lawsuits and subjective responsibility for damages, the analysed verdicts indicate that the questions that the courts addressed concerned what constituted reasonable actions towards patients in the given conditions and in accordance with the standards of care and treatment. The presented foreign legal decisions illustrate precisely this kind of tendency on the part of the courts. The reasons for lawsuits and the particularities of proving the extreme medical conditions and states required a more complex approach to these lawsuits. Nonetheless, it should be concluded that due to the small temporal distance and a significant number of unresolved lawsuits, it is still not possible to grasp all the consequences and specificities of the on-going processes and some questions are still waiting for answers.

BIBLIOGRAPHY

Scholarly articles and monographs

Bilotta, C. Zerbo, S. Perrone, G. Malta, G., Argo, A. (2020). The medico-legal implications in medical malpractice claims during Covid-19 pandemic: Increase or trend reversal?. *Medico-Legal Journal*, Vol. 88 (1S).

Cvetković, M. (2021). COVID-19 pandemic and contractual relationships: force majeure and impossibility. *Teme,* vol. XLV, No 4, 1147–1162.

Gallegos, A. (2021). *PA Face Lawsuit After Patient Dies of COVID-19*. July 28, 2021, COVID-19 news and guidance in Medscape's Coronavirus Resource Center, 28.

Maganić, A. (2021). Građanski sporovi kao posljedica COVID-a 19 Pandemija COVID. *Review of the Kopaonik School of Natural Law*, Belgrade, No. 2, 115–133

Personnic, S. (2021). *Covid-19 : Décès du patient contaminé au sein de l'établissement de soins*. *Mise à jour: 7 juin.* Accessed on November 22, 2021, available at: http://www.sylvie-personnic-avocat.com/

Radišić, J. (1979). Radišić, J. (1979). *Imovinska odgovornost i njen doseg*. Belgrade: Institute of Social Sciences, Center for Legal and Political Research, 372.

Seitz, J. (2021). *Vaccination damage: who is liable and how much is the compensation?*. 08/25/2021, 2:21 p.m. Available at: https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/corona-impfschaeden-wer-haftet-und-wie-hoch-ist-der-schadenersatz, SMRpwRK

Sheps, S. (2021). COVID-19's Impact on Medical Professional Liability Litigation. *Claims at Coverys, AMWINS*, 06.21.

Shute, A. D. (2020). *What's Your Malpractice Risk When Treating COVID-19 Patients?*. Accessed on October 11, 2021, available at: https://www.medscape.com/viewarticle/929635

Szleper, C. (2020). avocat à la Cour, [Le point sur...] "La responsabilité médicale au temps du covid-19: enjeux, difficultés et perspectives" Lecture 20 min, N3443BY8, le 28-05-2020.

Legal regulations

Code de la santé publique, Dalloz, 2021.

The North Carolina General Assembly, COVID-19 Recovery Act, May 4, 2020.

Emergency or Disaster Treatment Protection Act 3080 – Declaration of Purpose, 2020 New York Laws PBH – Public Health.

Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Bundesgesetzblatt Teil I2013 Nr. 9 vom 25.02.2013

Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG), 20. Juli 2000.

La Loi du 11 mai 2020, N° Lexbase: L9616HZ8

STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung, Am 21.12.2021 ist die 16. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung erschienen.

Verordnungen zum Schutz vor Infektionen mit COVID-19 (Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS CoV-2) vom 30. August 2021.

Case law

BGH, Urteil vom 15. Februar 2000, VI ZR 48/99, Rn. 10.

BGH, Urteil vom 4. November 1988 – 1 StR 262/88.

DC. v. Sibley Memorial Hospital, The Circuit Court for Montgomery County, Maryland in July 5, 2021.

Landessozialgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8. Dezember 2014, AZ: L 2 U 99/13.

Landgericht Dortmund mit Beschluss vom 4. November 2020 (Az.: 4 T 1/20).

Landkreis Friesland Impfskandal in Schortens: Mehr als 10.000 Betroffene, NDR Radio & TV Stand: 13.08.2021 16:40 Uhr.

Oberlandesgericht Oldenburg, Beschluss vom 10.05.2021, Az. 1 Ws 141/21.

OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 17.08.2021, Az. 6 UF 120/21
Verwaltungsgericht Aachen, Urteil vom 21.04.2021, Az. 7 L 243/21.
Verwaltungsgericht VG Leipzig, Urteil vom 9. April 2020, Jurisprudence – 7 L 192/20.
Sozialgericht Dortmund, Urteil vom 5.8.2014, Az: S 36 U 818/12.

Internet sources

Bernd Sehi, H. (2021). *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Newsflash* | 01.2021. Accessed October 4, 2021, available at: www.luther-lawfirm.com

General Medical Council UK. (2020). *How we will continue to regulate in light of novel coronavirus (COVID-19)*, Published 3 March. Accessed on December 5, 2021, available at: https://www.gmc-uk.org/news/news-archive/how-we-will-continue-to-regulate-in-light-of-novel-coronavirus

Über 750 Gerichtsentschei*dungen zum Coronavirus/Covid-19*. Accessed on December 28, 2021, available at: https://www.etl-rechtsanwaelte.de/aktuelles/erste-gerichtsentscheidungen-zum-coronavirus

Večernji List HR. *Podnesen prvi odštetni zahtjev za smrt od korone u Hrvatskoj*. Accessed on November 23, 2021, available at: https://www.vecernji.hr/vijesti/podnesen-prvi-odstetni-zahtjev-za-smrt-od-korone-u-hrvatskoj-1516806

Euronews. *Which countries in Europe will follow Austria and make COVID vaccines mandatory?*. Accessed on November 27, 20121, available at: https://www.euronews.com/2022/01/06/are-countries-in-europe-are-moving-towards-mandatory-vaccination

Pregledni rad
DOI: 10.5937/gakv95-40950
UDC 336.711(497.5)
336.711(497.7)

Mirjana Mlađenović[*]
Narodna banka Srbije, Odsek za bezbednost i zdravlje na radu
ORCid: 0009-0006-2578-9062

ANALIZA STEPENA PRAVNE NEZAVISNOSTI HRVATSKE NARODNE BANKE I NARODNE BANKE REPUBLIKE SEVERNE MAKEDONIJE[**]

SAŽETAK: Stabilnost monetarnog sistema svake države zavisi od kvaliteta poslovanja centralne banke, kao jedne od najvažnijih instutucija. Zbog svog velikog značaja centralna banka zauzima posebno mesto u naučnoj analizi. Da bi centralna banka uspešno ostvarila svoje ciljeve neophodno je da posluje nezavisno od izvršne i zakonodavne vlasti. U radu se analizom sadržaja i komparativnim metodom objašnjavaju i porede različiti parametri i indeksi kojima se meri nezavisnost centralnih banaka Republike Hrvatske, odnosno Republike Severne Makedonije. S obzirom na činjenicu da je nezavisnost centralne banke neraskidivo vezana sa njenim kredibilitetom, u radu se vrši istraživanje koje odgovara na pitanje na kom su nivou nezavisnosti Hrvatska narodna banka, odnosno Narodna banka Republike Severne Makedonije. Može se reći da je u poslednjoj deceniji i zakonska i stvarna nezavisnost ovih centralnih banaka najveća u njenoj istoriji, ali je i dalje primetan određeni stepen političke zavisnosti. Od države do države postoje određene razlike u smislu političkog uticaja, ali u svakom slučaju je izrazito prepoznatljiv sindrom političke zavisnosti država bivše Jugoslavije u odnosu na razvijene države. Republika Hrvatska kao članica Evropske unije

[*] email: mirchejaz@gmail.com, samostalni stručni saradnik. Doktorand završne godine Doktorskih studija na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu.
[**] Rad je primljen 2. 11. 2022, a prihvaćen je za objavljivanje 11. 1. 2023 godine.

morala je uskladiti svoje zakone o ovom pitanju, pa se može reći da postoje određene razlike u odnosu na ostale države sa ovog prostora. Upravo su centralne banke, koje se nalaze u državama koje su nekada pripadale istom komunističkom bloku, a danas imaju različite statuse u odnosu na Evropsku uniju, izuzetno dobri primeri za analizu stepena nezavisnosti poslovanja u odnosu na državnu vlast. Status centralne banke u određenom državnom i privrednom sistemu zavisi od zakonodavstva te države, odnosno od ustavnih normi i zakona o centralnoj banci.

Ključne reči: Hrvatska narodna banka, Narodna banka Republike Severne Makedonije, nezavisnost centralnih banaka, zakonodavna vlast, izvršna vlast, Cukirmanov indeks

UVOD

Savremeni svet bankarstva, tokova novca, finansijskih institucija i njihove upravne regulacije bio bi gotovo nezamisliv bez centralnog bankarstva. Novac egzistira kroz milenijume, banke kroz vekove, ali za nastanak prvih centralnih banaka u današnjem smislu reči nije lako dati jednoznačan odgovor.[1]

Savremene centralne banke su od države do države organizovane na vrlo različite načine i obavljaju različite funkcije. One takođe mogu imati i različite nazive kao što su: centralna banka, narodna banka, banka rezervi, državna banka, a uz imenicu banka može nositi i naziv države. Centralne banke nisu nikada bile moćnije nego danas. Monetarna politika je postala centralni instrument makroekonomske stabilizacije i u sve većem broju zemalja monetarna politika je u rukama nezavisnih centralnih banaka.[2]

Što je veći stepen nezavisnosti centralne banke to joj je lakše da identifikuje signale finansijskih problema i upozori na njih finansijska tržišta. Upravo iz ovog razloga se nezavisnost posmatra kao način za podizanje ekonomije na viši nivo. Činjenica je da je manje verovatno da će nezavisna centralna banka biti izložena inflatornoj pristrasnosti, svojstvenoj monetarnoj politici.[3]

Kada se govori o nezavisnosti centralne banke onda se podrazumeva postojanje visokog stepena njene slobode odlučivanja pri vođenju monetarne politike. Povećanje nezavisnosti centralne banke namenjeno je, pre svega,

[1] Rapajić, M., Dimitrijević P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 81, god. LVII, 188.

[2] Fabris, N. (2006). *Centralno bankarstvo u teoriji i praksi*. Podgorica: Centralna banka Crne Gore, 41.

[3] Ćorić, T., Cvrlje, D. (2009). *Central Bank Independence: The Case of Croatia*. EFZG working paper series (09), 4.

njenoj zaštiti od kratkoročnih i često kratkovidih političkih pritisaka, povezanih s izbornim ciklusom. Glavni cilj centralne banke je stabilnost cena. Brojnim empirijskim istraživanjima je dokazano da ovaj cilj najbolje postiže nezavisna centralna banka.[4]

Centralne banke u svakoj državi važe za institucije od ogromnog značaja za funkcionisanje jedne države. Ovaj rad ima za cilj da analizira način poslovanja, odnosno stepen nezavisnosti Hrvatske narodne banke i Narodne banke Republike Severne Makedonije, fokusirajući se prvenstveno na zakonske odredbe koje se odnose na ključne aspekte za postizanje i održavanje stabilnosti cena. Fokus je stavljen na objašnjenje glavnih ciljeva pomenutih centralnih banaka, kao i na njihova ovlašćenja da utvrđuju i sprovode monetarne i inostrane političke razmene, kao i da imenuju i razrešavaju dužnosti osoblje banke. Istaknuti su međusobni odnosi sa izvršnom i zakonodavnom vlašću, i objašnjena su ograničenja državnog finansiranja i druge pravne dimenzije koje određuju snagu mandata i nezavisnost centralne banke. Ova analiza pruža istorijsku perspektivu evolucije nezavisnosti pomenutih centralnih banaka od prve godine tranzicije do danas. Upravo ovo istraživanje ima za cilj da pokaže zbog čega je i koliko važno da centralna banka posluje kao nezavisna institucija. Da bi se to postiglo neophodno je da ona ima rukovodstvo koje je u potpunosti nezavisno od političkog uticaja. Ovo podrazumeva transparentan izbor guvernera centralne banke, kao i glavnih organa odlučivanja.

Analizom ove teme dolazi se do zaključka da postoji bogata teorijska i empirijska literatura koja govori o nezavisnosti centralnih banaka. Za razliku od fiskalne politike, monetarna politika treba da bude nezavisna, a najviši funkcioneri moraju biti sa dužim mandatom od političkog ciklusa. Velika depresija i kolaps zlatnog standarda rezultirali su široko rasprosranjenom praksom da vlade preuzimaju monetarnu politiku gde je određivanje zvanične kamatne stope bilo vladina vežba.[5]

Do sredine 1980-ih većina centralnih banaka je bila podređena vladama i funkcionisala gotovo kao odeljenje ministrastva finansija zaduženo za različite funkcije, uključujući finansiranje državnog deficita. Ovo je bio i period obeležen kontinuiranim periodima visoke inflacije. Trend delegiranja monetarne politike na nezavisnu instituciju započeo je 1980-ih i posebno je bio izražen tokom 1990-ih godina na osnovu tri temelja: uspeh Bundesbanke u kontroli inflacije i uspeh nemačkog ekonomskog modela, teorijska literatura o inflatornoj pristrasnosti diskreciona monetarna politika i empirijska literatura

[4] Gozev, R. (2006). Strengthening the Guarantees for Independence of a Central Bank in Compliance with EU Requirementes: The Case of Bulgaria. *The European Integration Process: A Changing Enviroment for National Central Banks*, 112.

[5] Goodhart, C. A. E. (2010). *The changing role of central banks*. BIS Working Paper, 326.

o odnosu između nezavisne centralne banke i makroekonomskih agregata.[6] Suština je shvatanje da monetarna vlast može uspešno da sprovodi i održava društveni poželjan ciljni put za stabilnost cena ako ima jasan mandat i nezavisna je u odlučivanju kako sprovoditi monetarnu politiku.[7]

Bez obzira na nezanemarljive razlike između centralnih banaka, njihov položaj u određenoj državi i njenom privrednom sistemu zavisi od: 1) zakona o centralnoj banci kojim se određuje institucionalna konstrukcija, funkcije i ovlašćenja centralne banke 2) zakona kojima se normativno reguliše izdavanje nacionalne valute 3) ostalog zakonodavstva, kao što su zakoni o bankama, osiguravajućim organizacijama i ostalim finansijskim institucijam. Takođe i pravila Međunarodnog monetarnog fonda, Svetske banke, kao i finansijskih i bankarskih institucija supranacionalnih organizacija (primera radi Evropske unije) imaju uticaja na delatnost ali i organizacionu strukturu centralnih banaka. Razlike u načinu formiranja, upravnim ovlašćenjima, izboru najviših rukovodilaca i kontroli nad centralnim bankama postoje, ali se ipak mogu izdvojiti dva modela centralnog bankarstva: evropski i američki.[8]

ISTORIJSKI OSVRT NA BANKARSKI SEKTOR REPUBLIKE HRVATSKE

Sagledavajući ekonomski i socijalni momenat (bez obzira na razlike između centralnih banakarskih institucija kako uporedno-pravno, tako i istorijski-pravno) najznačajniji cilj zbog koga su i stvorene centralne banke je održavanje monetarne stabilnosti, a posledično tome i povećanje nivoa zaposlenosti i dohotka, te ekonomski razvoj i blagostanje zemlje. Tako ustavom, ali više zakonima (s obzirom na činjenicu da je zakonodavni postupak jednostavniji od ustavotvornog) postavljeni ciljevi su karakteristika centralnog bankarstva vremena posle okončanja Drugog svetskog rata.[9]

---

[6] Debelle, G., & Fisher, S. (1994). How independent should a central bank be? In: Fuhrer, J. C (Eds.), *Goals, Guidelines and Constraints Facing Monetary Policymakers*. Federal Reserve Bank of Boston, 26.

[7] Niemann & von Hagen. (2008). Coordination of Monetary and Fiscal Policies: A Fresh Look at the Issue. *Swedish Economic Policy Review*, vol. 15 (1), 89–124.

[8] Rapajić, M., Dimitrijević, P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 81, god. LVII, 189.

[9] Rapajić, M., Dimitrijević P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 81, god. LVII, 189.

Sa zavisnošću centralne banke od državnih vlasti, odnosno od izrazito autoritarne egzekutive, iako su bar u formalnom smislu sve vlasti bile u skupštinskom sistemu subordinisane i pod kontrolom savezne Skupštine, nastavilo se u jugoslovenskoj socijalističkoj federaciji.

> „U Jugoslaviji, u čitavom razdoblju posle Drugog svetskog rata do razbijanja SFRJ, centralna banka nije imala nikada punu samostalnost, što je razumljivo ako se ima u vidu da u svakoj zemlji društveno-političko uređenje, odnosno karakter ekonomskog sistema predstavlja osnovnu determinantu domaćeg monetarnog i finansijskog sistema. Stoga se uloga Narodne banke u Jugoslaviji u periodu 1944–1991. ne može ocenjivati izvan okvira institucionalne strukture jugoslovenskog društva i političkog i privrednog sistema. U pojedinim istorijskim periodima postojeća institucionalna rešenja direktno su predodređivala položaj, ulogu i delokrug poslovanja Narodne banke kao i drugih finansijskih institucija u Jugoslaviji“.[10]

Nakon sticanja nezavisnosti 1991. godine, političke turbulencije i ratna događanja su paralisali ozbiljniju tranziciju i redizajniranje bankarskog sektora u Hrvatskoj. Jedino je, saobrazno primerima raspada drugih federacija, ogranak Narodne banke Jugoslavije (u daljem tekstu NBJ) u Zagrebu promovisan u centralnu banku Hrvatske. U vreme sticanja nezavisnosti u Hrvatskoj je poslovalo 26 banaka, od čega 20 „starih“ kreditnih institucija. Dve najveće banke – Privredna banka i Zagrebačka banka, poslovale su na celokupnoj teritoriji Republike Hrvatske. Takođe, 18 finansijskih institucija su bile srednje, regionalne banke, a 6 novih – privatnih banaka je poslovalo samo u Zagrebu.[11]

Naime, zbog zamrzavanja depozita u Beogradu, 197 banaka u Hrvatskoj su bile tehnički nelikvidne, a mnoge i insolventne. U drugoj polovini 1991. godine, NBJ je obustavila transfer depozita u banke u Hrvatskoj. Ti depoziti su deponovani u centralnu banku jer su imali inostranu denominaciju. U momentu obustave transfera depozita, oko 5,8 milijardi nemačkih maraka je bilo blokirano u NBJ. Zbog rehabilitacije bankarskog sektora pokrenut je program decentralizovane linearne rehabilitacije, sa dva važna pravca akcije. Prvi pravac je značio da su državne obveznice transferisane na banke radi konsolidacije bilansa stanja, dok je drugi značio da su obveznice države velikih denominacija prenete na državna preduzeća, u cilju otplate kredita bankama. Ovo je imalo

[10] Hoffman, G. (2004). *Narodna banka 1944–1991.* Beograd, 19, u: Rapajić, M. (2021). Kraći pogled na odnose Narodne banke Srbije sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. *Zbornik radova „Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU“,* Kragujevac, 161.

[11] Barisitz, S. (2008). *Banking in Central and Eastern Europe 1980–2006.* London, UK: Routlege (Taylor & Francis Group), 48.

samo kozmetički značaj, budući da su sa ovim mehanizmom bilansi banaka „dekontaminirani“, dok je reforma operativne efikasnosti izostala.[12]

Kriza bankarskog sektora je provocirala selektivne mere tradicionalne rehabilitacije, dok je kod pojedinih banaka primenjena dozirana (selektivna i dimenzionirana) likvidnosna podrška. Decembra 1998. godine je donet novi Zakon o bankama koji je radikalno izmenio „odnose snaga“ pojedinih banaka, prudencione standarde i „reljef“ bankarskog sektora Hrvatske. Povećan je standard adekvatnosti kapitala sa 8 na 10 %, uz jačanje regulatorne infrastrukture. Takođe, pooštreni su parametri za procenu izloženosti riziku, procedura licenciranja banaka, interna i eksterna revizija, kao i standardi supervizije. Na osnovu novih propisa, pokrenuta je procedura za likvidaciju 11 malih i srednjih banaka, a 5 banaka je stavljeno pod administrativni nadzor. Rebalansom budžeta iz 1999. godine su Agenciji za rehabilitaciju banaka i osiguranje depozita odobrena dodatna sredstva za refinansiranje depozita propalih banaka. Cilj svih ovih mera je harmonizacija sa opšteprihvaćenim međunarodnim standardima za funkcionisanje banaka, kao i uvođenje finansijske discipline u neuređeni i neefikasan bankarski sektor. Pri tome, implementacija novih regulatornih mehanizama je imala „sluha“ za nasleđene i novonastale probleme u bankarskom sektoru Hrvatske, kako bi se očuvala finansijska stabilnost u tranzicionoj fazi razvoja. Nove mere su implementirane na mikro i makro planu, kako bi se obnovilo poverenje u bankarski sistem i povećala efikasnost i konkurentnost banaka i štednih institucija.[13]

Veoma brzo je došlo i do ozbiljnijih promena tržišne strukture i konkurencije. Jedan broj banaka se gasi, osnivaju se nove banke i otvara tržište za ulazak inostranih banaka (osnivanjem filijala ili kupovinom manjih banaka). Ovim procesima je unapređen konkurentski ambijent i smanjena koncentracija na bankarskom tržištu Hrvatske. Struktura bankarske industrije je transformisana od oligopola sa jasnim monopolskim elementima, ka oligopolu sa vidljivim elementima konkurencije.[14] Uzimajući u obzir obim angažovanih finansijskih resursa, Hrvatska je podnela značajne fiskalne troškove rehabilitacije banaka. Kumulativni državni dug za rehabilitaciju banaka u Hrvatskoj u periodu 1991–1999. godina procenjen je na 32 % BDP-a.[15]

---

[12] Jovančević, R. (2002). Reforming the Banking System in Croatia and its Broader Macroeconomic Environment. Poglavlje u: *Banking Reforms in South–East Europe*, Redaktor: Šević, Ž.; Edwar Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 245.

[13] *Ibid*.

[14] *Ibid.*

[15] Jankov, L. (2000). *Banking Sector Problems: Causes, Solutions and Consequences*. Zagreb: Croatian National Bank, Survey 1, 8.

Marketizacija bankarskog sektora je omogućila snažan „kreditni bum" koji je pretio da ugrozi monetarnu stabilnost. Da bi ograničila dvostrani pozajmljivački entuzijazam na relaciji banke (motivisane profitom) – nebankarski transaktori (motivisani ekonomskim prosperitetom), HNB je uspostavila administrativni mehanizam usmeravanja plasmana. Januara 2003. godine HNB je donela Odluku o obaveznoj kupovini zapisa HNB, kojim se banke koje imaju godišnji rast kredita veći od 16 % obavezuju da dvostruki iznos prekoračenja ulože u niskoprinosne zapise HNB.[16]

Kasnije je ovaj administrativni standard suspendovan, ali je uspostavljen stroži regulatorni mehanizam obračuna adekvatnosti kapitala. Takođe, uspostavljen je poseban (penalni) sistem izdvajanja obavezne rezerve na devizne prekogranične pozajmice. Stroža regulacija i tržišne prilike primorale su bankarske grupacije da kanališu kreditni potencijal kroz supstitute bankarskim uslugama, pre svega kroz lizing i upravljanje aktivom. Time je oformljen i nebankarski segment finansijskog sistema, pa su stvoreni uslovi za unakrsnu konkurenciju. Međutim, bez obzira na ove tendencije, finansijski sistem Hrvatske na kraju tranzicione epizode je izrazito bankocentričan, budući da banke poseduju 82 % ukupne finansijske aktive.[17]

HRVATSKA NARODNA BANKA

Hrvatska narodna banka (u daljem tekstu HNB) je centralna banka Republike Hrvatske. U ostvarivanju svog cilja i obavljanju svojih zadataka HNB je samostalna i nezavisna. HNB ima svojstvo pravne osobe, ali se ne upisuje u sudski registar. Sedište HNB je u Zagrebu. Pečat HNB sadrži prikaz grba Republike Hrvatske i ime HNB. Nju zastupa guverner i u isključivom je vlasništvu Republike Hrvatske. HNB je sastavni deo Evropskog sistema centralnih banaka (ESSB). HNB je obavezna, u skladu s odredbama Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, Statuta ESSB i Evropske centralne banke i potpuno primenjivih propisa Evropske unije i Zakona o HNB, da radi na ostvarivanju ciljeva i izvršavanju zadataka ESSB.[18]

U skladu sa čl. 130. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije i čl. 7. Statuta ESSB i ESB, HNB i članovi njenih tela nezavisni su pri ostvarivanju svog cilja i u izvršavanju svojih zadataka koji se temelje na Zakonu o HNB,

[16] Croatian National Bank. (2004). *Annual Report*. Zagreb: CNB, 56.

[17] EBRD, (2005). *Transition Report 2001 (Business in transition)*. London, UK: European Bank for Reconstruction and Development, 118.

[18] Croatian National Bank. (2004). *Annual Report*. Zagreb: CNB, 57.

Ugovoru o Evropskoj uniji, Ugovoru o funkcioniranju Evropske unije i Statutu ESSB i ESB. HNB i članovi njenih tela ne traže niti su vezani na upute institucija i tela Evropske unije, vlada država članica Evropske unije i drugih tela. Institucije i tela Evropske unije, vlade, agencije, uredi i druge organe država članica Evropske unije dužni su poštovati nezavisnost iz člana 130. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije i čl. 7. Statuta ESSB i ESB i ne smeju uticati na nezavisnost HNB, donošenje i sprovođenje njenih odluka i njenih organa i ne smeju odobravati, poništavati, odgađati, ukidati ili na bilo koji drugi način uticati na bilo koju odluku HNB u područjima iz njene nadležnosti. Pritom navedene odredbe ne dovode u pitanje ovlašćenja ESB prema Statutu ESSB i ESB u odnosu na Hrvatsku narodnu banku.[19]

STEPEN NEZAVISNOSTI HRVATSKE NARODNE BANKE

U većini modernih ekonomija desio se trend povećanja uloge nezavisnosti centralne banke. Nezavisnost centralne banke (CBI) se vidi kao način podizanja ekonomije na viši nivo. Tvrdi se da je nezavisna centralna banka kredibilnija i da veći stepen nezavisnosti centralne banke olakšava centralnoj banci da identifikuje signale finansijskih problema i upozori finansijska tržišta. Štaviše, manje je verovatno da će nezavisna centralna banka biti izložena inflatornoj pristrasnosti, svojstvenoj monetarnoj politici, i svesnija je inflacionih troškova ekspanzivne monetarne politike. Ovo je u skladu sa Fridmanovim teorijskim konceptom da fenomen inflacije treba regulisati kontrolisanjem količine novca koji centralna banka uliva u nacionalnu ekonomiju. Da bi se postigao glavni cilj, stabilnost cena, neophodno je da centralna banka bude što manje povezana sa vladom. Međutim, vlade generalno imaju određeni uticaj na centralne banke, čak i u slučaju banaka koje tvrde da su nezavisne.[20]

U ovom dêlu teksta razmatramo nivo nezavisnosti HNB. U Zakonu o Hrvatskoj narodnoj banci HNB navodi da je nezavisna u ostvarivanju svojih ciljeva i zadataka. Takođe se navodi da su svi njeni članovi nezavisni pri donošenju i sprovođenju svojih odluka, a ne zavise niti traže bilo kakva uputstva od države ili njenih institucija. Ako govorimo o funkcionalnoj nezavisnosti, moramo ispitati stepen slobode u izboru ciljeva monetarne politike. Glavni cilj HNB je postizanje i održavanje stabilnosti cena. Prema čl. 3.2. HNB će

[19] Croatian National Bank. (2004). *Annual Report*. Zagreb: CNB, 57.

[20] Eijffinger S. C. W. et al. (1997). Central Bank Independence: A Panel Data Approach. *Public Choice*, vol. 89, 163–182.

podržavati ekonomsku politiku i delovati po principima otvorenog tržišta ekonomije i slobodne konkurencije, sve dok to ne ugrožava njen glavni cilj. Što se tiče njenog glavnog cilja, HNB je prilagodila svoje zakonodavstvo zahtevima sporazuma iz Mastrihta.[21]

U ispitivanju institucionalne slobode HNB, trebalo bi se koncentrisati na slobodu izbora instrumenata monetarne politike, njihovo definisanje i sprovođenje. HNB tvrdi da je nezavisna dok sprovodi svoje odluke. Takođe se navodi da to ne zavisi od uputstava Hrvatske vlade, tela koja predstavljaju EU ili treće strane. U ostvarivanju svojih ciljeva, ali ne ugrožavajući svoje glavne ciljeve i zadatke, HNB je dozvoljena saradnja sa vladom i sa državnim organima. Vlada dostavlja HNB sve predloge i izveštaje u vezi sa ciljevima, poslovanjem i zadacima HNB. Pored ovoga, Vlada dostavlja i predloge odluke, direktive i akte, a pre nego što budu prosleđeni. Sabor HNB daje svoje mišljenje. Ministarstvo finansija se najmanje jednom na polugodišnjem nivou konsultuje sa HNB o polugodišnjim planovima unutrašnjeg i inostranog zaduženja (čl. 38). Osim toga, Ministarstvo finansija je dužno da obavesti HNB o svim transakcijama koje se tiču unutrašnjeg i spoljnog duga. HNB može predložiti Vladi RH da predloži Skupštini donošenje zakona koji su vezani uz ostvarivanje cilja i izvršavanje zadataka HNB koji su uopšteno vezani za delokrug rada HNB, uključujući monetarnu politiku, monetarne operacije, kreditiranje, platni bilans, platni promet, deviznu politiku i bankarstvo (čl. 39.1). U slučaju HNB zakon ističe nezavisnost funkcija i njihovo sprovođenje.[22]

Lična nezavisnost se odnosi na ulogu i status centralne banke. Takođe se odnosi na imenovanje i izborni proces, razrešenje sa funkcije, trajanje mandata i mogućnost ponovnog izbora.

Savet HNB se sastoji od guvernera, najviše četiri viceguvernera, zamenika guvernera i najviše 8 nezavisnih članova. Guvernera HNB imenuje Hrvatski sabor na predlog Komisija za izbore, imenovanja i administraciju, uzimajući u obzir mišljenje Finansija i Centralnog odbora za budžet. U Hrvatskoj mandat guvernera traje 6 godina. Zamenika guvernera i viceguvernere imenuje Hrvatski sabor na predlog guvernera HNB. Nezavisne članove Veća HNB imenuje Hrvatski sabor na predlog Komisije za izbore, imenovanja i administraciju, uzimajući u obzir mišljenje o Komitetu za finansije i centralnom budžetu. Članovi Saveta HNB moraju biti državljani Republike Hrvatske i treba da imaju profesionalno iskustvo u monetarnom, finansijskom, bankarskom ili pravnom sektoru. Članovi Veća HNB imenuju se na period od šest

[21] Croatian National bank, The act on the Croatian National bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni-htm-pdf/e-zakon-hnb-2008.pdf?tsfsg=df72c24360efa155d626a7396bdeb798, pristupljeno 15. 10. 2022.

[22] *Ibid*.

godina. Zakon obično postavlja određena ograničenja za članove Saveta kako bi izbegli moguće sukobe interesa, pa tako i u Hrvatskoj postoje ograničenja koja članovi treba da poštuju, a to je da ne mogu da nastupaju kao poslanici u Skupštini niti da učestvuju u poslovima u kojima bi bili zaposleni u parlamentu ili vladi. Štaviše, član HNB ne može biti član Vlade. Takođe, ne mogu da obavljaju zadatke lokalne uprave i samouprave, niti u političkim partijama ili sindikalnim organizacijama. Članovima nije dozvoljeno da rade kao saradnici u bankama, revizorskim i drugim pravnim institucijama koje su u vezi sa bankama ili ih kontroliše HNB. Takođe, ne mogu posedovati akcije ili udele u drugim pravnim licima povezanim sa navedenim licima po vlasništvu, upravljanju ili funkciji, ili udela u revizorskim firmama i povezanim licima. Pored toga, supružnik i deca člana takođe ne smeju da poseduju akcije ili udeo u institucijama koje su ovlašćene ili su pod nadzorom HNB (čl. 45). U pogledu udaljenja sa funkcije, nastupiće u slučaju krivičnog dela, težeg prekršaja i duže radne nesposobnosti usled bolesti. Štaviše, to će se desiti ako član sam zatraži da bude smenjen sa funkcije, ako ne uspe da podnese, ili podnese lažne izjave u vezi s ograničenjima.[23]

Finansijska nezavisnost se odnosi na budžetsku nezavisnost i zabranu monetarnog finansiranja. Centralne banke ne treba da dozvole sebi da dođu u poziciju nedovoljnih finansijskih sredstava, neophodnih za ispunjavanje svoje dužnosti. Postoje određena pitanja koja centralne banke moraju da reše da bi bile finansijski nezavisne; SZO upravlja budžetom, kako obnoviti neto gubitak, da li je dozvoljeno finansiranje vlade i ako jeste, kada je dozvoljeno itd. Važno je naglasiti da je HNB nezavisna od Ministarstva finansija. Međutim, određeni kontakt postoji. HNB obavlja funkciju fiskalne agencije, funkciju depozitara, funkciju učesnika u zakonodavstvu procedure i funkciju konsultanta Ministarstva finansija. Ipak, HNB ističe da budžetom upravlja banka, nezavisno od bilo koje vladine institucije. Veće HNB usvaja finansijski plan, dok kapital ostaje u rukama države. Što se tiče neto gubitka, ako nastane, obično se pokriva iz rezervi HNB. U slučaju nedovoljnih rezervi gubitak može biti pokriven i iz državnog budžeta ili izdavanjem akcija. U Hrvatskoj je direktno finansiranje vlade strogo zabranjeno, ali je HNB dozvoljeno da kupuje državne vrednosne papire na sekundarnom tržištu, čime posredno finansira vladu.[24]

[23] Croatian National Bank, The act on the Croatian National Bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni-htm-pdf/e-zakon-hnb-2008.pdf?tsfsg=df72c24360efa155d626a7396bdeb798, pristupljeno 15. 10. 2022.

[24] *Ibid*.

Trend sve većeg značaja CBI[25] prisutan je u većini razvijenih ekonomija. CBI se percipira kao konvencionalni trend koji prate skoro sve centralne banke. Čini se da je to uslov za dirigovanje kredibilne monetarne politike. Delegiranje monetarne politike nezavisnoj centralnoj banci trebalo bi da podstakne veća stabilnost cena i bolja ukupna ekonomska situacija, jer je nezavisna centralna banka manje verovatna da bude izložena inflatornoj pristrasnosti, svojstvenoj monetarnoj politici, i svesnija troškova inflacije ekspanzivne monetarne politike.

OCENA NEZAVISNOSTI NARODNE BANKE REPUBLIKE SEVERNE MAKEDONIJE

Međusobne veze centralnobankarske i najviše monetarne ustanove, s jedne strane, i organa izvršne vlasti s druge, ima krucijalni značaj za institucionalizaciju nezavisnosti centralne banke. Ako se analiziraju zakoni različitih pravnih sistema u kojima su takođe prisutni različiti modeli organizacije izvršne vlasti, nije teško zapaziti da je centralna banka u nekima od njih predmet detaljne zakonske regulacije. Takva vrsta normativnog pristupa manje je karakteristična za neke druge institucije privredno-finansijskog života. Ostvarenje ciljeva i izvršenje funkcija centralne banke karakteriše se u privrednom životu svake zemlje kao krajnje značajno, s obzirom na dalekosežnost posledica, ne samo na privredu i finansije, već posredno na sve direktne i indirektne budžetske korisnike. Kako egzekutiva kreira politički kurs zemlje i ima odgovornost za stanje nacije u privredi, finansijama, obrazovanju, kulturi, spoljnoj politici, ali delimično i u monetarnoj sferi, izvršna vlast je posebno zainteresovana za pravovaljano funkcionisanje centralne banke. Različito sagledavanje glavnih pravaca makroekonomske politike, rukovodstva centralne banke u odnosu na glavne predstavnike egzekutive, može imati dalekosežne i po pravilu veoma

[25] *Central bank independent* – najraniju definiciju ponudio je David Rikardo u svom „Planu za osnivanje narodne banke“ 1824. godine gde je rekao: „Smatra se da se državi ne može poveriti izdavanje papirnog novca jer će najverovatnije biti zloupotrebljen... Priznajem da bi bilo veoma opasno kada bi ministri bili ovlašćeni da izdaju papirni novac. Zato predlažem da se sva ovlašćenja daju članovima komisije koji će biti izabrani glasovima jednog ili oba doma parlamenta. Takođe predlažem da svaka vrsta komunikacije među članovima komisije i ministrima bude onemogućena. Komisija nikada, bez obzira na razloge, ne bi trebalo da pozajmljuje novac državi ili na bilo koji način da bude pod njenim uticajem ili njenom kontrolom... Ako je državi potreban novac dužna je da ga prikupi na legitiman način: od poreza, izdavanjem blagajničkih zapisa ili pozajmljivanjem od bilo koje druge banke. Ni u kom slučaju ne treba dozvoliti državi da pozajmljuje novac od onih koji ga izdaju.“

loše posledice na celokupni privredni život. Da bi se to u većoj ili manjoj meri sprečilo, na osnovu ustava i zakona u mnogim pravnim sistemima je propisano da uticaj vlade na centralnu banku može biti dvostruk i to: 1) kadrovski i 2) politički (kontrolni-nadzorni). Manji je broj zemalja u svetu gde vlada, premijer, odnosno predsednik države nema određeni uticaj na izbor najviših funkcionera u centralnoj banci. Nivo tog uticaja može da bude gradiran od konsultovanja, preko predlaganja, do imenovanja. Kada je reč o parlamentarnom sistemu vlasti, značajnu ulogu mogu imati i nadležni upravni resori.[26]

Nezavisnost centralne banke smatra se ključnim preduslovom za postizanje primarnog cilja centralne banke, a to je stabilnost cena. Adekvatni institucionalni mehanizmi štite centralnu banku od kratkoročnih političkih dešavanja i ključni su u očuvanju kontrole centralne banke nad monetarnim agregatima, održava se kredibilitet centralne banke i posledično stabilnost cena. Trenutni trendovi u vezi sa institucionalnim aranžmanima ukazuju na institucionalno odvajanje odgovornosti monetarne i fiskalne politike praćene visokim stepenom nezavisnosti za centralne banke koje se mogu posmatrati kao zaštita od nepromišljene fiskalne politike. Prvi Zakon za NBRSM donet je 1992. godine, kojim je NBRSM ustanovljena kao centralna banka novoosnovane nezavisne države. U cilju jačanja nezavisnosti centralne banke, pravni okvir je više puta menjan, uključujući usvajanje novog zakona o centralnoj banci 2002. i 2010. godine.[27]

Ocena nezavisnosti na NBRSM se bazira na indeksu Cukierman et al. (1992) (u daljem tekstu: Cukirmanov indeks), kao jedan od najčešće korišćenih indeksa, i modifikovani Cukirmanov indeks Jacomea i Vazkueza (2005) (u daljem tekstu: MCI). Indeks ocenjuje pravni aspekt nezavisnosti kao jednu od glavnih komponenti stvarne nezavisnosti, mada ovo poslednje zavisi od mnogih drugih dodatnih faktora. Merenje se zasniva na zakonskim odredbama statuta centralne banke koje uređuju njen mandat, ovlašćenja, zadatke i poslovanja i ne odražavaju aspekt praktične primene zakonskih odredbi. Za razliku od ostalih istraživačkih radova koji ocenjuju nezavisnost na NBRSM u određenom periodu od godine vremena, ovaj rad pruža istorijsku perspektivu kroz merenje nivoa nezavisnost koju daju Zakoni o NBRSM usvojeni od 1992. godine do danas.

[26] Purić, S., Rapajić, M. (2018). Odnos Centralne banke i grana državne vlasti. *Glasnik prava*, br. 1, god. IX. Kragujevac, 54.

[27] Jankoski, B. (2010). *Trends and challenges of the contemporary central banking – a case study for National Bank of the Republic of Macedonia*. Saarbrucken: VDM Verlag Dr. Muller Gmbh & Co.KG.

CUKIRMANOV INDEKS

Cukirmanov indeks koristi 16 zakonskih varijabli u sledeća 4 klastera: glavni izvršni direktor (imenovanje, razrešenje, mandat, obavljanje funkcija u vladi), definisanje monetarne politike formulacija (ovlašćenje za donošenje odluka o monetarnoj politici, rešavanje konflikata u vezi sa monetarnom politikom i uključivanjem centralne banke u budžetski proces), ciljevi centralne banke i ograničenja za kreditiranje centralne banke vladi (bezbedno i nebezbedno pozajmljivanje, potencijalni zajmoprimci, uslovi i odredbe kreditiranja). Skala kodiranja je od 0 (najniži nivo nezavisnosti) do 1 (najviši nivo nezavisnost). Veći broj ukazuje na jači mandat i nezavisnost centrale banke od izvršne vlasti u težnji za stabilnošću cena. Kodiranje za prvu grupu promenljivih zavisi od učešća vlade u procesu imenovanja i razrešenja guvernera i njegovog mandata. Manje angažovanje vlade i duži period od kancelarije podrazumevaju veću izolaciju monetarne politike od kratkoročnih političkih razmatranja što može ugroziti stabilnost cena. Slično, manja uključenost vlade u monetarnu politiku formulisanja politike (druga grupa) ukazuje na veću nezavisnost centralne banke. Ocena ciljeva (treća grupa) zavisi od važnosti koja se pridaje stabilnosti cena u odnosu na druge ciljeve koji bi mogli biti u sukobu sa stabilnošću cena. Viša ocena za ograničenja u pozajmljivanju (poslednja grupa) se dodeljuje kada pozajmljivanje vladi nije dozvoljeno ili je dozvoljeno pod strogim uslovima granice. Takođe, što su stroži uslovi kreditiranja (kamatna stopa, rok dospeća, kolateral), to je veća vrednost te promenljive. Zakonsko ograničenje finansiranja vlade centralne banke se smatra instrumentalnim u očuvanju kontrole centralne banke nad monetarnim agregatima i inflacijom. Njen značaj je još više naglašen za tranzicione ekonomije sa nerazvijenim finansijskim tržištima na kojima je veća potreba za finansiranjem centralne banke. Zbirni Cukirmanov indeks nezavisnosti se izračunava kao ponderisani prosek od vrednosti dodeljene pojedinačnim varijablama. Najveća težina je dodeljena grupi od varijable koje se odnose na ograničenja pozajmljivanja vladi (50 %), izvršni direktor i službena grupa kriterijuma ima težinu od 20 %, a grupa za formulisanje politike i ciljeva imaju po 15 %. Za glavnog izvršnog direktora kodiranje na nivou grupe je izvedeno kao prost prosek kodiranja četiri varijable u grupi. Kodiranje za grupu za formulaciju politike se izvodi kao ponderisani prosek kodova svakog pojedinca promenljivih u grupi. Svaka od 8 varijabli u grupi o pozajmljivanju vladi je dodeljena individualna težina. Uopšteno govoreći, Cukirmanov indeks ukazuje da je tokom godina pravna nezavisnost NBRSM povećana. Prvi zakon za NBRSM, usvojen 1992. godine, daje samo umeren nivo nezavisnosti sa vrednošću agregatnog indeksa 0,60. Zakonom usvojenim 2002. ojačao je nezavisnost što se vidi kroz

povećanu vrednost indeks (0,70), a zakon usvojen krajem 2010. godine i naknadno izmenjen par puta obezbeđuje visok stepen nezavisnosti sa vrednošću indeksa koja dostiže 0,92[28]. Indeks ukazuje na prostor za dalje jačanje u oblasti imenovanja, razrešenja i mandat guvernera i učešće centralne banke u budžetskom procesu.[29]

Tabela 1. Merenje nezavisnosti NBRSM – Cukirmanov indeks

Br. promenljive	Opis promenljive	Težina	Brojčana vrednost	2011–2017.	2002–2010.	1992–2001.
1.	Generalni direktor	**0,20**		**0,77**	**0,77**	**0,44**
	a. Mandat			**0,75**	**0,75**	**0,75**
	• Preko 8 godina • 6 do 8 godina • 5 godina • 4 godine • Kraće od 4 godine		1,00 0,75 0,50 0,25 0,00			
	b. Ko postavlja direktora			**0,50**	**0,50**	**0,50**
	• Odbor centralne banke • Savet odbora centralne banke, izvršna vlast, zakonodavna vlast • Zakonodavna vlast • Izvršni odbor • Jedan od dva člana izvršne vlasti		1,00 0,75 0,50 0,25 0,00	0,50	0,50	0,50
	c. Otpuštanje			**0,83**	**0,83**	**0,50**
	• Nema odredbi za otpuštanje • Samo iz razloga koji nisu povezani sa politikom • Po nalogu glavnog odbora centralne banke • Iz zakonskih razloga • Bezuslovno razrešenje od strane zakonodavne vlasti • Po nalogu izvršne vlasti • Bezuslovno razrešenje od strane izvršne vlasti		1,00 0,83 0,67 0,50 0,33 0,17 0,00	0,83	0,83	0,50

[28] Ocena nezavisnosti koju daje Zakon o NBRM donet 2010. godine uzima u obzir i izmene i dopune Zakona usvojene 2012, 2014. i 2015. godine.

[29] Cukierman, A., Kalaitzidakis, P., Summers, L., Webb, S. (1993). Central bank independence, growth, investment, and real rates. *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, 39 (1), 95–140.

Br. promenljive	Opis promenljive	Težina	Brojčana vrednost	2011–2017.	2002–2010.	1992–2001.
	d. Mogućnost da generalni direktor ima drugu funkciju u Vladi			**1,00**	**1,00**	**0,00**
	• Ne • Samo po odobrenju izvršne vlasti • Nema zabrane da generalni direktor bude u izvršnoj vlasti		1,00 0,50 0,00	1,00	1,00	0,00
2.	**Formulisanje politike**	**0,15**		**0,75**	**0,45**	**0,37**
	a. Ko formuliše monetarnu politiku	**0,25**		**1,00**	**1,00**	**0,67**
	• Banka potpuno samostalno • Banka učestvuje ali ima mali uticaj • Banka donosi odluke po savetu vlade • Banka nema pravo glasa		1,00 0,67 0,33 0,00	1,00	1,00	0,67
	b. Ko ima poslednju reč u rešavanju sukoba	**0,50**		**1,00**	**0,40**	**0,40**
	• Banka po pravilima koja su jasno definisana u zakonu o ciljevima • Vlada u pitanjima koja nisu jasno definisana kao ciljevi banke ili u slučaju sukoba unutar banke • Savet centralne banke, izvršna vlast i zakonodavna vlast • Zakonodavna vlast po političkom nalogu • Izvršna vlast po političkom nalogu • Izvršna vlast ima bezuslovni prioritet		1,00 0,80 0,60 0,40 0,20 0,00	1,00	0,40	0,40
	c. Uloga u odlučivanju o budžetu	**0,25**		**0,00**	**0,00**	**0,00**
	• Aktivna uloga centralne banke • Centralna banka nema nikakv uticaj		1,00 0,00	0,00	0,00	0,00

Br. promenljive	Opis promenljive	Težina	Brojčana vrednost	2011–2017.	2002–2010.	1992–2001.
3.	**Ciljevi**	**0,15**		**1,00**	**1,00**	**0,60**
	• Stabilnost cena je glavni cilj i centralna banka ima završnu reč u slučaju konflikata s ostalim ciljevima vlade		1,00	1,00	1,00	
	• Stabilnost cena je jedan od ciljeva kompatibilan sa drugim ciljevima vlade koji održavaju stabilan bankarski sistem		0,80			
	• Stabilnost cena je jedan od ciljeva koji je potencijalno konfliktan sa ciljem kao što je puna zaposlenost		0,60			0,60
	• Nema objektivnog stanja u povelji banke		0,20			
	• Navedeni ciljevi ne uključuju stabilnost cena		0,00			
4.	**Ograničenja zajmova državi**	**0,50**		**0,50**	**0,33**	**0,37**
	a. Ograničenje nebezbednog pozajmljivanja	**0,15**		**1,00**	**0,67**	**0,67**
	• Nema pozajmljivanja unapred		1,00	1,00		
	• Pozajmljivanje unapred ali sa striktnim ograničenjem		0,67		0,67	0,67
	• Pozajmljivanje unapred ali bez striktnog ograničenja		0,33			
	• Nema zakonskih ograničenja pozajmljivanja		0,00			
	b. Obezbeđeno pozajmljivanje	**0,10**		**1,00**	**0,67**	**0,67**
	• Nije dozvoljeno		1,00	1,00		
	• Dozvoljeno sa limitom do 15 % prihoda vlade		0,67		0,67	0,67
	• Dozvoljeno preko limita od 15 % prihoda vlade		0,33			
	• Nema zakonskog ograničenja pozajmljivanja		0,00			
	c. Uslovi kreditiranja	**0,10**		**1,00**	**0,33**	**1,00**
	• Kontrolisani od strane banke		1,00		1,00	1,00
	• Određeni statutom banke		0,67			
	• Uz dogovor između centralne banke i izvršne vlasti		0,33		0,33	
	• Određeni isključivo od strane izvršne vlasti		0,00			

Br. promenljive	Opis promenljive	Težina	Brojčana vrednost	2011–2017.	2002–2010.	1992–2001.
	d. Potencijalni korisnici zajma banke	**0,05**		**1,00**	**1,00**	**1,00**
	• Samo vlada • Svi nivoi vlade • Svi već pomenuti i javna preduzeća • Javni i privatni sektor		1,00 0,67 0,33 0,00	1,00	1,00	1,00
	e. Limiti pozajmljivanja centralne banke definisani u	**0,025**		**1,00**	**1,00**	**1,00**
	• Valuti • Akcijama, obveznicama ili kapitalu • Prihodima vlade • Rashodima vlade		1,00 0,67 0,33 0,00	1,00	1,00	
	f. Ročnost kredita	**0,025**		**1,00**	**0,25**	**0,25**
	• Do 6 meseci • Do jedne godine • Duže od jedne godine • Bez zakonskog ograničenja ročnosti kredita		1,00 0,67 0,33 0,00	1,00	1,00	0,67
	g. Kamatne stope na kredite moraju biti	**0,025**		**1,00**	**0,25**	**0,25**
	• Iznad minimalnih stopa • Po tržišnim stopama • Ispod maksimalnih stopa • Kamatne stope nisu razmatrane • Nema kamate na zaduživanje države kod centralne banke		1,00 0,75 0,50 0,25 0,00	1,00	0,25	0,25
	h. Centralna banka može zabraniti kupovinu ili prodaju hartija od vrednosti na tržištu	**0,025**		**1,00**	**1,00**	**1,00**
	• Da • Ne		1,00 0,00	1,00	1,00	1,00
	Ukupna vrednost indeksa			**0,92**	**0,70**	**0,60**

Izvor: National Bank of the Republic of Macedonia, Journal of Central Banking Theory and Practice, vol. 6, No. 3, 2017.

Prvi Zakon o NBRSM usvojen je 1992. godine kao deo zakonodavnog paketa koji je predosnova za novi monetarni sistem nezavisan od monetarnog sistema bivše Jugoslavije. NBRSM je osnovana kao centralna banka zadužena za stabilnost makedonske valute, monetarne politike i stabilnost unutrašnjeg i spoljnog plaćanja. Ova tri cilja centralne banke su takođe sadržana u Ustavu. Shodno tome, cena stabilnosti nije eksplicitno navedena kao cilj centralne banke ni u zakonu, ni u Ustavu. Ipak, parlament je donosio godišnju Odluku o ciljevima i zadacima monetarne politike koja definiše stabilnost cena kao cilj centralne banke. Ovo ukazuje na neke dvosmislenosti i nedoslednost u pogledu ciljeva banke. Uzimajući u obzir da je odluka parlamenta definisala stabilnost cena kao glavni cilj, vrednost promenljive koja je tome pripisana nije 0, već 0,60.

Formulisanje monetarne politike nije bila odgovornost isključivo centralne banke. Od NBRSM se tražilo da pripremi godišnju projekciju na monetarne i kreditne agregate kojim je parlament doneo Odluku o ciljevima i zadacima monetarne i kreditne politike za narednu godinu. Odlukom su definisani brojčani ciljevi inflacije i novčani agregati u skladu sa ciljem inflacije. Devizni režim i politika su takođe bili na godišnjem nivou koji je donela Skupština, kroz Odluku o deviznoj politici i projekciji od platnog bilansa. Zakon definiše instrumente koji su na raspolaganju NBRSM, uključujući obaveznu rezervu, kredite bankama i drugim finansijskim institucijama, izdavanje blagajničkih zapisa centralne banke, transakcije sa domaćim i stranim hartijama od vrednosti i intervencije na deviznom tržištu. Odluke o sprovođenju monetarne i devizne politike usvojilo je dve trećine članova saveta banke. U slučaju spora o monetarnoj i deviznoj politici, parlament je imao završnu reč. Nije postojao zakonski uslov za uključivanje centralne banke u neke od faza budžetskog ciklusa. Priprema, usvajanje, izvršenje i nadzor državnog budžeta bili su u nadležnosti izvršne i zakonodavne vlasti. Nemogućnost učešća centralne banke u budžetskom procesu, kao i odsustvo punog ovlašćenja u formulisanju monetarne politike i u rešavanju konflikata, rezultiraju niskim bodom za grupu za formulisanje politike banke (0,37).

Vrednost za glavnog izvršnog direktora grupe je takođe prilično niska (0,44). Guvernera je imenovala Skupština, na predlog predsednika države, sa mandatom od 7 godina sa mogućnošću da bude reizabran samo jednom. Nije dozvoljen ponovni izbor istih članova veća. Slično procesu imenovanja, trebalo je da bude i proces razrešenja, da pokrene predsednik države a odlučuje parlament. Nije bilo odredbi o kriterijumima za razrešenje koji podrazumevaju da je parlament imao široko diskreciono pravo pri razrešenju Odluke. Takođe, zakon nije sadržao odredbe koje zabranjuju guverneru da drži druge pozicije u vladi.

Zakon donet 2002. godine dao je nešto veću nezavisnost NBRSM kako se vidi kroz povećanu vrednost agregatnog indeksa (sa 0,60 na 0,70) što odražava poboljšanja u sva 4 klastera. Zakon je uspostavio stabilnost cena kao primarni cilj centralne banke. Osim toga, NBRSM podržava ekonomsku politiku i finansijsku stabilnost bez ugrožavanja njenog primarnog cilja. To je značilo da zakon nije bio u potpunosti u skladu sa Ustavom koji je definisao stabilnost valute, monetarnu politiku i stabilnost unutrašnje i spoljno plaćanje kao ciljeve NBRSM. Ipak, ovom kriterijumu je dodeljena najveća vrednost od 1.

Najnoviji Zakon je doneo poboljšanja u drugim segmentima koji nisu direktno obuhvaćeni indeksom. Nezavisnost u vođenju monetarne politike je pojačana propisivanjem da članovi saveta i zaposleni u banci ne bi trebalo da traže ili primaju nikakva uputstva od vlade ili drugih fizičkih ili pravnih lica. Prethodna odredba koja daje pravo ministru finansija da učestvuje na sednicama saveta zamenjena je novom odredbom u kojoj se navodi da je prisustvo ostalih članova samo po pozivu banke. Ipak, ministar za finansije i guverner su dužni da se redovno sastaju u cilju koordinacije monetarne i fiskalne politike. Pri tom, vlada je u obavezi da se konsultuje sa NBRSM pri izradi zakona i propisa koji mogu imati implikacije na ciljeve i funkcije banke, i banci je dozvoljeno da izrazi svoje mišljenje o ovim nacrtima zakona kada se o njima raspravlja u parlamentu.

ZAKLJUČAK

Kroz ovaj rad može se zaključiti da je nezavisnost centralne banke ključni preduslov za postizanje primarnog cilja centralne banke, a to je stabilnost cena. Adekvatni institucionalni mehanizmi koji štite centralnu banku od kratkoročnih političkih razmatranja su ključni u očuvanju kontrole centralne banke nad monetarnim agregatima, kredibilitetom centralne banke i kao posledica svega toga su ključni i za stabilnost cena. Bilo da je reč o Hrvatskoj narodnoj banci ili o Narodnoj banci Republike Severne Makedonije, ovo istraživanje pokazuje da je visok stepen nezavisnosti centralnih banaka od političkih turbulencija od najvećeg značaja za stabilnost monetarnih sistema i nacionalnih ekonomija u globalu.

Za Narodnu banku Hrvatske najprikladniji pokazatelj nezavisnosti je prosečni mandat guvernera. Cukirman je definisao gornju granicu za ovu stopu na 0,2 – 0,24 kada se guverner bira na svakih 4 do 5 godina. Niža stopa ukazuje da je centralna banka više izolovana od pritisaka vlade i istovremeno ukazuje na veću nezavisnost centralne banke u definisanju ciljeva monetarne politike.

Na osnovu Cukirmanovog indeksa može se zaključiti da je, kada je u pitanju NBRSM, postignut značajan napredak u stepenu nezavisnosti od političkog uticaja od vremena kada je Republika Makedonija postala nezavisna država pa do danas. Kako se nezavisnost NBRSM zasniva na zakonskim uredbama, ne može samo indeks poslužiti kao pokazatelj stvarne nezavisnosti centralne banke. Zbog toga rezultate merenja nezavisnosti treba tumačiti sa rezervom. Stvarna i realna nezavisnost izgleda kao izazovan zadatak i obično se meri kroz stopu promene guvernera i upitnika koje popunjavaju centralne banke. Na osnovu kriterijuma za stopu fluktuacije guvernera, stvarna nezavisnost na NBRM izgleda visoka. Stopa fluktuacije je 0,16 što znači otprilike jedan guverner svakih 6 godina.

Ono što se svakako mora imati u vidu kada se radi o državama bivše Jugoslavije je to da su stope fluktuacije guvernera, kao i analizirani indeksi za merenje samo jedan od uglova iz kojeg se stvarna nezavisnost može posmatrati i zbog toga se ne može koristiti kao jak dokaz o *de facto* nezavisnosti. Uzimajući u obzir sve pokazatelje i posmatrajući centralne banke u okviru šire slike čitave države, može se zaključiti da je politički uticaj na centralne banke na ovim prostorima i dalje veoma prisutan. Iako postoje određeni pomaci u odnosu na period od pre nekoliko decenija, ne može se reći da je stvarni interes bilo koje od ovih država permanentna nezavisnost centralnih banaka.

LITERATURA

Barisitz, S. (2008). *Banking in Central and Eastern Europe 1980–2006*. London, UK: Routlege (Taylor & Francis Group), 48.

Croatian national bank, The act on the Croatian national bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni–htm–pdf/e–zakon–hnb 2008.pdf?tsfsg=df72c-24360efa155d626a7396bdeb798, pristupljeno 15. 10. 2022.

Croatian National Bank. (2004). Annual Report. Zagreb: CNB, 56.

Cukierman, A., Kalaitzidakis, P., Summers, L., Webb, S. (1993). Central bank independence, growth, investment, and real rates. *Carnegie–Rochester Conference Series on Public Policy*, 39 (1), 95–140.

Ćorić, T., Cvrlje, D. (2009). Central Bank Independence: The Case of Croatia. *EFZG working paper series* (09), 4.

Debelle, G., Fisher, S. (1994). How independent should a central bank be? In: Fuhrer, J. C. (Eds.), *Goals, Guidelines and Constraints Facing Monetary Policymakers*. Federal Reserve Bank of Boston, 26.

EBRD, (2005). *Transition Report 2001 (Business in transition)*. London, UK: European Bank for Reconstruction and Development, 118.

Eijffinger, S. C. W. et al. (1997). Central Bank Independence: A Panel Data Approach. *Public Choice*, vol. 89, 163–182

Fabris, N. (2006). *Centralno bankarstvo u teoriji i praksi*. Podgorica: Centralna banka Crne Gore, 41.

Goodhart, C. A. E. (2010). The changing role of central banks. *BIS Working Paper*, 326.

Gozev, R. (2006). Strengthening the Guarantees for Independence of a Central Bank in Compliance with EU Requirementes: The Case of Bulgaria. *The European Integration Process: A Changing Enviroment for National Central Banks*, 112.

Jankoski, B. (2010). *Trends and challenges of the contemporary central banking – a case study for National Bank of the Republic of Macedonia*. Saarbrucken: VDM Verlag Dr. Muller Gmbh & Co. KG.

Jankov, L. (2000). *Banking Sector Problems: Causes, Solutions and Consequences*. Zagreb: Croatian National Bank, Survey 1, 8.

Jovančević, R. (2002). Reforming the Banking System in Croatia and its Broader Macroeconomic Environment. Poglavlje u: *Banking Reforms in South–East Europe*, redaktor: Šević, Ž. Edwar Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 245.

Niemann & von Hagen. (2008). Coordination of Monetary and Fiscal Policies: A Fresh Look at the Issue. *Swedish Economic Policy Review*, vol. 15 (1), 89–124.

Purić, S., Rapajić, M. (2018). Odnos Centralne banke i grana državne vlasti. *Glasnik prava,* br. 1, god. IX. Kragujevac, 54.

Rapajić, M. (2021). Kraći pogled na odnose Narodne banke Srbije sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. Zbornik radova „Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU“. Kragujevac, 161.

Rapajić, M., Dimitrijević, P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke). *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 81, god. LVII, 188–189.

Review Article
DOI: 10.5937/gakv95-40950
UDC 336.711(497.5)
336.711(497.7)

Mirjana Mlađenović[*]
National Bank of Serbia
ORCid: 0009-0006-2578-9062

ANALYSIS OF THE DEGREE OF LEGAL INDEPENDENCE OF THE CROATIAN NATIONAL BANK AND THE NATIONAL BANK OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA[**]

ABSTRACT: The stability of each country's monetary system depends on the quality of operations of its central bank, as one of the most important institutions. Due to their great importance, central banks hold a special place in scientific analysis. For a central bank to successfully achieve its objectives, it has to operate independently of the executive and legislative powers. Through content analysis and the comparative method, this paper analyzes and compares different parameters and indices measuring the independence of the central banks of the Republic of Croatia and the Republic of North Macedonia. Considering that the independence of a central bank is inextricably linked with its credibility, this paper conducts research that answers the question – what is the level of legal independence of the Croatian National Bank and the National Bank of the Republic of North Macedonia? It can be said that, in the last

[*] email: mirchejaz@gmail.com, Independent specialist associate in the Department of Occupational Safety and Health. Ph.D. Student at the Faculty of Law, University of Kragujevac.

[**] The paper was received on November 2, 2022 and was accepted for publication on January 11, 2023.

The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik of the Bar Association of Vojvodina.*

decade, both the legal and actual independence of these central banks has reached its peak, but a certain degree of political dependence is still noticeable. There are certain differences in terms of political influence from country to country, but in any case, the syndrome of political dependence in former Yugoslav countries when compared to developed countries is extremely recognizable. The Republic of Croatia, as a member of the European Union, had to harmonize its laws on this issue, so it can be said that there are certain differences compared to other countries in this region. Central banks in countries that once belonged to the same communist bloc, and which today have different statuses in relation to the European Union, are excellent examples for analyzing the degree of operational independence in relation to state power. The status of the central bank in a certain national and economic system depends on the legislation of that country, i.e., the constitutional norms and laws governing the central bank.

Keywords: Croatian National Bank, National Bank of the Republic of North Macedonia, independence of central banks, legislative power, executive power, Cukierman Index

INTRODUCTION

The contemporary world of banking, money flow, and financial institutions and their administrative regulations would be almost unimaginable without central banking. Money has existed for millennia and banks for centuries, but pinpointing the emergence of the first central banks in today's sense is no easy task.[1]

Contemporary central banks are organized in various ways from country to country and perform different functions. They can also have different names, such as central bank, national bank, reserve bank, state bank, and the name of the country can be used with the noun "bank" as well. Central banks have never been more powerful than they are today. Monetary policy has become a central instrument of macroeconomic stabilization and monetary policy is in the hands of independent central banks in an increasing number of countries.[2]

The greater the degree of independence of a central bank, the easier it is for it to identify signs of financial problems and warn financial markets about

[1] Rapajić, M., Dimitrijević, P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Collcetion of Papers of the Faculty of Law in Niš*, no. 81, LVII, 188.

[2] Fabris, N. (2006). *Central banking in theory and practice*. Podgorica: Central Bank of Montenegro, 41.

them. This is precisely why independence is seen as a way of bringing the economy to a higher level. The fact is that an independent central bank is less likely to be exposed to the inflationary bias inherent to monetary policy.[3]

The independence of a central bank implies the existence of a high degree of decision-making freedom in conducting monetary policy. Increasing the independence of a central bank is primarily aimed at its protection from short-term and often myopic political pressures, which are linked to the electoral cycle. The main objective of a central bank is price stability. Numerous empirical studies have proven that this objective is best achieved by an independent central bank.[4]

Central banks in every country are considered institutions of immense importance for the functioning of a country. The purpose of this paper is to analyze the operations and the degree of independence of the Croatian National Bank and the National Bank of the Republic of North Macedonia, focusing primarily on legal provisions related to key aspects for achieving and maintaining price stability. Emphasis is placed on explaining the main objectives of the aforementioned central banks, as well as their authority to determine and implement monetary and foreign exchange policies and to appoint and dismiss bank staff. Mutual relations with the executive and legislative powers are highlighted, and the restrictions on state funding and other legal aspects determining the strength of the mandate and independence of a central bank are explained. This analysis provides a historical perspective of the evolution of independence of the aforementioned central banks from the first year of transition to the present. This research aims to show why and how important it is for a central bank to operate as an independent institute. To achieve this, it is necessary for it to have leadership that is entirely independent of political influence. This implies a transparent selection of the central bank governor, as well as the main decision-making bodies.

The analysis of this topic leads to the conclusion that there is rich theoretical and empirical literature on the independence of central banks. Unlike fiscal policy, monetary policy should be independent, and the highest officials must have a term longer than the political cycle. The Great Depression and the collapse of the gold standard resulted in a widespread practice of governments

[3] Ćorić, T., Cvrlje, D. (2009). *Central Bank Independence: The Case of Croatia*. EFZG working paper series (09), 4.

[4] Gozev, R. (2006). Strengthening the Guarantees for Independence of a Central Bank in Compliance with EU Requirements: The Case of Bulgaria. *The European Integration Process: A Changing Environment for National Central Banks*, 112.

taking over monetary policy where setting the official interest rate was a governmental exercise.[5]

By the mid-1980s, most central banks were subordinate to governments and functioned almost like a department of the Ministry of Finance responsible for various functions, including financing the national deficit. This was a period marked by continuous periods of high inflation. The trend of delegating monetary policy to an independent institution began in the 1980s and was particularly pronounced during the 1990s based on three foundations: the success of the Bundesbank in controlling inflation and the success of the German economic model, theoretical literature on inflationary bias - discretionary monetary policy – and empirical literature on the relationship between an independent central bank and macroeconomic aggregates.[6] The essence is understanding that monetary authority can successfully implement and maintain a socially desirable target path for price stability if it has a clear mandate and is independent in deciding how to implement monetary policy.[7]

Regardless of the significant differences between central banks, their position in a particular country and its economic system depends on: 1) the law on the central bank, which determines the institutional construction, functions, and authority of the central bank 2) laws that normatively regulate the issuance of national currency 3) other legislation, such as laws on banks, insurance organizations, and other financial institutions. The rules of the International Monetary Fund, World Bank, and financial and banking institutions of supranational organizations (for example, the European Union) also influence the activity and organizational structure of central banks. Differences in the way of forming, administrative authority, the election of the highest officials, and control over central banks exist, but two models of central banking can still be singled out –European and American.[8]

[5] Goodhart, C.A.E. (2010). *The changing role of central banks*. BIS Working Paper, 326.

[6] Debelle, G., & Fisher, S. (1994). How independent should a central bank be? In: Fuhrer, J. C (Eds.), *Goals, Guidelines and Constraints Facing Monetary Policymakers*. Federal Reserve Bank of Boston, 26

[7] Niemann & von Hagen. (2008). Coordination of Monetary and Fiscal Policies: A Fresh Look at the Issue. *Swedish Economic Policy Review*, vol. 15 (1), 89–124.

[8] Rapajić, M., Dimitrijević, P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Collcetion of Papers of the Faculty of Law in Niš*, no. 81, LVII, 189.

HISTORICAL REVIEW OF THE BANKING SECTOR IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Taking into account the economic and social aspects (regardless of the differences between central banking institutions both in comparative and historical terms), the most significant objective for which central banks were created is the maintenance of monetary stability, and consequently the increase in employment and income levels, and economic development and prosperity of the country. Therefore, objectives set by the constitution, but more so by laws (given that the legislative process is simpler than the process of creating a constitution), are characteristic of central banking after the end of World War II.[9]

The dependence of the central bank on state powers, or on an extremely authoritarian executive, continued in the Yugoslav socialist federation, even though all authorities were subordinate to and under the control of the Federal Assembly in the parliamentary system, at least formally.

> "In Yugoslavia, throughout the period after World War II until the breakup of the SFRY, the central bank never had full independence, which is understandable given that in every country, the socio-political order, or the nature of the economic system, is the basic determinant of the domestic monetary and financial system. Therefore, the role of the National Bank in Yugoslavia in the period 1944–1991 cannot be evaluated outside the framework of the institutional structure of Yugoslav society and the political and economic system. In certain historical periods, the existing institutional solutions directly predetermined the position, role, and scope of operations of the National Bank and other financial institutions in Yugoslavia".[10]

After gaining independence in 1991, political turbulence and war paralyzed a more serious transition and redesign of the banking sector in Croatia. Only the branch of the National Bank of Yugoslavia (hereinafter NBY) in Zagreb was promoted to the central bank of Croatia, in accordance with the examples of the dissolution of other federations. At the time of gaining independence, there were 26 banks operating in Croatia, of which 20 were "old" credit institutions. The two largest banks – Privredna banka and Zagrebačka

[9] Rapajić, M., Dimitrijević, P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Collcetion of Papers of the Faculty of Law in Niš*, no. 81, LVII, 189.

[10] Hoffman, G. (2004). *Narodna banka 1944–1991.* Belgrade, 19, in: Rapajić, M. (2021). Kraći pogled na odnose Narodne banke Srbije sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. *Zbornik radova „Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU",* Kragujevac, 161.

banka, operated throughout the Republic of Croatia. Also, 18 financial institutions were medium-sized, regional banks, and 6 new – private banks operated only in Zagreb.[11]

Due to the freezing of deposits in Belgrade, 197 banks in Croatia were technically illiquid, and many were insolvent. In the second half of 1991, the NBY suspended the transfer of deposits to banks in Croatia. These deposits were deposited in the central bank because they had a foreign denomination. At the moment of suspension of deposit transfers, about 5.8 billion German marks were blocked in the NBY. A program of decentralized linear rehabilitation was launched to rehabilitate the banking sector, with two important lines of action. The first one meant that government bonds were transferred to banks to consolidate balance sheets, while the other meant that large-denomination state bonds were transferred to state-owned enterprises in order to repay bank loans. This had only a cosmetic significance, as this mechanism "decontaminated" bank balance sheets, while operational efficiency reform was omitted.[12]

The crisis in the banking sector provoked selective measures of traditional rehabilitation, while in some banks, measured (selective and calculated) liquidity support was applied. In December 1998, a new Banking Law was adopted that radically changed the "balance of power" of certain banks, prudential standards, and the "terrain" of the Croatian banking sector. The capital adequacy standard was increased from 8 to 10%, with the strengthening of the regulatory infrastructure. Also, parameters for assessing risk exposure, bank licensing procedures, internal and external audit, and supervision standards were tightened. Based on the new regulations, a procedure for the liquidation of 11 small and medium-sized banks was initiated, and 5 banks were placed under administrative control. The 1999 budget rebalancing approved additional funds for the Bank Rehabilitation and Deposit Insurance Agency to refinance the deposits of failed banks. The objective of all these measures was harmonization with generally accepted international standards for bank operations, as well as the introduction of financial discipline in the disorganized and inefficient banking sector. In doing so, the implementation of new regulatory mechanisms had "an ear" for inherited and emerging problems in the banking sector of Croatia in order to preserve financial stability in the transitional phase of development. The new measures were implemented at the micro and

[11] Barisitz, S. (2008). *Banking in Central and Eastern Europe 1980–2006.* London, UK: Routledge (Taylor & Francis Group), 48.

[12] Jovančević, R. (2002). Reforming the Banking System in Croatia and its Broader Macroeconomic Environment. Chapter in: *Banking Reforms in South–East Europe*, Editor: Šević, Ž.; Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 245.

macro levels in order to restore confidence in the banking system and increase the efficiency and competitiveness of banks and savings institutions.[13]

Very soon there were serious changes in the market structure and competition. A number of banks were shut down, new banks were established, and the market was opened for the entry of foreign banks (by establishing branches or buying smaller banks). These processes improved the competitive environment and reduced concentration in the Croatian banking market. The structure of the banking industry was transformed from an oligopoly with clear monopolistic elements, to an oligopoly with visible elements of competition.[14] Considering the volume of financial resources involved, Croatia incurred significant fiscal costs for bank rehabilitation. The cumulative public debt for bank rehabilitation in Croatia in the period 1991-1999 was estimated at 32% of the GDP.[15]

The marketization of the banking sector enabled a strong "credit boom" that threatened to jeopardize monetary stability. In order to limit the bilateral borrowing enthusiasm in the bank (motivated by profit) - non-bank transactors (motivated by economic prosperity) relationship, the CNB established an administrative mechanism for directing placements. In January 2003, the CNB made a Decision on the mandatory purchase of CNB notes, obligating banks with annual credit growth of more than 16% to invest double the amount of excess in low-yield CNB notes.[16]

Later, this administrative standard was suspended, but a stricter regulatory mechanism for calculating capital adequacy was established. Also, a special (penalty) system of mandatory reserve allocation on foreign cross-border loans was established. Stringent regulation and market circumstances forced banking groups to channel credit potential through substitutes for banking services, primarily through leasing and asset management. This formed a non-banking segment of the financial system, creating conditions for cross-competition. However, regardless of these tendencies, the financial system of Croatia at the end of the transition episode was extremely bank-centric, as banks owned 82% of total financial assets.[17]

---

[13] Jovančević, R. (2002). Reforming the Banking System in Croatia and its Broader Macroeconomic Environment. Chapter in: *Banking Reforms in South–East Europe*, Editor: Šević, Ž.; Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK, 245.

[14] *Ibid.*

[15] Jankov, L. (2000). *Banking Sector Problems: Causes, Solutions and Consequences*. Zagreb: Croatian National Bank, Survey 1, 8.

[16] Croatian National Bank. (2004). *Annual Report*. Zagreb: CNB, 56.

[17] EBRD, (2005). *Transition Report 2001 (Business in transition)*. London, UK: European Bank for Reconstruction and Development, 118.

CROATIAN NATIONAL BANK

The Croatian National Bank (hereinafter CNB) is the central bank of the Republic of Croatia. In achieving its objectives and performing its tasks, the CNB is independent and autonomous. The CNB has the status of a legal entity but is not registered in the court register. The headquarters of the CNB is in Zagreb. The seal of the HNB contains the image of the coat of arms of the Republic of Croatia and the name CNB. It is represented by the governor and is exclusively owned by the Republic of Croatia. The CNB is an integral part of the European System of Central Banks (ESCB). The CNB is obligated, in accordance with the provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Statute of the ESCB and the European Central Bank, and fully applicable European Union legislation and the CNB Act, to work towards achieving the objectives and carrying out the tasks of the ESCB.[18]

In accordance with Article 130 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 7 of the Statute of the ESCB and ECB, the CNB and members of its bodies are independent in achieving their objective and in performing their tasks based on the CNB Act, the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union, and the Statute of the ESCB and ECB. The CNB and members of its bodies do not seek nor are bound by instructions from the institutions and bodies of the European Union, governments of the Member States of the European Union, and other bodies. The institutions and bodies of the European Union, governments, agencies, offices, and other bodies of the Member States of the European Union are obligated to respect the independence of the CNB as stipulated in Article 130 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 7 of the Statute of the ESCB and ECB, and cannot influence the independence of the CNB, the making and implementation of its decisions, and its organs, and cannot approve, annul, delay, repeal, or otherwise influence any decision of the CNB within its authority. These provisions do not call into question the powers of the ECB according to the Statute of the ESCB and ECB in relation to the Croatian National Bank.[19]

[18] Croatian National Bank. (2004). *Annual Report*. Zagreb: CNB, 57.

[19] Croatian National Bank. (2004). *Annual Report*. Zagreb: CNB, 57.

THE DEGREE OF INDEPENDENCE OF THE CROATIAN NATIONAL BANK

In most modern economies, the role of central bank independence has become more important. Central Bank Independence (CBI) is seen as a way of bringing the economy to a higher level. It is argued that an independent central bank is more credible and that a higher degree of central bank independence allows the central bank to identify signs of financial problems and warn financial markets. Furthermore, an independent central bank is less likely to be exposed to the inflationary bias inherent in monetary policy and is more aware of the inflationary costs of expansionary monetary policy. This is consistent with Friedman's theoretical concept that the phenomenon of inflation should be regulated by controlling the amount of money that the central bank injects into the national economy. To achieve the main objective – price stability, it is necessary for the central bank to be as little associated with the government as possible. However, governments generally have some influence on central banks, even in the case of banks claiming to be independent.[20]

In this part of the text, we examine the level of independence of the CNB. The Act on the Croatian National Bank (Art. 2, para. 2) states that the CNB is independent in achieving its objectives and tasks. It is also stated that all its members are independent in making and implementing their decisions and do not depend on or seek any instructions from the country or its institutions. When it comes to functional independence, we must examine the degree of freedom in choosing the objectives of monetary policy. The main objective of the CNB is to achieve and maintain price stability. According to Art. 3.2., the CNB will support the economic policy and operate on the principles of open market economy and free competition, as long as this does not jeopardize its main objective. As for its main objective, the CNB has adapted its legislation to the requirements of the Maastricht agreement.[21]

In examining the institutional freedom of the CNB, emphasis should be placed on the freedom to choose the instruments of monetary policy, their definition, and implementation. The CNB claims to be independent while implementing its decisions. It is also stated that this does not depend on the instructions of the Croatian government, bodies representing the EU, or a third party. In achieving its objectives, but not endangering its main objectives and tasks, the CNB is allowed to cooperate with the government and state bodies.

[20] Eijffinger S.C.W. et al. (1997). Central Bank Independence: A Panel Data Approach. *Public Choice*, vol. 89, 163–182.

[21] Croatian National bank, The act on the Croatian National bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni-htm-pdf/e-zakon-hnb-2008.pdf?tsfsg=df72c24360efa155d626a7396bdeb798, accessed on October 15, 2022.

The government provides the CNB with all proposals and reports related to the objectives, operations, and tasks of the CNB. In addition, the Government also submits decision proposals, directives, and acts before they are forwarded. The CNB Council gives its opinions. The Ministry of Finance consults with the CNB at least once every six months on semi-annual plans for domestic and foreign borrowing (Art. 38). Furthermore, the Ministry of Finance is obligated to inform the CNB about all transactions concerning domestic and external debt. The CNB can propose the adoption of a law; related to its objectives, tasks, or generally related to its operations, which the government is expected to then propose to the Parliament (Art. 39.1). In the case of the CNB, the law emphasizes the independence of functions and their implementation.[22]

Personal independence refers to the role and status of the central bank. It also refers to the appointment and election process, dismissal from office, term of office, and the possibility of re-election.

The CNB Council consists of the governor, four vicegovernors at the most, the deputy governor, and up to 8 independent members. The governor of the CNB is appointed by the Croatian Parliament on the proposal of the Elections, Appointments, and Administration Committee, taking into account the opinion of the Finance and Central Budget Committee. In Croatia, the governor's term lasts 6 years. The deputy governor and vicegovernors are appointed by the Croatian Parliament on the proposal of the CNB governor. Independent members of the CNB Council are appointed by the Croatian Parliament on the proposal of the Elections, Appointments, and Administration Committee, taking into account the opinion of the Finance and Central Budget Committee. Members of the CNB Council must be citizens of the Republic of Croatia and should have professional experience in the monetary, financial, banking, or legal sector. Members of the CNB Council are appointed for a period of six years. The law usually sets certain restrictions for members of the Council to avoid possible conflicts of interest, so there are also restrictions in Croatia that members should comply with, which is that they cannot be representatives in the Parliament or perform duties to which they had been appointed by the Parliament or the Government. Furthermore, a CNB member cannot be a member of the Government. Also, they cannot perform duties in the local and regional self-government bodies, political parties, and trade unions. Members are not allowed to work as associates in banks, audit firms, and other legal institutions related to banks or controlled by the CNB. Also, they cannot own shares or holdings in legal entities that are authorized or under the supervision of the CNB, nor may they own shares or holdings in other legal entities

[22] Croatian National bank, The act on the Croatian National bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni-htm-pdf/e-zakon-hnb-2008.pdf?tsfsg=df72c24360efa155d626a7396bdeb798, accessed on October 15, 2022.

connected with said entities by ownership, management, or function. In addition, the spouse and children of a member may not own shares or holdings in institutions that are authorized or under the supervision of the CNB (Art. 45.). In terms of removal from office, it will occur in the case of a criminal offense, serious misconduct, and if they are permanently unable to perform their duties owing to illness. Moreover, this will happen if a member himself requests to be removed from office or if he fails to submit or submits false statements regarding restrictions.[23]

Financial independence refers to budgetary independence and the prohibition of monetary financing. Central banks should not allow themselves to fall into a position of insufficient financial resources necessary for fulfilling their duties. There are certain issues that central banks must address to be financially independent; managing the budget, how to offset a net loss, whether government funding is allowed and if so, when it is permissible, etc. It is important to note that the CNB is independent of the Ministry of Finance. However, certain contact exists. The CNB performs the function of a fiscal agency, a depositary, a participant in the legislative process, and a consultant to the Ministry of Finance. Nevertheless, the CNB asserts that the bank manages the budget independently of any government institution. The CNB Council adopts the financial plan, while capital remains in the hands of the state. As for the net loss, if it occurs, it is usually covered by CNB reserves. In case of insufficient reserves, the loss can also be covered by the state budget or by issuing shares. In Croatia, direct government funding is strictly prohibited, but the CNB is allowed to buy government securities on the secondary market, indirectly financing the government.[24]

The increasing importance of CBI[25] is present in most developed economies. CBI is perceived as a conventional trend that almost all central banks follow. It seems to be a requirement for directing credible monetary policy.

---

[23] Croatian National Bank, The act on the Croatian National Bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni-htm-pdf/e-zakon-hnb-2008.pdf?tsfsg=df72c24360efa155d626a7396bdeb798, accessed on October 15, 2022.

[24] *Ibid*.

[25] *Central bank independence* – the earliest definition offered is David Ricardo in to his "Plan for the Establishment of a National Bank" in 1824, where he said, "It is said that Government could not be safely entrusted with the power of issuing paper money; that it would most certainly abuse it… There would, I confess, be great danger of this, if Government — that is to say, the ministers — were themselves to be entrusted with the power of issuing paper money. But I propose to place this trust in the hands of Commissioners, not removable from their official situation but by a vote of one or both Houses of Parliament. I propose also to prevent all intercourse bettween these Commissioners and ministers, by forbidding every species of money transaction between them. The Commissioners should never, on any pretence, lend money to Government, nor be in the slightest degree under its controul or influence... If Government wanted money, it should be obliged to raise it in the

Delegating monetary policy to an independent central bank should encourage greater price stability and a better overall economic situation, as an independent central bank is less likely to be exposed to the inflationary bias inherent in monetary policy and is more aware of the inflationary costs of expansionary monetary policy.

EVALUATION OF THE INDEPENDENCE OF THE NATIONAL BANK OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

The interconnection between the central banking institution, as the highest monetary institution, on one hand, and the executive branch on the other, is crucial for the institutionalization of central bank independence. If we analyze the laws of different legal systems in which different models of executive power organization are also present, it is not difficult to notice that the central bank in some of them is subject to detailed legal regulation. Such a normative approach is less characteristic of some other economic and financial institutions. The realization of the objectives and execution of the functions of the central bank is of utmost importance in the economic life of any country, given the far-reaching consequences, not only on the economy and finance but indirectly on all direct and indirect budget beneficiaries. As the executive branch creates the political course of the country and is responsible for the state of the nation not only when it comes to the economy, finance, education, culture, and foreign policy but also partially to the monetary sphere, it is particularly interested in the legitimate functioning of the central bank. Different views of the main directions of macroeconomic policy, and central bank leadership in relation to the main executive representatives, can have far-reaching and usually very negative consequences for the entire economy. To prevent this to a greater or lesser extent, based on the constitution and laws in many legal systems, it is stipulated that government influence on the central bank can be dual: 1) staffing and 2) political (control-supervisory). There are fewer countries in the world where the government, the prime minister, or the president of the state do not have a certain influence on the selection of the highest officials in the central bank. The level of this influence can range from consultations,

legitimate way; by taxing the people; by the issue and sale of exchequer bills, by funded loans, or by borrowing from any of the numerous banks which might exist in the country; but in no case should it be allowed to borrow from those, who have the power of creating money."

to proposals, to appointments. When it comes to the parliamentary system of governance, competent administrative sectors can also play a significant role.[26]

The independence of a central bank is considered a key prerequisite for achieving the primary objective of a central bank, which is price stability. Adequate institutional mechanisms protect a central bank from short-term political events and are key in preserving its control over monetary aggregates, maintaining the credibility of the central bank and, consequently, price stability. Current trends regarding institutional arrangements point to an institutional separation of responsibility for monetary and fiscal policy, accompanied by a high degree of independence for central banks, which can be seen as protection from rash fiscal policy. The first Law on the NBRNM was enacted in 1992, establishing the NBRNM as the central bank of the newly independent state. In order to strengthen the independence of the central bank, the legal framework has been changed several times, including the adoption of a new central bank law in 2002 and 2010.[27]

The assessment of the NBRNM's independence is based on the Cukierman et al. (1992) index (hereinafter: Cukierman's index), as one of the most frequently used indices, and the modified Cukierman index of Jacome and Vazquez (2005) (hereinafter: MCI). The index evaluates the legal aspect of independence as one of the main components of real independence, although the latter depends on many other additional factors. The measurement is based on the statutory provisions of the central bank that regulate its mandate, authority, tasks, and operations and do not reflect the aspect of the practical application of legal provisions. Unlike other research papers that evaluate the NBRNM's independence over a certain period of a year, this paper provides a historical perspective by measuring the level of independence provided by the laws on the NBRNM adopted from 1992 to the present day.

CUKIERMAN INDEX

The Cukierman Index uses 16 legal variables in the following 4 clusters: the main executive director (appointment, dismissal, mandate, government duties), defining the formulation of monetary policy (authority to make decisions on monetary policy, resolving conflicts related to monetary policy, and

[26] Purić, S., Rapajić, M. (2018). Odnos Centralne banke i grana državne vlasti. *Glasnik prava*, br. 1, vol. IX. Kragujevac, 54.

[27] Jankoski, B. (2010). *Trends and challenges of the contemporary central banking - a case study for the National Bank of the Republic of Macedonia*. Saarbrucken: VDM Verlag Dr. Muller Gmbh & Co.KG.

the inclusion of the central bank in the budget process), central bank objectives and restrictions on the central bank's lending to the government (safe and unsafe lending, potential borrowers, terms and conditions of lending). The coding scale ranges from 0 (the lowest level of independence) to 1 (the highest level of independence). A higher number indicates a stronger mandate and independence of the central bank from the executive branch in the pursuit of price stability. The coding for the first group of variables depends on the government's involvement in the appointment and dismissal process of the governor and his mandate. Less government involvement and a longer term imply greater insulation of monetary policy from short-term political considerations that can threaten price stability. Similarly, less government involvement in the formulation of monetary policy (second group) indicates greater independence of the central bank. The assessment of objectives (third group) depends on the importance given to price stability compared to other objectives that could conflict with price stability. A higher score for lending restrictions (last group) is assigned when lending to the government is not allowed or is allowed under strict conditions. Also, the stricter the lending conditions (interest rate, maturity, collateral), the higher the value of this variable. The legal restrictions on the central bank's financing of the government is considered instrumental in preserving the central bank's control over monetary aggregates and inflation. Its importance is even more pronounced for transition economies with undeveloped financial markets where there is a greater need for central bank financing. The composite Cukierman index of independence is calculated as a weighted average of the values assigned to individual variables. The largest weight is assigned to the group of variables related to lending restrictions to the government (50%), the executive director's official group of criteria carries a weight of 20%, and the policy formulation and objectives groups each carry 15%. For the main executive director, coding at the group level is performed as a simple average of the coding of the four variables in the group. Coding for the policy formulation group is performed as a weighted average of the codes of each individual variable in the group. Each of the 8 variables in the group regarding lending to the government is assigned an individual weight. Generally speaking, the Cukierman Index indicates that the legal independence of the NBRNM has increased over the years. The first law on the NBRNM, adopted in 1992, provides only a moderate level of independence with a composite index value of 0.60. The law adopted in 2002 strengthened its mandate and independence as seen through the increased index value (0.70), and the law adopted at the end of 2010, subsequently amended several times, provides a high degree of independence with an index value reaching 0.92[28].

[28] Rating independence given by the Law on NBRM adopted in 2010 takes into account the amendements and supplements of the Law adopted in 2012, 2014, and 2015.

The index indicates room for further strengthening in the areas of appointment, dismissal, governor's mandate, and the central bank's participation in the budget process.[29]

Table 1. Measurement of the independence of the NBRNM - Cukierman Index

No. of Variable	Description of variable	Weight	Numerical value	2011–2017	2002–2010	1992–2001
1.	**Director General**	0.20		0.77	0.77	0.44
	a. Mandate			0.75	0.75	0.75
	• Over 8 years • 6 to 8 years • 5 years • 4 years • Less than 4 years		1.00 0.75 0.50 0.25 0.00			
	b. Who Appoints the Director			0.50	0.50	0.50
	• Central Bank Committee • Central Bank Committee Council, Executive Power, Legislative Power • Legislative Power • Executive Committee • One of the Two Members of the Executive Power		1.00 0.75 0.50 0.25 0.00	0.50	0.50	0.50
	c. Dismissal			0.83	0.83	0.50
	• No Provisions for Dismissal • Only for Reasons Unrelated to Politics • By Order of the Central Bank's Main Board • For Legal Reasons • Unconditional Dismissal by Legislative Power • By Order of Executive Power • Unconditional Dismissal by Executive Power		1.00 0.83 0.67 0.50 0.33 0.17 0.00	0.83	0.83	0.50
	d. The Possibility for the General Director to Have Another Role in the Government			1.00	1.00	0.00

[29] Cukierman, A., Kalaitzidakis, P., Summers, L., Webb, S. (1993). Central bank independence, growth, investment, and real rates. *Carnegie-Rochester Conference Series on Public Policy*, 39 (1), 95–140.

No. of Variable	Description of variable	Weight	Numerical value	2011–2017	2002–2010	1992–2001
	• No • Only With the Approval of the Executive Power • No Prohibition for the General Director to be in the Executive Branch		1.00 0.50 0.00	1.00	1.00	0.00
2.	**Policy Formulation**	0.15		0.75	0.45	0.37
	a. Who Formulates the Monetary Policy	0.25		1.00	1.00	0.67
	• The Bank is Entirely Independent • The Bank Participates but Has Little Influence • The Bank Makes Decisions on the Advice of the Government • The Bank Has No Voting Rights		1.00 0.67 0.33 0.00	1.00	1.00	0.67
	b. Who Has the Final Say in Conflict Resolution	0.50		1.00	0.40	0.40
	• The Bank According to Rules that Are Clearly Defined by the Law on Objectives • The Government on Issues that Are Not Clearly Defined as the Bank's Objectives or in Case of Conflict within the Bank • The Central Bank's Board, Executive Power, and Legislative Power • Legislative Power According to Political Mandate • Executive Power According to Political Mandate • Executive Power Has Unconditional Priority		1.00 0.80 0.60 0.40 0.20 0.00	1.00	0.40	0.40
	c. Role in Budget Decision-Making	0.25		0.00	0.00	0.00
	• Active Role of the Central Bank • Central Bank Has No Influence		1.00 0.00	0.00	0.00	0.00

No. of Variable	Description of variable	Weight	Numerical value	2011–2017	2002–2010	1992–2001
3.	**Objectives**	0.15		1.00	1.00	0.60
	• Price Stability Is the Main Objective and the Central Bank Has the Final Say in Case of Conflicts With Other Government Objectives • Price Stability Is One of the Objectives Compatible With Other Government Objectives That Maintain a Stable Banking System • Price Stability Is One of the Objectives That Is Potentially Conflicting With Objectives Such As Full Employment • No Objective Condition in the Bank Charter • Stated Objectives Do Not Include Price Stability		1.00 0.80 0.60 0.20 0.00	1.00	1.00	0.60
4.	**Restrictions on Loans to the State**	0.50		0.50	0.33	0.37
	a. Restrictions on Unsafe Lending	0.15		1.00	0.67	0.67
	• No Advance Lending • Advance Lending but With Strict Restrictions • Advance Lending but Without Strict Restrictions • No Legal Restrictions on Lending		1.00 0.67 0.33 0.00	1.00	0.67	0.67
	b. Secured Lending	0.10		1.00	0.67	0.67
	• Not Allowed • Allowed With a Limit of up to 15% of Government Revenue • Allowed Above the Limit of 15% of Government Revenue • No Legal Restrictions on Lending		1.00 0.67 0.33 0.00	1.00	0.67	0.67
	c. Credit Terms	0.10		1.00	0.33	1.00

No. of Variable	Description of variable	Weight	Numerical value	2011–2017	2002–2010	1992–2001
	• Controlled by the Bank • Determined by the Bank's Statute • In Agreement Between the Central Bank and the Executive Power • Determined Exclusively by the Executive Power		1.00 0.67 0.33 0.00		1.00 0.33	1.00
	d. Potential Borrowers from the Bank	0.05		1.00	1.00	1.00
	• Government Only • All Levels of Government • All of the Above and Public Enterprises • Public and Private Sector		1.00 0.67 0.33 0.00	1.00	1.00	1.00
	e. Central Bank Lending Limits Defined in	0.025		1.00	1.00	1.00
	• Currency • Shares, Bonds, or Capital • Government Revenue • Government Expenditures		1.00 0.67 0.33 0.00	1.00	1.00	
	f. Maturity of Loans	0.025		1.00	0.25	0.25
	• Up to 6 Months • Up to One Year • More Than One Year • No Legal Restrictions on Loan Maturity		1.00 0.67 0.33 0.00	1.00	1.00	0.67
	g. Interest Rates on Loans Must Be	0.025		1.00	0.25	0.25
	• Above Minimum Rates • At Market Rates • Below Maximum Rates • Interest Rates Are Not Considered • No Interest on Government Debt at the Central Bank		1.00 0.75 0.50 0.25 0.00	1.00	0.25	0.25
	h. The Central Bank Can Prohibit the Purchase or Sale of Securities on the Market	0.025		1.00	1.00	1.00
	• Yes • No		1.00 0.00	1.00	1.00	1.00
	Total Index Value			**0.92**	**0.70**	**0.60**

Source: National Bank of the Republic of Macedonia, Journal of Central Banking Theory and Practice, vol. 6, No. 3, 2017.

The Law on the NBRNM was first adopted in 1992 as part of a legislative package, providing the basis for a new monetary system independent of the monetary system of former Yugoslavia. The NBRNM was established as the central bank responsible for the stability of the Macedonian currency, monetary policy, and the stability of internal and external payments. These three objectives of the central bank are also included in the Constitution. As a result, price stability is not explicitly stated as an objective of the central bank either in the law or in the Constitution. However, the Parliament adopted an annual Decision on the objective and objectives of monetary policy, which defines price stability as the central bank's objective. This shows some ambiguities and inconsistencies in the bank's objectives. Given that the Parliament's decision identified price stability as the main objective, the value of the variable assigned to it is not 0 but 0.60.

The formulation of monetary policy was not solely the responsibility of the central bank. The NBRNM was required to prepare an annual projection on monetary and credit aggregates, based on which the Parliament passed the Decision on the objectives and objectives of the monetary and credit policy for the following year. The decision defined numerical inflation targets and monetary aggregates in accordance with the inflation target. The foreign exchange regime and policy were also adopted by the Parliament annually by the Decision on foreign exchange policy and projection from the balance of payments. The law defines the instruments available to the NBRNM, including reserve requirements, loans to banks and other financial institutions, issuance of central bank bills, transactions with domestic and foreign securities, and interventions in the foreign exchange market. Decisions on the implementation of monetary and foreign exchange policy were adopted by two-thirds of the members of the bank's council. In case of disputes over monetary and foreign exchange policy, the Parliament had the final word. The central bank had no legal requirement to participate in any phase of the budget cycle. The preparation, adoption, execution, and supervision of the national budget were the responsibility of the executive and legislative powers. The inability of the central bank to participate in the budget process, along with the absence of full authority in formulating monetary policy and resolving conflicts, resulted in a low score for the bank policy formulation group (0.37).

The value of the executive director group is also quite low (0.44). The Governor was appointed by the Parliament, on the proposal of the President, for a term of 7 years, with the possibility of being re-elected only once. Re-election of the same council members was not allowed. Similar to the appointment process, the dismissal process was initiated by the president and decided by the Parliament. There were no provisions on the criteria for

dismissal that would suggest that the Parliament had wide discretion when dismissing the Governor. Also, the law did not contain provisions prohibiting the governor from holding other positions in the government.

The law passed in 2002 granted somewhat greater independence to the NBRNM, as seen through the increased value of the composite index (from 0.60 to 0.70), which reflects improvements in all 4 clusters. The law established price stability as the central bank's primary objective. In addition, the NBRNM supported economic policy and financial stability without compromising its primary objective. This meant that the law was not fully in accordance with the Constitution, which defined currency stability, monetary policy, and stability of internal and external payments as the objectives of the NBRNM. However, this criterion was assigned a maximum value of 1.

The latest Law brought improvements in other segments that are not directly covered by the index. Independence in conducting monetary policy is reinforced by stipulating that council members and bank employees should not seek or receive any instructions from the government or other natural or legal persons. The previous provision allowing the Minister of Finance to participate in council meetings was replaced by a new provision stating that the presence of other members is allowed only at the invitation of the bank. However, the Minister of Finance and the Governor are required to meet regularly in order to coordinate monetary and fiscal policy. In doing so, the government is obligated to consult with the NBRNM when drafting laws and regulations that may have implications for the bank's objectives and functions, and the bank is allowed to express its opinion on these draft laws when they are debated in Parliament.

CONCLUSION

Through this paper, it is evident that the independence of a central bank is a key precondition for achieving the primary objective of the central bank, which is price stability. Adequate institutional mechanisms that protect the central bank from short-term political considerations are crucial in preserving the central bank's control over monetary aggregates, and the credibility of the central bank, and as a result, they are key to price stability. Whether discussing the Croatian National Bank or the National Bank of the Republic of North Macedonia, this research shows that a high degree of independence of central banks from political turbulence is of utmost importance for the stability of monetary systems and national economies as a whole.

For the Croatian National Bank, the most suitable indicator of independence is the governor's average mandate. Cukierman defined the upper limit for this rate as 0.2 – 0.24 when the governor is elected every 4 to 5 years. A lower rate indicates that the central bank is more isolated from government pressures and simultaneously indicates greater independence of the central bank in defining monetary policy objectives.

Based on Cukierman's index, it is evident that, in the case of the NBRNM, significant progress has been made in the degree of independence from political influence from the time the Republic of Macedonia became an independent country to the present day. As the independence of the NBRNM is based on legal regulations, the index alone cannot serve as an indicator of the actual independence of the central bank. Therefore, the results of measuring independence should be interpreted with caution. Actual and real independence seems like a challenging task and is usually measured through the rate of change of governors and questionnaires filled out by central banks. Based on the criteria for the governor's fluctuation rate, actual independence at the NBRNM seems high. The fluctuation rate is 0.16, which means approximately one governor every 6 years.

One thing that certainly needs to be taken into account when dealing with countries of former Yugoslavia is that the rates of fluctuation of governors, as well as the analyzed indices for measurement, are just one of the angles from which actual independence can be viewed and therefore cannot be used as strong evidence of *de facto* independence. By taking into account all indicators and looking at central banks within the broader picture of the entire country, it becomes evident that political influence on central banks in these regions is still very present. Although there have been certain shifts compared to a few decades ago, it cannot be said that the real interest of any of these countries is the permanent independence of central banks.

BIBLIOGRAPHY

Barisitz, S. (2008). *Banking in Central and Eastern Europe 1980–2006*. London, UK: Routledge (Taylor & Francis Group).

Croatian national bank, The act on the Croatian national bank, Publication: June 2008, http://www.hnb.hr/propisi/zakoni–htm–pdf/e–zakon–hnb 2008.pdf ?tsfsg =df-72c24360efa155d626a7396bdeb798, accessed on October 15, 2022.

Croatian National Bank. (2004). Annual Report. Zagreb: CNB.

Cukierman, A., Kalaitzidakis, P., Summers, L., Webb, S. (1993). Central bank independence, growth, investment, and real rates. *Carnegie–Rochester Conference Series on Public Policy*, 39 (1), 95–140.

Ćorić, T., Cvrlje, D. (2009). Central Bank Independence: The Case of Croatia. *EFZG working paper series* (09), 4.

Debelle, G., Fisher, S. (1994). How independent should a central bank be? In: Fuhrer, J.C. (Eds.), *Goals, Guidelines and Constraints Facing Monetary Policymakers*. Federal Reserve Bank of Boston.

EBRD, (2005). *Transition Report 2001 (Business in transition)*. London, UK: European Bank for Reconstruction and Development.

Eijffinger, S.C.W. et al. (1997). Central Bank Independence: A Panel Data Approach. *Public Choice*, vol. 89, 163–182

Fabris, N. (2006). *Centralno bankarstvo u teoriji i praksi*. Podgorica: Central Bank of Montenegro.

Goodhart, C.A.E. (2010). The changing role of central banks. *BIS Working Paper*.

Gozev, R. (2006). Strengthening the Guarantees for Independence of a Central Bank in Compliance with EU Requirements: The Case of Bulgaria. *The European Integration Process: A Changing Environment for National Central Banks*.

Jankoski, B. (2010). *Trends and challenges of the contemporary central banking - a case study for the National Bank of the Republic of Macedonia*. Saarbrucken: VDM Verlag Dr. Muller Gmbh & Co. KG.

Jankov, L. (2000). *Banking Sector Problems: Causes, Solutions and Consequences*. Zagreb: Croatian National Bank, Survey 1.

Jovančević, R. (2002). Reforming the Banking System in Croatia and its Broader Macroeconomic Environment. Chapter in: *Banking Reforms in South–East Europe*, editor: Šević, Ž. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, UK.

Niemann & von Hagen. (2008). Coordination of Monetary and Fiscal Policies: A Fresh Look at the Issue. *Swedish Economic Policy Review*, vol. 15 (1), 89–124.

Purić, S., Rapajić, M. (2018). Odnos Centralne banke i grana državne vlasti. *Glasnik prava,* br. 1, vol. IX. Kragujevac.

Rapajić, M. (2021). Kraći pogled na odnose Narodne banke Srbije sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. Zbornik radova „Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima EU“. Kragujevac.

Rapajić, M., Dimitrijević, P. (2018). Pravna priroda Narodne banke Srbije u svojstvu vršioca uprave (centralno bankarstvo, položaj i pravni karakter Narodne banke), *Collcetion of Papers of the Faculty of Law in Niš*, no. 81, LVII, 188–189.

Стручни рад
DOI: 10.5937/gakv95-33462
UDC 342.7(4)

Димитрије Ђукић[*]
Адвокатска комора Војводине
ORCid: 0000-0003-3872-8585

НЕОЧЕКИВАНЕ ДИСКРИМИНАТОРНЕ И ДРУГЕ ОДРЕДБЕ У ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ КОЈИМА СЕ КРШЕ ЉУДСКА ПРАВА[**]

САЖЕТАК: Законик о кривичном поступку представља процесни закон чија је примарна функција да уреди правила поступања у једном кривичном поступку, односно да пропише правила понашања и делокруг радњи различитих кривичнопроцесних субјеката. Поред тога, Законик о кривичном поступку треба да садржи таква правила којима ће се омогућити брзо и ефикасно спровођење кривичног поступка, али уз истовремено гарантовање основних људских права свим учесницима у поступку, а посебно окривљеном као субјекту против кога се кривични поступак води. Зато је увек изненађујуће када се у једном таквом законику нађу одредбе којима се крше основна људска права. У овом раду биће анализиране управо оне одредбе Законика којима се крше људска права. Највећи број анализираних одредби тицао се дискриминаторног поступања, док је код осталих анализираних одредби уочено кршење претпоставке невиности, кршење права на правично суђење и кршење права на слободу и безбедност.

Кључне речи: ЗКП, људска права, Европски суд за људска права, дискриминација, право на правично суђење, претпоставка невиности, право на слободу и безбедност

---

[*] email: d.dukic@dn-lawfirm.com, докторанд на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

[**] Рад је примљен 13. 9. 2021, а прихваћен је за објављивање 8. 12. 2022. године.

УВОД

Законик о кривичном поступку Републике Србије (у даљем тексту: ЗКП) представља процесни закон чија је сврха прописивање правила поступања у једном кривичном поступку. Правила поступка, поред тога што настоје да омогуће несметано и ефикасно спровођење кривичног поступка, треба да буду таква да се њима обезбеди поштовање људских права свих учесника у поступку, а посебно окривљеног, као лица против кога се води кривични поступак. Стога ЗКП представља једно од последњих места где би се могло очекивати да ће се наћи одредбе којима се крше људска права. Међутим, анализом ЗКП уочене су различите нелогичне одредбе којима се крше људска права.

У овом раду биће издвојене и детаљно анализиране управо оне одредбе садржане у ЗКП којима се крше људска права, односно врши дискриминација, чини повреда права на правично суђење, повреда права на слободу и безбедност и повреда права на претпоставку невиности. У том смислу, у раду ће бити обрађени делови ЗКП који се односе на обавезну стручну одбрану, посебно осетљивог сведока, браниоца по службеној дужности, услова за одређивање притвора и мере забране прилажења, састајања или комуницирања с одређеним лицем, односно посећивања одређених места. Такође, у раду ће бити указано и на поједине ставове Европског суда за људска права, а у вези са законским формулацијама садржаним у ЗКП.

Неочекиван и крајње дискриминаторан разлог за постављање обавезне стручне одбране окривљеном, као и потенцијално кршење права на одбрану лица које не разуме језик поступка

У кривичном поступку, окривљени има право да се сам брани или да ангажује браниоца кога својевољно одабере, тј. стручно лице које је у складу са прописима државе овлашћено да заступа окривљеног у кривичном поступку. У Републици Србији стручна лица која су овлашћена да заступају окривљеног су искључиво адвокати.[1] Сврха и смисао ангажовања адвоката у кривичном поступку јесте да се окривљеном пружи стручна одбрана путем лица које познаје право и које ће у току поступка износити правне аргументе у корист одбране, помагати окривљеном у остваривању његових процесних права и уопште савесно заступати његове интересе.

[1] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 73.

Као што је наведено, окривљени је тај који бира да ли ће се у кривичном поступку заступати самостално или путем стручног лица које познаје право. Међутим, у одређеним ситуацијама окривљени ће бити лишен овог избора. Наиме, уколико на страни окривљеног постоје разлози који су такве природе да га онемогућавају да се самостално брани, односно који захтевају заступање од стране лица које познаје право, окривљеном ће се стручно лице поставити увек када су ти разлози испуњени. Разлози за постављање обавезне стручне одбране разликују се од законодавства до законодавства,[2] а могу се тицати тежине кривичног дела које се окривљеном ставља на терет, неких његових личних карактеристика које га онемогућавају да се адекватно заступа, особености самог поступка, или настале процесне ситуације.[3] У Србији тренутно важећи ЗКП у чл. 74. прописује девет ситуација, које се могу поделити у сва четири напред наведена разлога који захтевају да окривљени у току кривичног поступка има обавезну стручну одбрану.[4]

Већ прва ситуација коју законодавац прописује као ситуацију у којој је потребна обавезна одбрана је, с аспекта људских права забрињавајућа, односно дискриминаторне је природе. Наиме, у чл. 74, ст. 1, т. 1, законодавац наводи да окривљени мора имати браниоца:

> „...ако је нем, глув, слеп или неспособан да се сам успешно брани – од првог саслушања, па до правноснажног окончања кривичног поступка."

Као што се може приметити, овде се ради о одређеним личним својствима која су по мишљењу домаћег законодавца таква да захтевају стручну одбрану, односно због којих се окривљени не би могао самостално адекватно бранити. Ипак, овакво поступање законодавца је очигледно дискриминаторне природе, а посебно када се имају у виду и остале одредбе овог законика.

Није спорно да лице које не види, не чује, односно не може да говори има одређене објективне препреке у остваривању свог права на одбрану у кривичном поступку. Међутим, поставља се питање да ли такве објективне препреке онемогућавају окривљеног да се самостално заступа у кривичном поступку, у смислу да му је неопходно поставити стручно лице које познаје право. У складу са чл. 32. Устава Републике Србије, сваком

---

[2] Види више код: Блажић Павићевић, М. (2018).Обавезна стручна одбрана у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 413–429, глава 3.2.

[3] Шкулић, М. (2013). *Кривично процесно право.* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд: Планета принт, шесто издање, 164.

[4] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 74.

лицу које је слепо, глуво или немо мора се бесплатно обезбедити тумач, како би то лице имало правично суђење.[5] Дакле, уз помоћ тумача лица која су слепа, глува или нема могу несметано комуницирати са судом и на тај начин предузимати све радње које могу предузимати и они окривљени који немају ове мане. На основу наведеног, може се извести закључак да објективне препреке коју имају лица која су слепа, глува или нема нису такве природе да захтевају заступање од стране стручног лица, тј. адвоката. Због тога је нејасно зашто је било потребно да законодавац предвиди обавезну стручну одбрану за ова лица и тиме изврши дискриминацију.

Додатно, поставља се питање шта ће се десити у ситуацији када је изабрани бранилац окривљеног у кривичном поступку адвокат који је нем, глув или слеп. Ако се посматра логика којом се руководио законодавац, односно законописац ЗКП, такав адвокат никада и не би могао да заступа окривљеног, јер се лицу које је немо, глуво или слепо стручна одбрана поставља управо из разлога што је немо, глуво или слепо, па би одбрана путем адвоката који је нпр. глув била неделотворна. Даље, руководећи се таквом логиком адвокату који је током читаве своје каријере важио за чувеног кривичара, каријера би морала престати оног момента када би делимично или потпуно изгубио вид или слух. Ипак, на сву срећу, ЗКП не може да пропише када адвокату престаје право на бављење адвокатуром (ЗКП може само да пропише разлоге за разрешење браниоца његове дужности),[6] већ то могу искључиво прописи који уређују питања адвокатуре. У Закону о адвокатури, Статуту адвокатске коморе Србије и Кодексу професионалне етике адвоката, као прописима који уређују питање адвокатуре, не предвиђа се да адвокату престаје право на бављење адвокатуром уколико делимично или потпуно изгуби вид или слух. То је и логично, јер би у супротном адвокату било повређено право на рад.[7]

[5] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, 98/2006, чл. 32.

[6] У чл. 80. ЗКП наведени су услови за разрешење браниоца, али ниједан од ових услова не помиње разрешење у случају да је у току поступка бранилац изгубио вид или слух.

[7] Ипак, на овом месту потребно је указати на одредбу чл. 6, ст. 1, т. 4. Закона о адвокатури у којој се као један од услова за упис у именик адвоката наводи општа здравствена способност. Међутим, важно је нагласити да ова одредба нема своју практичну примену и представља реликт прошлости и ранијег законодавства, будући да је општа здравствена способност као услов за заснивање радног односа престала да постоји изменама Закона о раду из 2005. године и то управо из разлога да би се спречила дискриминација (види више код: Обрадовић, Г. (2007). Право на једнак третман у запошљавању особа са менталним поремећајима. *Ментални поремећаји и виктимизација*. Темеида, 47–51). Такође, одредба о постојању опште здравствене способности супротна је Закону о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. На крају, у прилог тврдњи да одредба чл. 6, ст. 1, т. 4. Закона о адвокатури заиста нема практичну примену говори и сутуација да у Србији постоје адвокати који су

Поред наведеног, законодавац је извршио дискриминацију и из разлога што није на исти начин регулисао питање одбране оних окривљених који су подједнако, због својих личних карактеристика, онемогућени да самостално учествују у кривичном поступку. Наиме, за учествовање у кривичном поступку потешкоће окривљених који су слепи, неми или глуви, нису ништа мање од потешкоћа оних окривљених који не разумеју језик поступка. И једнима и другима потребно је лице помоћу кога ће такви окривљени комуницирати са судом и другим учесницима у кривичном поступку. Чак у извесном смислу могло би се рећи да се окривљени који не разумеју језик поступка налазе у специфичнијој ситуацију, јер они све виде, чују и могу да говоре, али ништа не разумеју, односно њих нико не разуме, тј. они такође имају објективну препреку коју треба премостити – језик.[8] Међутим, за окривљене који не разумеју језик поступка законодавац прописује право на преводиоца, с тим да ангажовање преводиоца није обавезно, те окривљени који не разуме језик поступка може да се одрекне права на преводиоца, док за окривљене који су неми, глуви или слепи, као што је наведено, законодавац прописује обавезну стручну одбрану.[9] На тај начин евидентно је да законодавац поступа дискриминаторно, јер одређена лица (окривљене) због њихових личних својстава (не могу да говоре, не чују или не виде) третира на један начин, прописујући им обавезну одбрану, док друга лица (окривљене) због такође одређених личних својстава (говоре језик различит од језика у службеној употреби органа поступка) третира на потпуно други начин, прописујући им право на преводиоца, али истовремено и право да одбију преводиоца. Такође, због могућности окривљеног који не разуме језик поступка да одбије преводиоца,[10] законодавац таквог окривљеног уопште није заштитио, те га

слепи, али који се и поред тога баве адвокатуром. Један од таквих примера је и адвокат Слободан Лале Смиљанић из Шапца.

[8] Ова констатација је тачна под условом да нико од осталих учесника у поступку не зна језик којим говори окривљени, али чак и да сви остали учесници говоре језик којим се окривљени служи, то не би било довољно да се поступак одвија, јер је у чл. 11. ЗКП изричито предвиђено да се поступак води на српском језику, уз могућност вођења и на другом језику који је у службеној употреби у неком месту, а у складу са Уставом и законом.

[9] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 11, ст. 3. и чл. 74, ст. 1. т. 1.

[10] Овде посебно напомињем да је нејасно како ће окривљени одбити право на преводиоца, односно како ће окривљени бити упознат са правом на преводиоца, осим уколико се већ претходно не ангажује преводилац који ће окривљеног упознати са правом на преводиоца, тј. на поуку суда о праву на превођење. Управо због тога што је потребно да преводилац већ буде ангажован да би окривљеног обавестио о праву на преводиоца, бесмислено је да окривљени одбије ово право, односно да се окривљеном омогући право да одбије преводиоца.

излаже томе да се против њега води, а и оконча поступак који он уопште не разуме. Тиме законодавац не само да је извршио дискриминацију него је извршио и повреду права на одбрану, тј. права на правично суђење.

На основу свега наведеног евидентно је да је законска одредба, којом је предвиђена обавезна стручна одбрана у случају када је окривљени нем, глув или слеп, дискриминаторна и непотребна. Обавезна одбрана требало би да се додели само у оним ситуацијама када је окривљеном из одређених разлога потребно да га заступа искључиво стручно лице, тј. лице које познаје право. Као што је наведено, није неопходно да окривљене који су неми глуви или слепи заступа лице које поседује стручна знања, већ такви окривљени, под условом да то желе, могу да се заступају сами уз коришћење права на бесплатног тумача. Стога, било би много боље да је у ЗКП законодавац прописао обавезног тумача за окривљене који су неми, глуви и слепи, уместо што је прописао обавезну стручну одбрану и на тај начин извршио дискриминацију, поготово што већ и сам Устав таквим лицима предвиђа право на бесплатног тумача. Такође, као што је указано, законодавац је прописивањем могућности окривљеног који не разуме језик поступка да одбије преводиоца, уместо прописивањем права на обавезног преводиоца угрозио његово право на одбрану и правично суђење.

Нелогичан и дискриминаторни услов за добијање статуса посебно осетљивог сведока

Увођењем категорије посебно осетљивог сведока, законодавац је лицима која потпадају под ову категорију пружио посебну, тј. додатну заштиту од оне која је предвиђена осталим сведоцима (изузев тзв. заштићених сведока – чл. 105. ЗКП).[11] У упоредном праву могу се срести различити приступи око тога које особе и због којих својстава би требало сматрати посебно осетљивим сведоцима.[12] Наш законодавац у чл. 103, ст. 1. ЗКП прописује да је посебно осетљив онај сведок који је:

> „...с обзиром на узраст, животно искуство, начин живота, пол, здравствено стање, природу, начин или последице извршеног кривичног дела, односно друге околности случаја посебно осетљив.“

[11] Бркић, С. (2014). Посебно осетљиви сведоци. Правни факултет Универзитета у Новом Саду, *Зборник радова Правног факултета Нови Сад*, vol. 48, бр. 2, 211–227, 211, 212.

[12] Види више код: Бркић, С. (2014). *Op. cit.*, 211–227.

На први поглед ова одредба делује у реду, односно не делује да се њом крше било каква људска права, а камоли врши дискриминација. Ипак пажљивим читањем може се установити један основ који даје статус посебно осетљивог сведока, а који је крајње необичан. Наиме, ради се о полу. Заиста, када би пол био основ за добијање статуса посебно осетљивог сведока, онда би свака особа имала тај статус, будући да свака особа има одређену полну припадност.

Међутим, чини се да је законодавац у том смислу имао у виду само особе женског пола, а управо због тога законодавац је и извршио дискриминацију, управо по основу пола. У прилог тврдњи да је законодавац имао на уму само особе женског пола указује научна литература, а на посредан начин и Препорука Савета Европе о застрашивању сведока и правима одбране.[13] У поменутој Препоруци Савета Европе наводи се да

> „...жене које трпе породично насиље и старије особе које су подвргнуте породичном насиљу треба да добију адекватну заштиту од застрашивања чији је циљ спречавање пријављивања злочина и сведочења.“[14]

Иако ова препорука, сама по себи, не чини дискриминацију, већ само препоручује поступање државе у циљу веће заштите жена и старијих људи код породичног насиља, имплементација ове одредбе у домаће законодавство, уколико се не води рачуна, може да доведе до дискриминације.

Управо непажњом у имплементацији поменуте Препоруке Савета Европе, законодавац је у чл. 103, ст. 1. ЗКП извршио дискриминацију по основу пола, јер је пол ставио као разлог за добијање статуса посебно осетљивог сведока, а при том је очигледно мислио искључиво на женски пол и то не у свим, већ у врло специфичним ситуацијама. Ако је особе женског пола хтео да заштити као сведоке код насиља у породици, законодавац је, по нашем мишљењу, то већ учинио прописивањем осталих услова за стицање статуса посебно осетљивог сведока, као нпр. уколико постоје околности случаја које сведока чине посебно осетљивим, због чега није ни било потребе за означавањем пола као једног од услова за добијање статуса посебно осетљивог сведока. У сваком случају који год да је био разлог законодавца за прописивање пола као једног од основа за стицање посебно осетљивог сведока, таквим поступањем извршена је дискриминација, јер би у супротном сви сведоци морали имати статус

[13] Бркић, С. (2014). Посебно осетљиви сведоци. Правни факултет Универзитета у Новом Саду, *Зборник радова Правног факултета Нови Сад*, vol. 48, бр. 2, 211–227, 212; Савет Европе, Препорука о застрашивању сведока и о правима одбране, (P (97) 13), para. 21.

[14] Савет Европе, Препорука о застрашивању сведока и о правима одбране, (P (97) 13), para. 21.

посебно осетљивог сведока, будући да свака особа има полну припадност. Такође, начелно подразумевање особа женског пола као *a priori* посебно осетљивих лица у неком од важних друштвених процеса је свакако погрешно и цивилизацијски превазиђено становиште, те је за такав статус сведока потребно сагледати целокупну личност и све релевантне околности случаја, а не њихову полну припадност.

Дискриминација браниоца по службеној дужности у односу на постављеног браниоца

У ЗКП бранилац по службеној дужности поставиће се окривљеном уколико испуњава услове за обавезну стручну одбрану, а не одабере браниоца по свом избору, или уколико окривљени због свог имовинског стања не може да плати награду и трошкове браниоца, а ради се о кривичним делима за која је прописана казна затвора преко 3 године или ако то налажу разлози правичности.[15] Бранилац по службеној дужности поставља се окривљеном све до правноснажног окончања кривичног поступка.[16] С друге стране изабрани бранилац окривљеног може да заступа не само до правноснажног окончања кривичног поступа, него и у поступку ванредних правних лекова.

Стога, лица која имају браниоца по службеној дужности дискриминисана су у односу на лица која имају изабраног браниоца, јер браниоцу по службеној дужности није омогућено да изјављује ванредне правне лекове након правноснажног окончања кривичног поступка. Аргумент законодавца можда би био да се тиме не чини дискриминација, јер је сврха постављања браниоца по службеној дужности да заступа окривљеног у „редовном“ кривичном поступку, док је за изјављивање ванредних правних лекова и изабраном браниоцу потребна нова пуномоћ будући да је окончањем редовног кривичног поступка, утврђена кривица окривљеног и кривични поступак завршен. Такође, окривљени уколико жели може и сам да изјављује ванредне правне лекове. Међутим, делује да такви аргументи нису довољно јаки, јер се и даље прави неоправдана разлика између окривљеног који има изабраног браниоца и окривљеног који има постављеног браниоца. Додатно, ниједан од ових аргумената не

[15] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 74, 76, 77.

[16] Шкулић, М. (2013). *Кривично процесно право*. Правни факултет Универзитета у Београду, Планета принт, шесто издање, 164; Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 74, ст. 1. и 2.

може да оправда став да за изјављивање ванредних правних лекова окривљеном није потребан бранилац и да није нужно заштитити окривљеног и у поступку по ванредним правним лековима, поготово када се има у виду да се ванредни правни лекови могу изјавити због врло специфичних разлога који се угловном тичу грубих кршења права. Поред тога, у одређеним случајевима, такви аргументи се никако не би могли прихватити. На пример, уколико би бранилац по службеној дужности био постављен лицу које има ментални поремећај због кога не може самостално да се брани, такво лице због свог стања чак и да хоће не би било способно самостално да изјави ванредни правни лек, а уколико би уз то било још и лошег имовинског стања, никако не би могло да ангажује браниоца. Такође, иако ЗКП код оба ванредна правна лека (Захтев за понављање поступка и Захтев за заштиту законитости) предвиђа могућност окривљеног да изјави ове правне лекове,[17] пажљивом анализом може се установити да окривљени самостално може да изјави само Захтев за понављање поступка, док Захтев за заштиту законитости окривљени може да изјави искључиво преко браниоца.[18] Управо зато, посебно је нејасно зашто се бранилац по службеној дужности поставља само до правноснажног окончања поступка, а не и у поступку по ванредним правним лековима.

На основу свега наведеног проистиче да је и ова законска одредба дискриминаторног карактера. Односно, ограничавањем радњи које може да предузима бранилац по службеној дужности у односу на изабраног браниоца, законодавац је демонстрирао неједнако поступање и тиме извршио дискриминацију.

Притвор у скраћеном поступку *v.* притвор у редовном поступку – дискриминација и повреда права на слободу и безбедност

Притвор представља најстрожу меру процесне принуде којом се обезбеђује присуство окривљеног и омогућава несметано вођење кривичног поступка.[19] Међутим, баш из разлога што притвор представља најстрожу меру процесне принуде, притвору би требало прибегавати само онда када се иста сврха не би могла остварити неком другом, блажом

[17] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 471, 483.

[18] *Ibid*., чл. 483, ст. 3.

[19] Матијашевић-Обрадовић, Ј., Јоксић, И. (2019). Разлози за одређивање притвора у кривичнопроцесном законодавству Републике Србије уз осврт на праксу домаћих судова и Европског суда за људска права, *Војно дело* (vol. 71, бр. 2, 108–119), 108–109.

мером процесне принуде.[20] У супротном, доћи ће до кршења права на слободу и безбедност окривљеног.

ЗКП, условно речено, разликује два типа кривичних поступака. То су редован и скраћени кривични поступак. Скраћени поступак води се за кривична дела за која је као главна казна запрећена новчана казна или казна затвора до 8 година, док се редован поступак води за кривична дела где је као главна казна запрећена казна затвора од 8 и преко 8 година.[21] У оба ова поступка ЗКП посебно наводи услове за одређивање притвора. Услови за притвор у скраћеном поступку прописани су у чл. 498. ЗКП и готово су идентични као и они у редовном поступку, уз један изузетак.

Као један од разлога за притвор у скраћеном поступку наводи се да је према окривљеном:

> „...изречена казна затвора од пет година или тежа казна и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела.“[22]

Овај разлог за одређивање притвора не постоји у редовном поступку, али у редовном поступку постоји један сличан разлог који предвиђа да се окривљеном може изрећи притвор уколико:

> „...му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка.“[23]

У оба случаја се захтева да је према окривљеном изречена казна затвора од 5 година или тежа. Међутим, за притвор у скраћеном поступку потребно је да се ради о кривичном делу које је учињено под посебно тешким околностима, док је за притвор у редовном поступку потребно да су околности под којим је кривично дело учињено довеле до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка. Када се упореде ова два разлога евидентно је да је разлог за изрицање притвора у скраћеном поступку, који се води за „лакша“ кривична дела, заправо мање захтеван од разлога за изрицање притвора у редовном поступку. Уз то, у скраћеном поступку суд има велико дискреционо овлашћење у погледу тога да ли су испуњени услови за одређивање притвора.

---

[20] Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019, чл. 210, ст. 1.

[21] *Ibid*., чл. 495.

[22] *Ibid*., чл. 498, ст. 1.

[23] *Ibid*., чл. 211, ст. 1, т. 4.

Наиме, за изрицање притвора у скраћеном поступку потребно је показати да је кривично дело за које се окривљеном суди учињено под посебно тешким околностима, док ће потом суд одлучити да ли је због тих околности окривљеном оправдано изрећи притвор. Какве су то околности кривичног дела које би се могле сматрати посебно тешким законодавац не наводи, већ то питање оставља пракси да разреши, док за питање оправданости притвора, у случају постојања таквих околности, законодавац не прописује никакве смернице којима би суд требало да се руководи. На тај начин законодавац је суду дао велика дискрециона овлашћења, што свакако није добро јер ће се тако, без постојања јасних смерница, питање одређивања притвора моћи различито тумачити од суда до суда, а постоји и опасност од арбитрарности у одлучивању, што све за последицу може имати повреду права на правично суђење. Поред тога, Европски суд за људска права заузео је став да је могућност одређивања притвора само на основу природе, односно околности под којима је кривично дело извршено, неспојиво са правом на слободу и безбедност.[24]

С друге стране, за изрицање притвора у редовном поступку, који се води за „тежа“ кривична дела, законодавац се није задовољио само тиме да се ради о кривичном делу које је учињено под тешким околностима у смислу последице, односно начина извршења, већ захтева испуњење још два услова. Први је да је то довело до узнемирења јавности, а други да је узнемирење јавности таквог карактера да може утицати на вођење кривичног поступка, због чега је окривљеном неопходно одредити притвор како би се обезбедило несметано и правично вођење поступка.

Због овако различитог поступања, законодавац чини дискриминацију у погледу разлога потребних за одређивање притвора, јер за „лакша“ кривична дела предвиђа блаже услове за одређивање притвора уз велику дискрециону оцену суда, док за „тежа“ кривична дела захтева доказивање постојања одређених услова који нису толико подложни дискреционој оцени суда. Односно, окривљени у скраћеном поступку су у погледу разлога за одређивање притвора дискриминисани у односу на оне окривљене у редовном поступку, јер разлози за одређивање притвора не само да нису исти него се притвор за „лакша“ кривична дела може много лакше одредити, што је парадоксално. Притвору као најтежој мери морало би се изузетно приступити, а посебно код „лакших“ кривичних дела, будући да она сама по себи нису „довољно озбиљна“, па би и притвор морао бити рестриктивнији. Такође, важно је нагласити да се према пракси Европског суда за људска права крши право на слободу и безбедност гарантовано

[24] *Lakatoš and Others v. Serbia*, (App. no. 3363/08), 7. 1. 2014, paras. 91–98; *Purić and R. B. v. Serbia*, (App. no. 27929/10. and 52120/13), 15. 10. 2019, para. 30.

чл. 5(3) Европске конвенције уколико се разлози за одређивање притвора тичу само висине запрећене казне или природе кривичног дела. Због тога одредба чл. 498, ст. 1. ЗКП којом се одређује притвор у скраћеном поступку, а која се базира само на тежини запрећене казне и околности под којима је кривично дело учињено, неспојива је са правом окривљеног на слободу и безбедност. Додатно, ова одредба има још једно лоше решење које такође може довести до кршења људских права, а које се тиче велике дискреционе оцене суда приликом утврђивања испуњености услова за притвор. На основу свега наведеног евидентно је да би одредбу чл. 498, ст. 1. ЗКП требало мењати јер се њом крши право окривљеног на слободу и безбедност, а такође врши и дискриминација.

Кршење претпоставке невиности у ЗКП

Претпоставка невиности почива на принципу да ће се окривљени против кога се води кривични поступак сматрати невиним све док се правноснажном судском одлуком донетом од стране независног и непристрасног суда не докаже супротно, односно не утврди његова кривица. Ова претпоставка представља једну од највећих правних тековина која је гарантована бројним међународним и регионалним прописима о људским правима.[25] У Републици Србији претпоставка невиности прокламована је у чл. 34 Устава, као и у чл. 3. ЗКП. Међутим, и поред тога што и сам ЗКП прокламује претпоставку невиности, поједине одредбе овог законика ту претпоставку крше.

Пример којим се крши претпоставка невиности налази се у одредбама ЗКП које се тичу услова за одређивање мере забране прилажења, састајања или комуницирања с одређеним лицем, односно посећивања одређених места, односно притвора. Наиме, као један од разлога за одређивање мере забране прилажења, састајања или комуницирања с одређеним лицем, односно посећивања одређених места, односно притвора, наводи се да би окривљени могао поновити кривично дело, или довршити покушано кривично дело.[26] На основу дате језичке формулације у оба ова случаја произлази да се претпоставља да је окривљени већ учинио дело за које му се у поступку суди, односно за који покушај му се

[25] UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, New York City, 16 December 1966, čl. 14, st. 2; Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, Rome, Italy, 1950, чл. 6, ст. 2.

[26] Законик о кривичном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019), чл. 197, ст. 1. и чл. 211, ст. 1, т. 3.

у поступку суди.[27] На овај начин окривљеном се крши једно од основних начела у кривичном поступку, а то је претпоставка невиности. Управо због коришћење овакве језичке формулације Европски суд за људска права, у случају Матијашевић против Србије, нашао је да је тиме подносиоцу представке повређено право на претпоставку невиности.[28]

Додатно, иако би правилно тумачење чл. 197, ст. 1. и чл. 211, ст. 1, т. 3. ЗКП било да се понављање кривичног дела односи само на дело за које се окривљеном тренутно суди, у пракси често судови сматрају да је законодавац омогућио одређивање притвора и онда када се сумња да ће окривљени учинити ново кривично дело. У тој ситуацији претпоставка невиности се још драстичније крши, јер се *a priori* претпоставља да ће окривљени учинити неко друго кривично дело за које му се још и не суди, нити ће му се можда икада судити. Прихватање оваквог става довело би до низа кршења људских права, јер би се у том случају окривљеном могао одредити притвор или мера обезбеђења само зато што суд на основу посредних сазнања, или чак претпоставки, сумња да би окривљени могао извршити неко друго кривично дело. Такво становиште је свакако неприхватљиво, јер сврха притвора или мере обезбеђења јесте да се обезбеди присуство окривљеног у кривичном поступку због дела за које му се тренутно суди.

На основу изнетог, евидентно је да формулација садржана у чл. 197, ст. 1. и чл. 211, ст. 1, т. 3. ЗКП није баш најсрећније формулисана, те да се због такве формулације окривљеном већ самим ЗКП крши претпоставка невиности коју исти ЗКП гарантује у чл. 3.[29] Овај проблем би се могао избећи да је законодавац другачије формулисао чл. 197, ст. 1. и чл. 211, ст. 1, т. 3. ЗКП (као и друге чланове ЗКП са сличном формулацијом) те навео да се мера обезбеђења, односно притвор може одредити када постоји опасност да би окривљени могао поновити кривично дело за које му се тренутно суди, или довршити кривично дело за чији покушај му се тренутно суди.

---

[27] Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад": нови Законик о кривичном поступку Србије.* АТЦ, Београд, 85; Бејатовић, С., Шкулић, М., Илић, Г. (2013). *Приручник за примену Законика о кривичном поступку.* Београд: ОЕБС, Мисија у Србији, 2013. Београд: Фидуција 011, 190, 191.

[28] *Matijašević v. Serbia* (App. no. 23037/04) 19. 9. 2006, final 19. 12. 2006, paras. 45–50.

[29] Наведене одредбе нису једине одредбе у ЗКП које користе сличну језичку формулацију, нпр. у чл. 103, ст. 1. ЗКП наводи се такође да је кривично дело већ извршено.

ЗАКЉУЧАК

У раду су анализирани различити чланови ЗКП и установљено је кршење људских права, које је искључиво последица лоших законских формулација. Најприметније кршење људских права тиче се дискриминаторног поступања. Поред тога установљена је и повреда права на слободу и безбедност, повреда права на правично суђење, а посебно и повреда претпоставке невиности.

Наиме, дискриминаторне одредбе налазе се у чл. 74, ст. 1, т. 1. ЗКП којим се прописује један од разлога за обавезну стручну одбрану и у чл. 103, ст. 1. ЗКП, у коме су прописани разлози за добијање статуса посебно осетљивог сведока. Поред тога, дискриминација се врши и оним одредбама ЗКП којим се прави непотребна разлика између браниоца по службеној дужности и изабраног браниоца, као и у случају разлога за одређивање притвора у скраћеном поступку у односу на разлоге за одређивање притвора у редовном кривичном поступку.

Поред дискриминације, разлози за одређивање притвора у скраћеном поступку, крше право окривљеног на слободу и безбедност, што је установљено и у пракси Европског суда за људска права, а због прописивања велике дискреционе оцене суда приликом утврђивања испуњености услова за притвор у скраћеном поступку могуће је и кршење права на правично суђење. Кршење права на правично суђење потенцијално се врши и прописивањем права лица које не разуме језик поступка да одбије преводиоца, уместо прописивањем обавезног преводиоца том лицу.

На крају, у неколико чланова ЗКП, попут чланова који се тичу разлога за одређивање притвора, услед лоше законске формулације, крши се и претпоставка невиности, иако ЗКП већ у чл. 3 гарантује окривљеном ово право. Важно је истаћи да је на такву лошу језичку формулацију којом се крши претпоставка невиности још пре доношења тренутно важећег ЗКП указивала стручна литература као и пракса Европског суда за људска права. Међутим, и поред тога, законодавац, односно законописац ЗКП није изменио тако језички лоше формулисане законске одредбе.

Иако смо убеђени да законодавац, односно законописац ЗКП није имао намеру да створи одредбе којима се крши било које људско право, такве одредбе су се, услед њихове не баш најбоље формулације, ипак нашле у законику. Због тога, њихова измена је неопходна како би из ЗКП биле елиминисане све законске одредбе којима се крше људска права, а у овом раду су мапиране и обрађене све такве одредбе, или бар оне најочигледније.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге, часописи, чланци

Бејатовић, С., Шкулић, М., Илић, Г. (2013). *Приручник за примену Законика о кривичном поступку.* Београд: ОЕБС, Мисија у Србији, Фидуција 011.

Блажић Павићевић, М. (2018). Обавезна стручна одбрана у кривичном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2018, 413–429.

Бркић, С. (2014). Посебно осетљиви сведоци. Правни факултет Универзитета у Новом Саду: *Зборник радова Правног факултета*. Нови Сад, vol. 48, бр. 2, 211–227.

Матијашевић-Обрадовић, Ј., Јоксић, И. (2019). Разлози за одређивање притвора у кривичнопроцесном законодавству Републике Србије уз осврт на праксу домаћих судова и Европског суда за људска права. *Војно дело*, vol. 71, бр. 2, 108–119.

Обрадовић, Г. (2007). Право на једнак третман у запошљавању особа са менталним поремећајима. *Ментални поремећаји и виктимизација.* Темеида, 47–51.

Шкулић, М. (2013). *Кривично процесно право*. Правни факултет Универзитета у Београду. Београд: Планета принт, шесто издање.

Шкулић, М., Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад": нови Законик о кривичном поступку Србије*, АТЦ, Београд.

Пресуде европског суда за људска права

Lakatoš and Others v. Serbia, (App. no. 3363/08), 7. 1. 2014.

Matijašević v. Serbia (App. no. 23037/04), 19. 9. 2006, final 19. 12. 2006,

Purić and R.B. v. Serbia, (App. nos. 27929/10. and 52120/13), 15. 10. 2019.

Правни акти

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. и 35/2019.

Савет Европе, Препорука о застрашивању сведока и о правима одбране Савета Европе, Р (97) 13.

Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14.* Rome, Italy, 1950.

UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights. New York City, 16 December 1966.

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

UNEXPECTED DISCRIMINATORY AND OTHER PROVISIONS IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE THAT VIOLATE HUMAN RIGHTS

Dimitrije Đukić

Bar Association of Vojvodina
Ph.D. student at the Faculty of Law, University of Novi Sad

Summary

The Criminal Procedure Code is a procedural code whose primary function is to regulate the rules of conduct in criminal proceedings, i.e. to prescribe the rules of conduct of various subjects in criminal proceedings. In addition, the Criminal Procedure Code should contain such rules that will enable fast and efficient criminal proceedings, but at the same time guarantee basic human rights to all participants in the proceedings, especially the defendant as a subject against whom criminal proceedings are conducted. That is why it is always surprising when such a code contains provisions that violate basic human rights. In this paper, the provisions of the code that violate human rights will be analyzed. Most of the analyzed provisions concerned discriminatory treatment, while the other analyzed provisions violated the presumption of innocence, the right to a fair trial and the right to liberty and security.

Keywords: CPC, human rights, European Court of Human Rights, discrimination, right to a fair trial, presumption of innocence, right to liberty and security

О С Т А Л И П Р И Л О З И И С А О П Ш Т Е Њ А

САДРЖАЈ

Одабрана пракса из области грађанског права / **793–815**

Радован Лазић Неколико речи о *Коментару закона о јавном тужилаштву* / **816–819**

Конкурс за награду „Милорад Ботић“ / **820–826**

Конкурс за награду „Катарина Ленголд Маринковић“ / **827–833**

Саопштење са седнице Управног одбора одржане 28. 4. 2023. године / **834–840**

Саопштење са седнице Управног одбора одржане 26. 5. 2023. године / **841–848**

ODABRANA PRAKSA IZ OBLASTI GRAĐANSKOG PRAVA

ZPP čl. 291 st. 2, 476. i sled.

U postupku o sporovima male vrednosti nije isključena mogućnost donošenja presude bez održavanja rasprave, pod uslovima propisanim u čl. 291, st. 2. ZPP (ukoliko tuženi podnošenjem fakultativnog odgovora na tužbu prizna činjenice na kojima se zasniva tužbeni zahtev i kada ne postoje druge smetnje za donošenje odluke).

Zaključak GO VKS od 11. maja 2022.

Iz obrazloženja:

[1] Treći osnovni sud u Beogradu je dostavio Vrhovnom kasacionom sudu zahtev za rešavanje spornog pravnog pitanja koje glasi: Da li u sporovima male vrednosti, nakon što tuženi dostavi izjašnjenje na navode tužbe u kom sve činjenice učini nespornim, sud može doneti odluku primenom čl. 291, st. 2. Zakona o parničnom postupku?

[2] S obzirom da nije bilo uslova da se o ovom pitanju izjasni primenom instituta za rešavanje spornog pravnog pitanja, Građansko odeljenje Vrhovnog kasacionog suda je odlučilo da na osnovu ovlašćenja iz čl. 31. Zakona o uređenju sudova, o ovom pitanju izrazi stav, u cilju obezbeđivanja jedinstvene sudske primene prava i jednakosti stranaka u sudskim postupcima.

[3] Odredbama Zakona o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, (...) 18/20) predviđena je mogućnost donošenja presude bez održavanja rasprave. Reč je o procesnom institutu (presuda bez usmene rasprave) propisanom odredbom čl. 291, st. 2. ZPP. Naime, po navedenoj odredbi predsednik veća može, u toku pripremanja glavne rasprave, posle prijema odgovora na tužbu, da donese presudu, ako utvrdi da među strankama nisu sporne činjenice i da ne postoje druge smetnje za donošenje odluke. Ovom vrstom presude sud meritorno odlučuje o predmetu spora, pošto na osnovu tužbe i odgovora na tužbu utvrdi da je činjenično stanje nesporno i da ne postoje procesne smetnje za donošenje odluke.

[4] Postupak u sporovima male vrednosti regulisan je odredbama čl. 476. do 479. ZPP tako što se, ako u odredbama ove glave nije drugačije propisano, u postupku o sporovima male vrednosti shodno primenjuju ostale odredbe ovog zakona. U postupku o sporovima male vrednosti tužba se tuženom ne dostavlja na odgovor, već se uz poziv za glavnu raspravu tuženom dostavlja tužba i u ovim parnicama se ne zakazuje i ne održava pripremno ročište (čl. 472).

[5] Sledom navedenog, može se zaključiti da je odredbama Zakona o parničnom postupku ograničena mogućnost donošenja ove vrste presude u nizu posebnih parničnih postupaka u kojima nije predviđeno da je odgovor na tužbu obavezan. Međutim, u situaciji kada je tuženi svojim procesnim ponašanjem (podnošenjem fakultativnog odgovora na tužbu), omogućio njeno donošenje, tada nema smetnje da se ova vrsta presude donese i u sporu male vrednosti (pod uslovima propisanim u čl. 291, st. 2. ZPP).

ZUrS 2008. čl. 22, st. 3 (= ZUrS 2023. čl. 24, st. 3)

Osnovni sud je stvarno nadležan za suđenje u sporu za naknadu štete koju zaposleni prouzrokuje poslodavcu na radu, bez obzira na vrednost predmeta spora.

Zaključak GO VKS od 9. maja 2023.

Iz obrazloženja:

[1] Odredbom čl. 163. Zakona o radu uređena je odgovornost zaposlenog za štetu koju je na radu ili u vezi sa radom prouzrokovao poslodavcu. Prema toj odredbi, zaposleni je odgovoran za štetu koju je na radu ili u vezi s`radom, namerno ili krajnjom nepažnjom, prouzrokovao poslodavcu u skladu sa zakonom (stav prvi); postojanje štete, njena visina, okolnosti pod kojima je nastala, ko je štetu prouzrokovao i kako se naknađuje utvrđuje poslodavac u skladu sa opštim aktom, odnosno ugovorom o radu (stav peti); ako se naknada štete ne ostvari u skladu sa odredbama st. 5. tog člana, o naknadi štete odlučuje nadležni sud (stav šesti).

[2] Stvarna nadležnost sudova regulisana je Zakonom o uređenju sudova. Odredbom čl. 22. navedenog zakona, pored ostalog, propisano je: da osnovni sud u prvom stepenu sudi u građansko-pravnim sporovim ako za pojedine od njih nije nadležan drugi sud i vodi izvršne i vanparnične postupke za koje nije nadležan neki drugi sud (stav drugi) i da osnovni sud u prvom stepenu sudi u stambenim sporovima; sporovima povodom zasnivanja, postojanja i prestanka radnog odnosa; o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa; o naknadi štete koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi sa radom; u sporovima povodom zadovoljavanja stambenih potreba na osnovu rada (stav treći). Prema čl. 23, st. 1. tog zakona, viši sud u prvom stepenu, između ostalog, sudi u građanskopravnim sporovima kad vrednost predmeta spora omogućava izjavljivanje revizije (t. 7) i u sporovima povodom štrajka; povodom kolektivnih ugovora ako spor nije rešen pred arbitražom (t. 8).

[3] Iz izloženog sledi da sporovi u oblasti rada (sporovi iz radnog odnosa) nisu obuhvaćeni pojmom građanskih sporova već su izdvojeni u posebnu grupu. Pravna teorija ovo izdvajanje obrazlaže tako što se materijalno-pravni odnosi u kojima ti sporovi nastaju, po svojoj pravnoj prirodi razlikuju od onih koji se tradicionalno nazivaju građanskim. U tom kontekstu, kod građanskih sporova se stvarna nadležnost određuje prema vrednosti predmeta spora, ali se taj kriterijum ne primenjuje na sporove iz radnih odnosa jer to nisu građansko-pravni sporovi. U tim sporovima se o stvarnoj nadležnosti suda odlučuje prema predmetu spora. Spor između poslodavca i zaposlenog, radi naknade štete koju zaposleni prouzrokuje na radu, je spor o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa i on je u nadležnosti osnovnog suda, bez obzira na vrednost predmeta spora.

PZ čl. 194

Pravo stanovanja iz čl. 194. PZ se može konstituisati i samo na delu nepokretnosti koja je u susvojini roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo.

Presuda VKS od 11. novembra 2021. – Rev 4859/21 (AS u Nišu; OS u Leskovcu)

Iz obrazloženja:

[1] Presudom Osnovnog suda (...) usvojen je tužbeni zahtev i konstituisano pravo stanovanja tužioca maloletnog AA i njegove zakonske zastupnice – majke, tužilje BB na prizemnom delu kuće – porodične stambene zgrade (...) u trajanju do punoletstva tužioca maloletnog AA (...).

[2] Presudom Apelacionog suda odbijene su kao neosnovane žalbe tuženih i potvrđena presuda Osnovnog suda (...).

[3] Protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu tuženi VV, GG i DD su blagovremeno izjavili revizije zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka i pogrešne primene materijalnog prava, a tuženi VV i zbog prekoračenja tužbenog zahteva.

[4] Odlučujući o izjavljenim revizijama (...) Vrhovni kasacioni sud je našao da revizije nisu osnovane.

[5] U sprovedenom postupku nije učinjena bitna povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 374, st. 2, t. 2. ZPP, na koju revizijski sud pazi po službenoj dužnosti i na koju tuženi VV neosnovano ukazuje revizijom. Spor o pravu stanovanja, predviđenom čl. 194. Porodičnog zakona, je spor za zaštitu prava deteta iz čl. 263. tog Zakona, o čemu odlučuje sud. Tuženi VV reviziju izjavljuje i zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka iz t. 6, 8, 10. i 11, st. 2. označene odredbe, ali iste nije isticao u žalbi, niti su one učinjene u drugostepenom postupku. Zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka iz čl. 374, st. 2, t. 5, 9. i 12. ZPP za koje su u reviziji ovog tuženog navedeni razlozi, taj vanredni pravni lek se po zakonu ne može izjaviti (čl. 407, st. 1, t. 2. ZPP). Revident VV se poziva i na bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 374, st. 1. ZPP, ali to čini paušalno, bez navođenja procesne odredbe koju drugostepeni sud nije primenio ili je pogrešno primenio, a na isti način ukazuje i da je prekoračen tužbeni zahtev. Nisu osnovani navodi revizije tuženih DD i GG, kojima se ukazuje na bitnu povredu odredaba parničnog postupka iz čl. 374, st. 1. u vezi sa čl. 205, st. 1. i čl. 211, st. 1. ZPP.

[6] Prema utvrđenom činjeničnom stanju, pravnosnažnom presudom Osnovnog suda u Leskovcu P2 606/15 od 8. 10. 2015. godine razveden je brak tužilje BB i tuženog VV, a njihovo zajedničko maloletno dete – tužilac AA, poveren je majci na samostalno vršenje roditeljskog prava. Tužilja BB je od zaključenja braka živela u prizemnom delu kuće u ulici (...) broj (...) u (...), i taj deo kuće nastavila je da sa maloletnim detetom koristi i nakon prestanka bračne zajednice, odnosno razvoda braka. Tuženi VV se pre podnošenja tužbe za razvod braka preselio kod majke – tužene GG, u kuću na istoj adresi označenu kućnim brojem (...). Porodična stambena zgrada u označenoj ulici upisana je kao suvlasništvo pokojnog ŽŽ sa udelom od 43/67 idealnih delova i pokojnog ZZ sa udelom od 24/67 idealnih delova. Tuženi VV, GG i DD su zakonski naslednici pokojnog ŽŽ, a tuženi ĐĐ i EE su zakonski naslednici pokojnog ZZ i njegove supruge, pokojne II. Tuženi ĐĐ koristi spratni deo kuće koji nije funkcionalno povezan sa prizemljem (do sprata kuće dolazi se spoljnim stepeništem), tuženi DD sa porodicom koristi drugi objekat na istoj adresi, a tuženi VV i GG žive u trećem objektu označenog drugim kućnim brojem. Tužioci nisu vlasnici useljivog stana ili kuće. Tužiljini roditelji žive u (...), u zajednici sa porodicom njene sestre, u prizemnoj kući sa potkrovljem koje nije osposobljeno za stanovanje. Tužilja i tuženi VV su zaposleni i ostvaruju redovne prihode. Organ starateljstva je dao mišljenje da je u najboljem interesu maloletnog deteta da se utvrdi njegovo pravo stanovanja u prizemnom delu označene kuće.

[7] Na ovako utvrđeno činjenično stanje, nižestepeni sudovi su u ovom sporu pravilno primenili materijalno pravo.

[8] Tužilac maloletni AA i njegova majka – tužilja BB koja samostalno vrši

roditeljsko pravo, ispunjavaju uslove propisane čl. 194, st. 1. Porodičnog zakona za ostvarenje prava stanovanja jer nemaju pravo svojine na useljivom stanu.

[9] Nisu osnovani navodi revizije tuženih GG i DD da tužilja BB nije aktivno legitimisana u sporu za ustanovljenje prava stanovanja, jer to pravo pripada samo detetu. Pravo stanovanja iz citirane zakonske odredbe je po svojoj pravnoj prirodi lična službenost – stvarno pravo na tuđoj stvari, koje nije vezano za povlasno dobro (nepokretnost) već pripada tačno određenom licu koje ima ovlašćenje da upotrebljava tuđe prostorije za stanovanje. Prema gramatičkom tumačenju čl. 194, st. 1. Porodičnog zakona, pravo stanovanja pripada detetu i roditelju koji vrši roditeljsko pravo, pa je zato i tužilja BB aktivno legitimisana da tužbom traži utvrđenje tog prava, a takav zaključak o njenoj legitimaciji proizilazi i iz pravne prirode lične službenosti prava stanovanja.

[10] Neosnovani su i navodi ovih revidenata da oni nisu pasivno legitimisani. Tuženi su suvlasnici porodične stambene zgrade koja se sastoji od prizemlja i sprata. Između njih nije izvršena fizička deoba nepokretnosti, pismenim sporazumom postignutim u skladu sa članom 16. st. 4. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, a ne postoji ni odluka suda o tome doneta u posebnom vanparničnom postupku uređenom odredbama čl. 148–154. Zakona o vanparničnom postupku. Suvlasnici su usmeno uredili načine korišćenja ove nepokretnosti, ali na taj način nije prestao njihov suvlasnički odnos, zbog čega su svi oni pasivno legitimisani u ovom sporu i nalaze se u položaju suparničara iz čl. 211, st. 1. ZPP.

[11] Revizijom tuženog VV neosnovano se ukazuje na pogrešnu primenu odredbe st. 3, čl. 194. Porodičnog zakona, kojom je pravo stanovanja deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo uslovljeno nepostojanjem očigledne nepravde za drugog roditelja. Pojam „očigledna nepravda“ predstavlja pravni standard i odnosi se na situaciju u kojoj bi se tuženi našao posle eventualnog usvajanja tužbenog zahteva. U konkretnom slučaju, i po oceni revizijskog suda, ne postoje okolnosti zbog kojih bi ustanovljenje prava stanovanja u korist tužilaca predstavljalo očiglednu nepravdu za tuženog VV, a to svakako ne mogu biti loši lični odnosi sa majkom – tuženom GG, sa kojom živi u zajednici od prestanka bračne zajednice sa tužiljom BB. Nižestpeni sudovi su utvrdili da tužioci nemaju u svojinu useljiv stan, što je bitna činjenica da im se prizna pravo stanovanja u smislu odredbe čl. 194, st. 1. Porodičnog zakona, kao i izostanak okolnosti zbog kojih bi ustanovljavanje takvog prava bilo očigledna nepravda po tuženog VV, u smislu st. 3. iste odredbe.

ZOO čl. 103; Zakon o plaćanju pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost čl. 5, st. 1. i 2.

a) Ništav je pravni posao zaključen suprotno čl. 5, st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost.

b) U takav pravni posao spada i ugovor o cesiji čija svrha nije izmirenje međusobnih novčanih obaveza, ako na ime ustupanja potraživanja ustupilac čiji je račun u blokadi nije primio nikakvu naknadu.

Presuda VKS od 14. jula 2021 – Prev 193/21. (PAS; PS u Novom Sadu)

Iz obrazloženja:

[…]

[8] Prema utvrđenom činjeničnom stanju, dana 8. 2. 2018. godine tuženi drugog reda kao ustupilac je sa tuženim prvog reda kao prijemnikom zaključio ugovor kojim je ustupio potraživanje koje drugotuženi ima prema tužiocu po presudi Privrednog suda u Somboru P 147/14 i to zakonske zatezne kamate u iznosu od 4.531.982,40 dinara počev od 8. 11. 2009. godine do isplate. Čl. 3. ugovora o ustupanju potraživanja dogovoreno je da se prenos vrši uz naknadu, s tim što će visina i uslovi biti regulisani aneksom.

Presudom Privrednog suda u Beogradu P 2533/2012. od 24. 10. 2012. godine po tužbi tužioca DP „Zaliv“ DOO iz Crvenke protiv tuženog „Agrar plus“ DOO iz Đurđeva tuženi je obavezan da tužiocu isplati iznos od 1.031.247,28 dinara sa zakonskom zateznom kamatom i troškove parničnog postupka u iznosu od 85.912,00 dinara. Iz izvoda sa sajta Narodne banke Srbije od 12. 3. 2018. godine prvostepeni sud je utvrdio da je račun drugotuženog u blokadi za iznos od 66.467.545,43 dinara ukupno 1099 dana počev od 9. 3. 2015. godine.

[9] Na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja prvostepeni sud zaključuje da ugovor o cesiji čija se ništavost traži nije zaključen u cilju izmirivanja međusobnih obaveza ustupioca privrednog društva „Agrar plus“ DOO iz Đurđeva i sticaoca privrednog društva „Exporto” DOO iz Zrenjanina, da navedena privredna društva nemaju međusobnih dužničko-poverilačkih odnosa, te da stoga se ne može primeniti odredba čl. 5, st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost. Takođe, prvostepeni sud zaključuje da čak i da je navedeni ugovor zaključen protivno navedenom članu ne bi bio ništav na osnovu čl. 103. Zakona o obligacionim odnosima, imajući u vidu da je predviđena prekršajna odgovornost za postupanje suprotno navedenom članu. Stoga je prvostepeni sud odbio primarni, a usvojio eventualni tužbeni zahtev kojim je utvrđeno da je bez dejstva pobijani ugovor o ustupanju potraživanja prema tužiocu u meri koja je neophodna da se namiri njegovo potraživanje, nalazeći da su ispunjeni uslovi iz odredbe čl. 80, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima.

[10] Drugostepeni sud u delu kojim je odbijen primarni tužbeni zahtev za utvrđenje ništavosti ugovora o ustupanju potraživanja ne prihvata izneto stanovište prvostepenog suda. Drugostepeni sud smatra da su u konkretnom slučaju prekršene odredbe čl. 5, st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost imajući u vidu da se navedenom zakonskom odredbom izričito zabranjuje izmirenje obaveze učesnika obligacionih odnosa, između ostalog, i putem cesije u vreme kada je račun blokiran bilo kog učesnika transakcije zbog prinudne naplate potraživanja trećih lica. Drugostepeni sud dalje obrazlaže da je cilj navedene zakonske odredbe da se zakonom ustanovljeni red namirenja u postupku prinudne naplate ne može izigrati voljom dužnika i određenog poverioca na način kojim se omogućava namirenje njegovog potraživanja mimo ustanovljenog redosleda prinudne naplate. Iz navedenih razloga drugostepeni sud nalazi da ugovor o ustupanju potraživanja, budući da se njime izigrava ustanovljeni red izvršenja, jeste ništav prema odredbi čl. 103, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima jer je ovaj pravni posao suprotan odredbi čl. 5, st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost. U tom delu je drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu i usvojio primarni tužbeni zahtev. Sledstveno tome, drugostepeni sud je ukinuo prvostepenu presudu u delu kojim je usvojen eventualni tužbeni zahtev.

[11] Revident ne prihvata izneto stanovište drugostepenog suda. Smatra da je u konkretnom slučaju propisana prekršajna sankcija za lica koja ne poštuju čl. 5. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, te da se nikako ne može raditi o ništavosti. Posebno ukazuje da pobijanim pravnim poslom nisu ispunjene prethodno zasnovane obaveze između stranaka, jer stranke nisu bile u obligacionom odnosu, već se radi o prodaji potraživanja kao imovine drugotuženog. Takođe ističe da je u ranijim odlukama Privrednog apelacionog suda zauzeto stanovište da ovakvi pravni poslovi nisu ništavi upravo zbog toga što je propisana druga sankcija, a ne ništavost.

[12] Revizija prvotuženog nije osnovana.

[13] Vrhovni kasacioni sud prihvata date razloge drugostepenog suda u pogledu ocene punovažnosti pobijanog pravnog posla – ugovora o ustupanju potraživanja koji su zaključili prvotuženi i drugotuženi.

U konkretnom slučaju radi se o ništavom pravnom poslu imajući u vidu da je preduzet suprotno odredbi čl. 5, st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost (*Službeni glasnik RS*, br. 68/15). Navedenom zakonskom odredbom propisano je da pravna lica i preduzetnici ne mogu izmirivati međusobne novčane obaveze na način iz st. 1. ovog člana (asignacija, cesija, pristupanje dugu, preuzimanje duga, ustupanje duga i dr.), ukoliko su njihovi računi u trenutku plaćanja blokirani radi izvršenja prinudne naplate, osim ako drukčije nije utvrđeno zakonom kojim se uređuje poreski postupak. Pravilno drugostepeni sud zaključuje da je cilj navedene zakonske odredbe da se spreči izigravanje prava prioritetnog namirenja poverilaca – trećih lica koja su po redosledu prinudne naplate prioritetnog karaktera.

[14] Bez uticaja su revizijski navodi kojima se ukazuje da drugotuženi pre zaključenja ugovora o ustupanju potraživanja nije bio u obligacionom odnosu sa prvotuženim, te da ugovorom o cesiji nisu namirivane obaveze, već da se radilo o prodaji potraživanja. Ovo iz razloga što je prema utvrđenom činjeničnom stanju drugotuženi u momentu zaključenja ugovora o cesiji bio u blokadi i to za iznos od preko 66.000.000,00 dinara. Ustupanjem potraživanja za koji nije utvrđeno da je primljena bilo kakva protivvrednost, drugotuženi praktično umanjuje svoju aktivu i onemogućava ili otežava namirenje poverilaca koji su u postupku prinudne naplate, čime se praktično povređuju odredbe čl. 5. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost. Iz navedenih razloga se ovakav pravni posao mora podvesti pod odredbu čl. 5, st. 2. Zakona o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, jer je protivan cilju navedene zakonske odredbe.

[15] Generalna sankcija za kršenje imperativnih zakonskih odredbi propisana odredbom čl. 103. Zakona o obligacionim odnosima, jeste ništavost, i ona se samo u restriktivno određenim slučajevima može izbeći (ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo). Iz navedenih razloga, činjenica da je Zakonom o obavljanju plaćanja pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica koja ne obavljaju delatnost, propisana prekršajna odgovornost pravnih lica koja su postupila suprotno navedenoj zakonskoj odredbi, ne isključuje građanskopravnu sankciju koja je ustanovljena Zakonom o obligacionim odnosima, a to je ništavost ugovora.

[16] Revizijski sud je imao u vidu navode prvotuženog da je Privredni apelacioni sud u ranijim odlukama stajao na stanovištu da ovakvi pravni poslovi nisu ništavi upravo zbog činjenice da je propisana druga sankcija, ali Vrhovni kasacioni sud ističe da je pravno stanovište o sankciji navedenih pravnih poslova izraženo u pobijanoj drugostepenoj odluci u saglasnosti s aktuelnom sudskom praksom Vrhovnog kasacionog suda.

[…]

[19] Primenom odredbe čl. 154. Zakona o parničnom postupku, Vrhovni kasacioni sud je odbio zahtev tužioca za naknadu troškova revizijskog postupka iz razloga što troškovi sastava odgovora na reviziju i takse na odgovor na reviziju ne predstavljaju nužne i potrebne troškove radi vođenja parnice.

Napomena

Pravno shvatanje artikulisano u ovoj odluci – za koje VKS tvrdi da predstavlja njegovu aktuelnu praksu (iako ne citira bilo koju odluku [up. t. 16 *in fine*], što nije baš prihvatljiv način argumentacije) – kritički i temeljno preispituje Tešić, pokazujući brojne deficite, i to kako obrazloženja, tako i rezultata.[1]

[1] V.: Tešić, N. (2022). O protivpravnosti cesije u blokadi: prilog teoriji o postojanju zabranjenih ugovora koje ne prati sankcija ništavosti. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 5/2022, 383 i sled.

ZPP čl. 90, 91.

Punomoćje u fotokopiji ne može se smatrati uredno izdatim punomoćjem za zastupanje u građanskom sudskom postupku.

Rešenje VKS od 15. septembra 2021. – Rev 551/21 (VS u Subotici; OS u Subotici)

Iz obrazloženja:

[...]

[6] Pobijanim drugostepenim rešenjem odbačena je žalba advokata Cicka Jana iz (...), kao i dopuna žalbe, izjavljene protiv prvostepenog rešenja Osnovnog suda (...). Žalba i dopuna žalbe odbačene su kao nedozvoljene.

[7] U obrazloženju drugostepenog rešenja navodi se da u toku postupka nije dostavljeno uredno punomoćje dato od strane predlagača, niti je predlagač naknadno odobrio radnje koje je imenovani advokat preduzeo u toku postupka. Izjavljenu žalbu i dopunu žalbe potpisao je samo advokat Cicka Jano. Kako advokat Cicka Jano iz (...), u trenutku izjavljivanja žalbe protiv rešenja prvostepenog suda i dopune žalbe, nije imao ovlašćenje za preduzimanje tih procesnih radnji, drugostepeni sud je odbacio izjavljenu žalbu i dopunu žalbe kao nedozvoljene.

[8] Prema stanju u spisima predmeta, uz predlog za pokretanje ostavinskog postupka radi utvrđenja zakonskih naslednika, podnet od strane advokata Cicka Jana iz (...), dostavljeno je punomoćje u fotokopiji. Punomoćje u fotokopiji izdato je dana 15. 6. 2017. godine, kojim je predlagač AA ovlastio advokata Cicka Jana iz (...) da ga zastupa u postupku rehabilitacije pred Višim sudom u Somboru. Predlagač nije lično potpisao podneti predlog. U toku prvostepenog i drugostepenog postupka nije dostavljen original punomoćja. Uz izjavljenu reviziju protiv drugostepenog rešenja Višeg suda u Subotici, priloženo je punomoćje, potpisano od strane predlagača, kojim je ovlašćen advokat Cicka Jano iz (...) za preduzimanje svih procesnih radnji pred svim sudovima.

[9] Imajući u vidu navedene činjenice, Vrhovni kasacioni sud nalazi da je pravilno drugostepeni sud odbacio žalbu izjavljenu od strane advokata Cicka Jana iz (...), kao nedozvoljenu.

[10] Shodno odredbi čl. 91, st. 1. ZPP, punomoćnik je dužan da prilikom preduzimanja prve radnje u postupku podnese punomoćje. Sud je, u skladu sa st. 2. iste odredbe, dužan da u toku celog postupka pazi da li je lice koje se pojavljuje kao punomoćnik ovlašćeno za zastupanje. Ako utvrdi da lice koje se pojavljuje kao punomoćnik nije ovlašćeno za preduzimanje određene radnje, sud će ukinuti parnične radnje koje je to lice preduzelo ako te radnje stranka nije naknadno odobrila. U predmetnom sporu prva radnja koju je punomoćnik preduzeo u postupku bila je podnošenje predloga za utvrđenje zakonskih naslednika iza pok. AA. Uz predlog je dostavljeno punomoćje u fotokopiji. Punomoćje u fotokopiji ne može se smatrati uredno izdatim punomoćjem, u skladu sa odredbom čl. 90 Zakona o parničnom postupku. Ne može se prihvatiti da je na osnovu tako izdatog punomoćja advokat Cicka Jano iz (...) bio ovlašćen da zastupa stranku, ovde predlagača, pa se ni radnje koje je pomenuti advokat preduzeo u postupku umesto predlagača ne mogu smatrati kao da ih je preduzela samo stranka, u skladu sa odredbom čl. 86. ZPP. U momentu izjavljivanja žalbe protiv prvostepenog rešenja, kao i dopune žalbe, advokat Cicka Jano nije imao potrebno ovlašćenje za preduzimanje te procesne radnje. Stoga je pravilan zaključak drugostepenog suda da je tako izjavljena žalba nedozvoljena u skladu sa odredbom čl. 379, st. 3. ZPP.

[11] Predlagač nije ni u toku prvostepenog, ni u toku drugostepenog postupka odobrio parnične radnje koje je preduzeo advokat Cicka Jano kao njegov punomoćnik, a to nije učinio ni u naknadno izdatom punomoćju za izjavljivanje revizije protiv drugostepenog rešenja. U reviziji predlagača ne osporava se pravilnost zaključka drugostepenog suda da je žalba nedozvoljena, već se ukazuje da je drugostepeni sud bio dužan da se upusti u meritorno odlučivanje o izjavljenoj žalbi. S obzirom da je drugostepenim rešenjem žalba odbačena iz procesnih razloga, kao nedozvoljena, to su bez uticaja izneti revizijski navodi predlagača.

Napomena

Stav *VKS* izražen u sentenci protivan je shvatanju drugog veća istog suda u odluci donetoj godinu dana pre (vid. *VKS*, 24. 9. 2020. – Prev 416/20, *Glasnik AKV* 2/2023. [ova sveska, naredna odluka]).

ZPP čl. 90, 91, 100.

a) Punomoćje za zastupanje u građanskom sudskom postupku se može priložiti u neoverenoj fotokopiji.

b) Valjanost punomoćja ceni se s obzirom na ovlašćenje njegovog izdavaoca u vreme izdavanja, a ne u vreme prilaganja punomoćja.

Rešenje VKS od 24. septembra 2020 – Prev 416/20 (PAS; PS u Novom Sadu)

Iz obrazloženja:

[...]

[3] Rešenjem Privrednog apelacionog suda (...) odbačena je kao nedozvoljena žalba od 3. 6. 2019. godine, izjavljena u ime tuženog (...), uz obrazloženje da je žalbu u ime tuženog izjavio AA, dok nije dostavio punomoćje iz koga bi proizlazilo da je ovlašćen za zastupanje tuženog na zakonom propisan način. Sud nalazi da neoverena fotokopija punomoćja ne može proizvoditi pravno dejstvo, a i s obzirom na sumnju zasnovanu na ručno napisanom datumu izdavanja punomoćja. Dalje u momentu izjavljivanja podnseka Alessio Cioni nije bio ovlašćen za zastupanje, jer je rešenjem registratora BD 66042/17 od 3. 8. 2017. godine brisan iz registra kao član izvršnog odbora tuženog.

[4] Protiv navedenog drugostepenog rešenja, tuženi je izjavio posebnu reviziju radi ujednačavanja sudske prakse i razmatranja pravnih pitanja od opšteg interesa, kao i davanja novog tumačenja prava.

[5] S obzirom da je redovna revizija dozvoljena na osnovu čl. 420, st. 3. Zakona o parničnom postupku (...), ista nije razmatrana kao posebna revizija.

[6] Vrhovni kasacioni sud je ispitao pobijano rešenje (...), i odlučio da je revizija tuženog osnovana, jer razlozi pobijanog rešenja nisu pravilni.

[7] Prema čl. 90. Zakona o parničnom postupku stranka punomoćje izdaje u pisanom obliku. Odredbom čl. 91. Zakona o parničnom postupku propisano je da je punomoćnik dužan da prilikom preduzimanja prve radnje u postupku podnese punomoćje. Sud je dužan da u toku celog postupka pazi da li je lice koje se pojavljuje kao punomoćnik ovlašćeno za preduzimanje određene radnje, sud će ukinuti parnične radnje koje je to lice preduzelo ako te radnje stranka nije naknadno odobrila. Prema odredbi čl. 100, st. 1. Zakona o parničnom postupku, isprave koje se prilažu podnesku podnose se u izvorniku ili prepisu. Samim tim i punomoćje, kao isprava, može se podneti u izvorniku (originalu) ili prepisu odnosno kopiji. Prema st. 2. i 3. istog člana ako je isprava priložena u prepisu ili kopiji, sud će na zahtev protivne stranke rešenjem naložiti podnosiocu da podnese sudu ispravu u izvorniku, a protivnoj stranci dozvoliće da se upozna sa njegovom sadržinom. Navedeno se odnosi i na punomoćje budući da je i ono isprava.

[8] Prema stanju u spisima uz podnesak od 20. 3. 2018. godine priložena je neoverena fotokopija punomoćja od 23. 2. 2017. godine, kojim je AA ovlašćen za zastupanje tuženog u ovom postupku. Navedeno punomoćje je potpisano od strane predsednika izvršnog odbora BB i zamenika predsednika izvršnog odbora VV. S obirom da je punomoćje dostavljeno u fotokopiji i upis datuma, sud je ukoliko sumnja u saobraznost originalu trbalo da zatraži od tuženog da isti dostavi u originalu ili overenoj fotokopiji, što sud nije učinio. Stoga u konkretnom slučaju nije bilo uslova za donošenje rešenja o odbačaju žalbe, samo zato što je punomoćje u spisima dato u fotokopiji, odnosno postoji sumnja u njegovu sadržinu. Dalje, valjanost punomoćja ceni se s obzirom na ovlašćenje njegovog potpisnika u vreme izdavanja punomoćja.

Napomena

Stav VKS izražen u sentenci *ad* a) protivan je shvatanju drugog veća istog suda u odluci donetoj godinu dana posle.[2]

ZN čl. 194; ZOO čl. 354, 356.

Potraživanje naknade za eksproprisanu nepokretnost ne ulazi u sastav zaostavštine ukoliko je nepokretnost predmet ugovora o doživotnom izdržavanju.

Presuda VKS od 12. aprila 2023. – Rev 5956/23. (AS u Beogradu; OS u Ubu)

Iz obrazloženja:

[...]

[7] Prema utvrđenom činjeničnom stanju, tužilja i njena braća VV i GG, kao deca su zakonski naslednici pokojnog DD, koji je umro dana 20. 7. 2008. godine. Tuženi BB je rođeni brat pokojnog DD. DD je sa tuženim i njegovom porodicom živeo u istom domaćinstvu. DD, kao primalac izdržavanja zaključio je dana 19. 1. 2006. godine sa unukom tuženog maloletnim ĐĐ, kao davaocem izdržavanja, a koga je zastupao otac EE, ugovor o doživotnom izdržavanju, čiji predmet je više nepokretnosti u KO (...), sa prenosom prava svojine nakon smrti primaoca izdržavanja. Pretežni deo nepokretnosti koje su bile predmet ugovora o doživotnom izdržavanju eksproprisan je, DD je dana 24. 6. 2008. godine pred nadležnim upravnim organom zaključio sporazum o naknadi, pa potom 30. 6. 2008. godine punomoćjem ovlastio tuženog da u njegovo ime i za njegov račun podigne novčana sredstva po osnovu naknade sa računa „(...)“, kao i da podiže deviznu penziju sa njegovog deviznog računa i sa tekućeg računa kod „(...)“. Ovlašćenje sadrži i pravo na preduzimanje svih pravnih radnji prema korisniku eksproprijacije u cilju uplate sredstava na račun DD, kao i prema bankama u cilju podizanja sredstava i preduzimanja drugih radnji lično ili angažovanjem stručnog lica radi ishodovanja naknade. Označeno je da punomoćje važi do okončanja postupka ili opoziva. Naknada za eksproprisane nepokretnosti uplaćena je na račun banke nakon smrti pokojnog DD dana 13. 8. 2008. godine, a tuženi je potom sukcesivno, zaključno sa 22. 8. 2008. godine, sa računa na osnovu punomoćja podigao ukupan iznos od 3.810.851,90 dinara i predao ga svom sinu, po želji pokojnog DD. Tužilja i njen brat VV pokrenuli su protiv maloletnog ĐĐ parnicu radi poništaja ugovora o doživotnom izdržavanju. Parnica je pravnosnažno okončana odbijanjem tužbenog zahteva presudom Osnovnog suda u Ubu P 665/15 od 5. 1. 2016. godine.

[8] Prvostepeni sud je odbio tužbeni zahtev nalazeći da tuženi nije bez pravnog osnova podigao i zadržao novac dobijen za eksproprisane nepokretnosti pokojnog DD. Tuženi je na osnovu specijalnog punomoćja od pokojnog DD bio ovlašćen da preduzme sve pravne i faktičke radnje u svrhu realizacije naplate naknade po sporazumu pred organom uprave, a ovo punomoćje nije prestalo smrću, iz razloga što je naknada predstavljala supstitut za nepokretnosti koje su bile predmet ugovora o doživotnom izdržavanju, na kojima je DD izgubio svojinu bez svoje volje, jer su oduzete u javnom interesu. Odluku je zasnivao na čl. 308, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, po kome obaveza dužnika prestaje ako poverilac u sporazumu sa dužnikom primi nešto drugo, umesto onog što mu se duguje, čl. 58. Ustava Republike Srbije, kojim je predviđeno da pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu, koja ne može biti niža od tržišne, te čl. 94, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima, po kome punomoćje prestaje smrću lica koje ga je izdalo, osim ako punomoćje važi i za slučaj smrti davaoca, bilo po njegovoj volji, bilo s obzirom na prirodu posla.

[9] Nasuprot izraženom stanovištu prvostepenog suda, drugostepeni sud pozivom

[2] V.: VKS, 15. 9. 2021. – Rev 551/21, *Glasnik AKV* 2/2023. [ova sveska, prethodna odluka].

na iste materijalnopravne odredbe, te odredbe čl. 93. Zakona o parničnom postupku, nalazi da je punomoćje u konkretnom slučaju prestalo smrću pokojnog DD, koji je izričito naveo da punomoćje važi do okončanja postupka ili opoziva, te na osnovu odredbi članova 210. i 214. Zakona o obligacionim odnosima tuženog obavezuje da tužilji isplati iznos u visini 1/3 dela podignutog novca, u kom delu je ona zakonski naslednik pokojnog DD.

[10] Po oceni Vrhovnog kasacionog suda, drugostepeni sud je nepravilno primenio materijalno pravo. Pravilno je prvostepeni sud primenio odredbu čl. 94, st. 3 ZOO, kada je zaključio da punomoćje koje je dao vlastodavac DD nije prestalo momentom njegove smrti. To proizilazi iz sadržine datog punomoćja kojim je predviđeno da isto važi do okončanja postupka eksproprijacije, a što podrazumeva i naplatu novčane naknade za eksproprisanu nepokretnost koja je bila predmet ugovora o doživotnom izdržavanju zaključenog između vlastodavca, kao primaoca izdržavanja i njegovog unuka, kao davaoca izdržavanja. Tuženi je na osnovu tog punomoćja, nakon smrti vlastodavca, sa njegovog računa kod banke podigao iznos naknade za eksproprisanu nepokretnost i taj iznos predao zastupniku – ocu davaoca izdržavanja. Iz tog razloga, na strani tuženog nema neosnovanog obogaćenja u smislu čl. 210, st. 1. ZOO, jer imovina sada pokojnog DD nije bez pravnog osnova prešla u imovinu tuženog. Predmet ugovora o doživotnom izdržavanju bile su nepokretnosti koje su eksproprisane za života primaoca izdržavanja. Ugovor o doživotnom izdržavanju je punovažan pravni posao, s obzirom da je pravnosnažnom presudom odbijen tužbeni zahtev za utvrđenje njegove ništavosti. Obaveze davaoca izdržavanja su izvršavane do smrti primaoca izdržavanja, s obzirom da nije tražen raskid tog ugovora. Eksproprijacijom nepokretnosti prestala je obaveza primaoca izdržavanja da se nakon njegove smrti na davaoca izdržavanja prenese pravo svojine na tim nepokretnostima. Prema čl. 354, st. 1. ZOO obaveza prestaje kad njeno ispunjenje postane nemoguće usled okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara. U ovom slučaju se to upravo desilo, jer se eksproprijacija vrši u javnom interesu i nezavisno od volje vlasnika. Međutim, odredbom čl. 356. tog zakona propisano je da je dužnik određene stvari, koji je oslobođen svoje obaveze usled nemogućnosti ispunjenja dužan ustupiti poveriocu pravo koje bi imao prema trećem licu zbog nastale nemogućnosti. U konkretnom slučaju to znači da davaocu izdržavanja (poveriocu iz ugovora o doživotnog izdržavanja) se ustupa pravo koje bi primalac izdržavanja (dužnik iz ugovora o doživotnom izdržavanju) imao prema trećem licu (korisniku eksproprijacije). Iz tog razloga, naknada za eksproprisanu nepokretnost ne ulazi u sastav zaostavštine pokojnog DD i tužilja ne može osnovano da traži isplatu novčanog iznosa koji odgovara veličini njenog naslednog udela.

[...]

ZN čl. 26

Prilikom određivanja naslednika koji mogu da zahtevaju smanjenje naslednog dela supružnika, sud mora da poštuje kriterijum porekla dobara, jer zahtev za smanjenje može postaviti samo naslednik iz one loze iz koje su dobra kao nasleđe ušla u ostaviočevu imovinu – *materna maternis, paterna paternis* (majčina imovina majčinim srodnicima, očeva očevim).

Presuda AS u Beogradu od 20. maja 2021. – Gž 1175/20. (VS u Pančevu)

Iz obrazloženja:

[...]

[6] Prema utvrđenom činjeničnom stanju, tužilja je sestra po ocu sada pokojnog VV iz (...), a tužena njegova supruga sa kojom je bio u braku u momentu smrti. Otac sada pokojnog VV i tužilje se zvao GG, dok se majka VV zvala DD, a tužiljina majka ĐĐ, rođena (...). Baba pokojnog VV po majci ĐĐ se zvala EE. Tužilja je rođena (...). godine u (...), a sada pokojni VV u (...), dana (...). godine, gde je i preminuo

dana (...). godine. Tužilja, kao sestra po ocu pokojnog VV i tužena, kao supruga, su njegovi jedini zakonski naslednici pozvani na nasleđe u drugom naslednom redu, s obzirom da isti kao ostavilac iza sebe nije ostavio naslednike prvog naslednog reda. Ostavinski postupak je pokrenut pred Osnovnim sudom u Pančevu pod brojem O 1350/16, a prekinut je rešenjem tog suda od 20. 9. 2016. godine, kojim je tužilja upućena da u roku od 30 dana od dana pravnosnažnosti pokrene parnični postupak, radi osporavanja punovažnosti braka ostavioca VV i BB. Presudom Osnovnog suda u Pančevu P 2644/16 od 22. 2. 2018. godine odbijen je tužbeni zahtev tužilje da se utvrdi da je ništav brak koji je zaključen dana 29. 10. 2015. godine u Pančevu između sada pok. VV i tužene BB, kao i da isti ne proizvodi nikakvo pravno dejstvo od dana zaključenja, a navedena presuda je potvrđena presudom Apelacionog suda u Beogradu Gž 2338/18 od 10. 5. 2018. godine. VV i ovde tužena BB su najpre bili dugogodišnji prijatelji od 1991. godine, a vanbračnu zajednicu su formirali počev od 2012. godine, kada su i počeli da žive zajedno u stanu u (...) u ul. (...) broj (...), u kom stanu je od ranije tužena već živela sa svojim sinom, a brak su zaključili u Pančevu dana 29. 10. 2015. godine, koji je prestao smrću VV dana 25. 4. 2016. godine. Do zasnivanja vanbračne zajednice sa tuženom 2012. godine VV je bio korisnik narodne kuhinje i primao je socijalnu pomoć, dok je korisnik socijalne pomoći do tada bila i tužena. U stanu u (...) u ul. (...) broj (...) su živeli zajedno sa sinom tužene EE, sve do smrti VV, pri čemu su VV i tužena spavali u jednoj sobi u bračnom krevetu, a u drugoj sobi je živeo sin tužene, koji je rođen 1995. godine. Zajedno su se hranili, kuvala je tužena, a hranili su se i na drugim mestima. VV je pomagao sina tužene, koji boluje od hemofilije, i sa njim i tuženom je više puta išao na Institut za majku i dete u Beograd. Kako mu je u postupku restitucije vraćena imovina od njegove babe po majci, počeo je da prihoduje izvestan novac, od koga je pomagao lečenje sina tužene. Naime, VV je februara i maja meseca 2012. godine, Agenciji za restituciju – područnoj jedinici Novi Sad, podneo zahtev za vraćanje oduzete imovine bivšoj vlasnici – njegovoj babi po majci DD. Predmet ovih zahteva su bile nepokretnosti koje su imenovanoj bile oduzete na osnovu akata tadašnjih vlasti FNRJ i to onih koji se nalaze u KO Pančevo i onih koje se nalaze u KO Baranda, KO Ovči i KO Kumane, a u ovom postupku pred Agencijom za restituciju VV je zastupala punomoćnik Maja Miljević, advokat iz Pančeva. Agencija za restituciju – područna jedinica Novi Sad je dana 2. 4. 2013. godine donela delimično rešenje kojim je usvojen zahtev VV, te mu je vraćena imovina i utvrđeno njegovo pravo svojine kao zakonskom nasledniku bivše vlasnice, njegove babe po majci DD, u 1/1 dela na imovini koja se nalazi u Pančevu, te je dana 10. 6. 2013. godine JP Direkcija za izgradnju i uređenje Pančeva iz Pančeva VV navedene nepokretnosti predala u posed, a njihova vrednost je procenjena na iznos od 777.474,14 evra na dan 10. 1. 2017. godine. Dana 13. 4. 2016. godine doneto je delimično rešenje, kojim je usvojen zahtev VV kao zakonskog naslednika bivše DD, tako što mu je vraćena imovina i utvrđeno njegovo pravo svojine i u delu od 1/1 imovine koja se nalazi u KO Baranda, koja je imovina procenjena na iznos od 64.967,40 evra na dan 9. 9. 2016. godine. Više od polovine zaostavštine ostavioca VV predstavlja njegovu prethodno navedenu nasleđenu imovinu, koja mu je vraćena u postupku restitucije, što je utvrđeno kao nesporno na pripremnom ročištu od 10. 1. 2019. godine. Tužilja i VV se nisu poznavali sve do momenta kada je pokrenut postupak restitucije i kada je ona jedini put došla u Pančevo, kojom prilikom su zajedno bili na ručku, organizovan od strane advokata Maje Miljević iz Pančeva, koja ga je zastupala u postupku restitucije i nakon toga se nisu videli.

[7] Podnetom tužbom u ovoj pravnoj stvari tužilja traži da se tuženoj kao supruzi njenog sada pok. polubrata, po ocu, na osnovu odredbe čl. 26. Zakona o nasleđivanju, smanji nasledni deo sa 1/2 na 1/4 idealna dela, tako da tužilji, osim jedne polovine

(1/2), koja joj po zakonu iza polubrata pripada, pripadne još jedna četvrtina (1/4) od naslednog dela tužene od 1/2, tako da tužilja nasledi 3/4 zaostavštine njenog polubrata, a tužena jednu četvrtinu (1/4). Tužena je osporila ovaj zahtev, navodeći da je tužilja svog polubrata upoznala tek u postupku restitucije, kad je saznala da će dobiti veću imovinu, da je znala da joj je brat jako teško živeo i da to nije sprečila, kao i da je imovina za koju je zainteresovana tužilja imovina po majci pokojnog ostavioca, a ne po ocu koji je zajednički.

[8] Prilikom donošenja odluke o osnovanosti tužbenog zahteva [prvostepeni sud je] imao u vidu i činjenicu da nasleđena dobra koja je pok. VV stekao u postupku restitucije predstavljaju dobra stečena od svog pretka, koji nije istovremeno i predak tužilje, pošto su oni brat i sestra po ocu, a pok. VV je u postupku restitucije imovinu stekao kao zakonski naslednik babe po majci DD.

[9] Sve važne činjenice za donošenje odluke o osnovanosti tužbenog zahteva, prvostepeni sud je potpuno i pouzdano utvrdio izvedenim dokazima, koje je pravilno ocenio, primenom odredbe čl. 8. ZPP i ono nije dovedeno u sumnju žalbenim navodima tužilje.

[10] Neosnovano se žalbom tužilje osporava ocena izvedenih dokaza, a sa tim u vezi i utvrđeno činjenično stanje. Naime, odredbom čl. 8. ZPP propisano je da sud, po svom uverenju, odlučuje koje će činjenice uzeti kao dokazane, a na osnovu savesne i brižljive ocene svakog dokaza zasebno i svih dokaza zajedno, kao i na osnovu rezultata celokupnog dokaznog postupka. O tome koje činjenice smatra utvrđenim i na osnovu kojih dokaza odlučuje sud na osnovu sopstvenog uverenja. U postupku koji je prethodio donošenju pobijane presude kao dokazno sredstvo se, osim pisanih dokaza, javlja saslušanje stranaka i svedoka. Pravilna ocena iskaza svedoka i stranaka podrazumeva ocenu njihovog držanja pred sudom, saglasnost njihovih iskaza sa iskazima ostalih saslušanih lica i drugim izvedenim dokazima, nespornim i opštepoznatim činjenicama, da li svedok ima neposrednih ili posrednih saznanja o događaju o kome svedoči, kao i ocenu opšteg utiska koji svedok odnosno stranka ostavlja na sud prilikom davanja iskaza.

[11] U konkretnom slučaju je prvostepeni sud ceneći iskaze svedoka i stranaka dao upravo takvu njihovu analizu, odnosno ocenu koja sadrži uverljiva i logična objašnjenja. Preciznije, prvostepeni sud je obrazložio koje iskaze je u kom delu prihvatio, navodeći pri tome logične i jasne razloge zbog kojih neke od iskaza nije prihvatio. Kako je činjenice bitne za ocenu osnovanosti tužbenog zahteva prvostepeni sud utvrdio na osnovu ocene dokaza, izvedene u svemu u skladu sa odredbom čl. 8. ZPP, to se neosnovano žalbom tužilje osporava činjenično stanje na kome je pobijana presuda zasnovana.

[12] Na potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje pravilno je prvostepeni sud primenio odredbu čl. 26. Zakona o nasleđivanju, te pravilno odbio tužbeni zahtev tužilje kao neosnovan.

[13] Naime, odredbom čl. 26. Zakona o nasleđivanju – ZON (...) propisano je da, kad je bračni drug pozvan na nasleđe s naslednicima drugog naslednog reda, a ostaviočeva nasleđena dobra čine više od polovine njegove posebne imovine, ostali naslednici mogu u roku od jedne godine od ostaviočeve smrti zahtevati smanjenje naslednog dela bračnog druga do četvrtine zaostavštine, ako zajednica života ostavioca i bračnog druga nije trajala duže vremena (st. 1), pri odlučivanju o obimu smanjenja naslednog dela bračnog druga sud ceni vrednost ostaviočevih nasleđenih dobara i dužinu trajanja zajednice života ostavioca i bračnog druga (st. 2), a deo za koji je nasledni deo bračnog druga smanjen sud dodeljuje samo nasledniku koji je zahtev postavio (st. 3).

[14] Pravilno je prvostepeni sud cenio da nasleđena imovina ne predstavlja imovinu nasleđenu iza zajedničkog pretka, s obzirom da se radi o imovini iza babe po majci pokojnog ostavioca, a ne po ocu, koji je zajednički predak ovde tužilje i sada pok. VV.

[15] Naime, zakon predviđa dva uslova koja moraju biti kumulativno ispunjena, kako bi došlo do smanjenja naslednog dela

supružnika do jedne četvrtine. Prvi uslov je da ostaviočeva nasleđena dobra čine više od polovine njegove posebne imovine, što je u konkretnom slučaju utvrđeno kao nesporno među strankama. Drugi uslov tiče se dužine trajanja zajednice života ostavioca i bračnog druga, što je faktičko pitanje koje ceni sud.

[16] Međutim, prilikom određivanja naslednika koji mogu zahtevati smanjenje naslednog dela supružnika, sud mora da poštuje kriterijum porekla dobara, jer zahtev za smanjenje može postaviti samo naslednik iz one loze iz koje su dobra kao nasleđe ušla u ostaviočevu imovinu – *materna maternis, paterna paternis* (majčina imovina majčinim srodnicima, očeva očevim).

[17] Kako je u konkretnom slučaju tužilja ostaviočeva polusestra po ocu, a ne po majci, kod nesporne činjenice da nasleđena dobra ostavioca koja čine više od polovine njegove posebne imovine potiču od babe po majci ostavioca, a ne od oca, koji im je zajednički predak, dakle pretka koji tužilji i ostaviocu nije zajednički, to tužilja, kao polusestra po ocu ostavioca, ne može tražiti smanjenje naslednog dela tužene, jer ostaviočeva nasleđena dobra ne potiču iz loze kojoj pripada, a *ratio legis* čl. 26. ZON-a je povraćaj dobara lozi iz koje su svojevremeno ušla u zaostavštinu.

[18] Dakle, suprotno žalbenim navodima, prvostepeni sud je pravilno cenio činjenicu da nasleđena dobra, koja je pok. VV stekao u postupku restitucije predstavljaju dobra stečena od onog pretka, koji nije istovremeno i predak ovde tužilje, jer je taj predak baba po majci ostavioca, te pravilno zaključio da zahtev tužilje nije osnovan. Tužilja je ostaviočev srodnik koja pripada lozi iz koje nasleđena dobra nisu ušla u zaostavštinu, te kako ostaviočeva dobra ne potiču iz loze lica koje je postavilo zahtev, to nema pravo na isticanje takvog zahteva, pa je pravilna odluka prvostepenog suda kojom takvom zahtevu nije pružena zaštita.

[19] Poreklo dobara je, suprotno žalbenim navodima, kriterijum za ostvarenje ovog prava naslednika, te na pravilnost odluke nisu od uticaja žalbeni navodi tužilje kojima se osporava zaključak prvostepenog suda o dužini trajanja zajednice života između tužene i njenog pok. supružnika, jer osnovni kriterijum da bi tužilja imala pravo na postavljanje ovog zahteva, nije ispunjen.

[20] Kako je odluka prvostepenog suda, doneta pravilnom primenom odredbe čl. 26. Zakona o nasleđivanju, na pravilnost pobijane presude nisu od uticaja ni ostali žalbeni navodi tužilje, jer je iz izloženih razloga, pobijana odluka pravilna. Razlozi drugostepenog suda su dati u skladu s aktuelnom praksom Evropskog suda za ljudska prava po kojoj drugostepeni sud može navesti sopstvene razloge za odluku u cilju davanja obrazložene odluke i prava na pravično suđenje u skladu sa čl. 6. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.[3]

[…]

ZPP čl. 224, st. 1, t. 4.

Ni prekid obavljanja delatnosti preduzetnika, ni brisanje preduzetničke radnje, ne predstavljaju razloge za prekid parničnog postupka u kojem je stranka preduzetnik.

ZPP čl. 109 i sled.

Ne može se smatrati da postoje opravdani razlozi za podnošenje predloga za vraćanje u pređašnje stanje ako je do propuštanja radnje stranke došlo usled bitne povrede odredaba parničnog postupka koju je učinio sud, već se tada štetne posledice propuštanja mogu otkloniti pravnim lekom, i to žalbom protiv odluke koja je zbog propuštanja doneta.

Rešenje PAS suda od 29. septembra 2021. – 7 Pž 8467/21 (PS u Beogradu)

---

[3] *Službeni list SCG – međunarodni ugovori*, br. 9/03, 5/05. i 7/05. – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori,* 12/10. – presuda ESLJP od 27. septembra 2001. godine, *Hirvisaari v. Finland,* 49684/99, paras. 30–33.

Iz obrazloženja:

[1] Rešenjem Privrednog suda (...) u st. I izreke dozvoljeno je vraćanje u pređašnje stanje, pa je ukinuta presuda zbog propuštanja ovog suda (...). U st. II izreke prekinut je postupak koji se vodi pred ovim sudom pod br. P 6194/2019.

[2] Protiv navedenog rešenja u celosti tužilac je izjavio blagovremeno žalbu iz svih zakonom predviđenih razloga, sa predlogom da Privredni apelacioni sud pobijano rešenje preinači ili ukine. U žalbi ukazuje da tuženi nije brisan iz registra, te da je netačan i nejasan zaključak prvostepenog suda da je tužilac dostavio adresu preduzetničke radnje koja je brisana iz registra, zbog čega je sud dozvolio vraćanje u pređašnje stanje.

[3] Ispitujući pravilnost pobijanog rešenja na osnovu odredbe čl. 386. u vezi sa čl. 402. Zakona o parničnom postupku, Privredni apelacioni sud nalazi da je žalba tužioca osnovana.

[4] Prema stanju u spisima, Privredni sud u Beogradu je doneo presudu zbog propuštanja (...). Nakon pokušanog dostavljanja tuženom na adresu iz tužbe navedena presuda je istaknuta na oglasnoj tabli suda dana 29. 1. 2020. godine, te je ista postala pravnosnažna dana 25. 5. 2020. godine, a izvršna dana 3. 6. 2020. godine. Po zahtevu tuženog, Rešenjem Privrednog suda (...) stavljene su van snage potvrda pravnosnažnosti od 25. 5. 2020. godine i potvrda izvršnosti od 3. 6. 2020. godine (...), koje rešenje je potvrđeno rešenjem Privrednog apelacionog suda (...). Tuženi je podneo predlog za vraćanje u pređašnje stanje iz razloga jer mu nije dostavljena tužba.

[5] Odlučujući o predlogu tuženog za vraćanje u pređašnje stanje, prvostepeni sud je na osnovu čl. 109, a u vezi sa čl. 113, st. 4. Zakona o parničnom postupku dozvolio vraćanje u pređašnje stanje zbog neurednog dostavljanja tužbe tuženom, jer je tužilac dostavio adresu preduzetničke radnje koja je brisana iz registra, a ne adresu AA, koji je bio vlasnik te radnje, čime su zloupotrebljena procesna prava i sud doveden u zabludu. Kako je dozvolio vraćanje u pređašnje stanje, sud je na osnovu čl. 109. st. 2. Zakona o parničnom postupku ukinuo presudu zbog propuštanja.

[6] Prvostepeni sud dalje navodi da je proverom podataka Agencije za privredne registre utvrdio da je AA preduzetnik Radnja za (…) brisana iz registra, te je na osnovu čl. 222, st. 4. Zakona o parničnom postupku postupak prekinut, s obzirom da je tuženi prestao da postoji.

[7] Odredbom čl. 222, st. 1, t. 4. Zakona o parničnom postupku propisano je da sud utvrđuje prekid postupka kad stranka koja je pravno lice prestane da postoji, odnosno kad nadležni organ pravnosnažno odluči o zabrani rada.

[8] Prema čl. 83, st. 1. Zakona o privrednim društvima, preduzetnik je poslovno sposobno fizičko lice koja obavlja delatnost u cilju ostvarivanja prihoda i koje je kao takvo registrovano u skladu sa Zakonom o registraciji. Odredbom čl. 91, st. 1. istog Zakona propisano je da preduzetnik gubi svojstvo preduzetnika brisanjem iz registra privrednih subjekata. Prema čl. 85, st. 2. istog Zakona, odgovornost preduzetnika za obaveze ne prestaje ni brisanjem preduzetnika iz registra.

[9] U konkretnom slučaju, uvidom u izvod sa sajta Agencije za privredne registre utvrđeno je da tuženi AA preduzetnik Radnja za (...) ima status aktivnog privrednog subjekta. Iz rešenja APR od 11. 7. 2019. godine u spisu predmeta proizlazi da je kod tuženog registrovana promena podataka o prekidu obavljanja delatnosti, da je obavljanje delatnosti prekinuto 9. 7. 2019. godine, a prekid obavljanja delatnosti će trajati do registracije datuma nastavka obavljanja delatnosti. Sledi da je kod tuženog došlo do prekida obavljanja delatnosti, ne i brisanja iz registra privrednih subjekata. Osim toga, brisanje preduzetničke radnje iz registra nema za posledicu prekid postupka u smislu čl. 222. Zakona o parničnom postupku, a imajući u vidu odredbu čl. 85, st. 2. Zakona o privrednim društvima, zbog čega je rešenje o prekidu postupka moralo biti ukinuto.

[10] Ne može se prihvatiti ni odluka prvostepenog suda o predlogu za vraćanje u pređašnje stanje.

[11] Odredbom čl. 109, st. 1. Zakona o parničnom postupku propisano je da ako stranka propusti ročište ili rok za preduzimanje neke radnje u postupku i usled toga izgubi pravo na preduzimanje te radnje, sud će toj stranci na njen predlog dozvoliti da naknadno izvrši tu radnju (vraćanje u pređašnje stanje) kad postoje opravdani razlozi za propuštanje. Odredbom čl. 110, st. 2. istog Zakona, propisano je da predlog mora da se podnese u roku od osam dana, računajući od dana kad je prestao razlog koji je prouzrokovao propuštanje, a ako je stranka tek kasnije saznala za propuštanje, od dana kad je za to saznala, dok je st. 4. propisano da ako se vraćanje u pređašnje stanje predlaže zbog propuštanja roka, predlagač je dužan da istovremeno sa podnošenjem predloga preduzme i propuštenu radnju. Odredbom čl. 113, st. 1. istog Zakona je propisano da neblagovremene i nedozvoljene predloge za vraćanje u pređašnje stanje sud odbacuje rešenjem.

[12] Za odluku o osnovanosti predloga za vraćanje u pređašnje stanje relevantni su razlozi propuštanja stranke da pristupi na ročište ili da u roku preduzme neku parničnu radnju. Međutim, ako je do propuštanja došlo usled bitne povrede odredaba parničnog postupka koju je učinio sud, ne može se smatrati da postoje opravdani razlozi za podnošenje predloga za vraćanje u pređašnje stanje. Štetne posledice propuštanja se u takvom slučaju mogu otkloniti pravnim lekom, i to žalbom protiv odluke koja je zbog propuštanja doneta. U konkretnom slučaju tuženi je podneo predlog za vraćanje u pređašnje stanje tvrdeći da mu nije uredno dostavljena tužba, čime ukazuje na bitnu povredu postupka u kom je doneta presuda zbog propuštanja, učinjenu od strane suda. Pri tom, nejasno je da li je prvostepeni sud nakon pravnosnažnog ukidanja potvrde pravnosnažnosti i izvršnosti, ili pre toga, presudu za koju se tvrdi da je doneta u nezakonito sprovedenom postupku dostavio tuženom i time mu omogućio ulaganje pravnog leka. Nadalje, nejasno je zbog propusta koje radnje je traženo, a zatim i dozvoljeno vraćanje u pređašnje stanje, budući da se ono može zahtevati kada je došlo do propusta na strani parnične stranke, a ne suda. Pored navedenog, u slučaju kada se traži vraćanje u pređašnje stanje zbog propuštanja roka, predlagač je dužan da istovremeno sa podnošenjem predloga preduzme i radnju koju je propustio, s obzirom da nepreduzimanje propuštene radnje vodi odbacivanju predloga kao neurednog, saglasno čl. 113, st. 2. Zakona o parničnom postupku. Iz navedenih razloga, ožalbeno rešenje je doneto uz bitne povrede odredaba parničnog postupka iz čl. 374, st. 1. Zakona o parničnom postupku, te je isto moralo biti ukinuto.

[13] U nastavku postupka, prvostepeni sud će prilikom ponovnog odlučivanja o predlogu za vraćanje u pređašnje stanje, najpre utvrditi da li je presuda zbog propuštanja (...) uredno dostavljena tuženom i kada, a ukoliko nije istu će dostaviti tuženom na zakonom propisan način, imajući u vidu odredbe čl. 141. Zakona o parničnom postupku. Nakon toga će pre odlučivanja o osnovanosti predloga za vraćanje u pređašnje stanje ceniti da li je predlog dozvoljen, blagovremen i uredan, te će doneti odluku u skladu sa zakonom.

[...]

ZPP čl. 356, 385, st. 1.

U slučaju da drugostepeni sud ne odluči o delu žalbe protiv presude, smatra se da je žalba povučena u tom delu ukoliko žalilac blagovremeno ne traži donošenje dopunske odluke.

Presuda VKS od 22. marta 2023. – Rev 5505/21. (AS u Novom Sadu; VS u Novom Sadu)

Iz obrazloženja:

[...]

[17] Navodi revizije da drugostepeni sud nije odlučio o žalbi tuženog protiv odluke prvostepenog suda u delu kojim je odbijen njegov protivtužbeni zahtev nisu od značaja za drugačiju odluku s obzirom da je propuštanjem da u roku iz čl. 356. ZPP, koji se primenjuje u drugostepenom postupku shodno odredbi čl. 385. ZPP, zatraži

donošenje dopunske presude o žalbi nastupila zakonska pretpostavka odustajanja tuženog od žalbe protiv odluke prvostepenog suda o odbijanju protivtužbenog zahteva.

[...]

Komentar

I. Postavljanje problema

1. Stanje stvari

U prvostepenom postupku tuženi je podneo protivtužbu. Prvostepeni sud je delimično usvojio tužbeni zahtev, a uz to je i odbio protivtužbu. Žalbu protiv presude je izjavio samo tuženi, pobijajući je u celini. Drugostepeni sud je odbio žalbu, ali tako što je samo potvrdio odluku o tužbenom zahtevu; o žalbi protiv dela prvostepene presude o odbijanju protivtužbenog zahteva, međutim, nije odlučio.

Protiv drugostepene presude tuženi je izjavio reviziju, koja je dozvoljena zbog revizijskog cenzusa. Ona je, što se tiče odluke o tužbenom zahtevu, odbijena, i to je za pravna pitanja koja se ovde postavljaju irelevantno. Tuženi je u svojoj reviziji, očito, kao revizijski razlog naveo i to da o delu njegove žalbe uopšte nije odlučeno.

2. Pravna pitanja i stav *VKS*

U drugostepenom postupku se prema čl. 385, st. 1. ZPP, između ostalog, shodno primenjuju odredbe o dopunskoj presudi (čl. 356–358. ZPP). Dva su pravna pitanja u tom kontekstu značajna. Prvo je ono o posledicama propuštanja predloga za donošenje odluke o delu žalbe. Prema čl. 356, st. 3. ZPP, ako se ne traži dopuna prvostepene presude, nastupa fikcija povlačenja tužbe u nepresuđenom delu. Pitanje je, međutim, da li se tako nešto može 1 : 1 preneti i na žalbeni postupak, odnosno da li shodna primena osnovnog režima zahteva ipak jedan kreativan zahvat. Drugo pitanje se tiče legitimacije za predlog za donošenje drugostepene dopunske odluke. Prema čl. 356, st. 1. ZPP, odnosno prema vladajućem shvatanju, obe stranke mogu da traže dopunu prvostepene presude. I ovde se javlja identičan problem: da li se isto mora prihvatiti i za žalbeni postupak, ili shodna primena, opet, iziskuje izvesnu modifikaciju.

Vrhovna instanca je rešila, čini se, oba problema, i to tako što je optirala za modifikacije osnovnog koncepta, umesto njegove mehaničke primene. U pogledu prvog pitanja VKS je decidan: nepredlaganje dopunske presude u predviđenom roku ne vodi fikciji povlačenja tužbe, već povlačenja (odustanka od) žalbe. Što se tiče drugog pitanja, stav VKS se može tek pročitati između redova, i utoliko je pre reč o tumačenju njegove odluke.[4] Naime, ključna stavka obrazloženja u tom delu je da je samo žalilac legitimisan da traži dopunsku drugostepenu presudu u pogledu žalbe. Jer, revizijski sud ne kaže da je nastupila fikcija povlačenja žalbe zato što „stranka“ ili „nijedna od stranaka“ nije tražila donošenje dopunske žalbene odluke, već izričito govori o žaliocu. No, već ovde treba ukazati i na suprotan stav istog suda. Tri godine ranije, VKS je izričito smatrao da protivnik žalioca ima pravo da traži dopunu

[4] O potrebi tumačenja sudskih odluka, u smislu pravnih stavova sadržanih u njima, v.: Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin – Heidelberg – New York: Springer, 357 i sled.

žalbene presude.[5] U svakom slučaju, upadljivo je da je rešenje oba pravna pitanja svedeno na saopštavanje rezultata bez bilo kakve argumentacije. Zbog njihove važnosti deficit obrazloženja je tim pre alarmantniji. Reč je o pravnim pitanjima koja su poopštena i mogu se javiti u neodređenom broju slučajeva, a iz teksta relevantne odredbe ne sledi nedvojbeni rezultat.

Vredi i te kako istaći da je hrvatski zakonodavac pošao drugim putem. Umesto generalne klauzule koja podrazumeva shodnu primenu odredaba o dopunskoj presudi u drugostepenom postupku, u tamošnji ZPP je uneta odredba koja izričito predviđa legitimaciju za traženje dopune žalbene odluke. Prema čl. 377a, st. 1. hrZPP, samo žalilac može da traži donošenje dopunske odluke o žalbi; na osnovu toga, potom, hrvatska literatura zaključuje da je posledica propuštanja fikcija povlačenja žalbe u delu o kojem nije odlučeno o njoj.[6] Prema tome, identično je stanje kao ono koje VKS vidi kao važeće srpsko pravo.

II. Prvi problem: Posledica propuštanja predloga za donošenje dopunske odluke o žalbi

1. Osnovni model iz čl. 356. ZPP: fikcija povlačenja tužbe

Dopunska presude se vezuje za nehotično neodlučivanje o jednom od postavljenih zahteva, ili delu postavljenog zahteva. Prvostepeni sud misli da je odlučio o celokupnom predmetu spora, odnosno o množini kumuliranih predmeta, iako to nije slučaj.[7] U tom smislu, presuda sadrži, kako se to kaže, prazninu (nem. *Entscheidungslücke*),[8] odnosno, sud je nesvesno odlučio *infra petita*.[9] Tako nešto zasigurno predstavlja povredu postupka, jer iz načela dispozicije (čl. 3, st. 1. ZPP) ne proizlazi samo vezanost za granice postavljenih zahteva u smislu zabrane odlučivanja o drugom (*aliud*), ili o više od zahtevanog (*plus*), već i dužnost odlučivanja o svim zahtevima,[10] tako da bi i bez čl. 2, st. 2. ZPP važilo isto. Međutim, u domaćem pravu, i to već od prve posleratne kodifikacije (ZPP iz 1956), ovakva greška suda može da se sanira samo kroz dopunsku presudu, ne i alternativno, putem žalbe protiv presude. Na to upućuje čl. 358, st. 3. ZPP, po kojem u slučaju žalbe u kojoj se ističe

[5] VKS, 11. 3. 2021. – Rev 5602/20.

[6] O tome više Triva, S., Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 594, 714. i sled.; Dika, M. (2010). *Pravni lijekovi*. Zagreb: Narodne novine, 237 i sled.

[7] Reprezentativno VKS, 23. 2. 2017. – Prev 244/16: uslov za donošenje dopunske presude jeste „da se propust ima pripisati očiglednoj omašci suda i da sud i ne zna da je takav propust učinjen".

[8] Musielak, J., u: Rauscher, T., Krüger, W. (2020). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1. München: C. H. Beck, para. 321, marg. br. 1, 4.

[9] Up. Jakšić, A. (2017). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 553.

[10] Up. Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V. (2015). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, 168; Jakšić, A. (2017). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 554; isto za austrijsko pravo Bydlinski, M., u: Fasching, H., Konecny, A. (2018). *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Band III/2. Wien: Manz, para. 423, marg. br. 1.

neodlučivanje o delu zahteva dolazi do konverzije[11] parnične radnje: uzima se da je žalba zapravo predlog za donošenje dopunske presude.

Pravna sigurnost zahteva da se traženje dopunske presude oroči.[12] Jer, neodlučivanjem o delu predmeta spora nije prestala litispendencija – parnica još uvek teče. Ako bi se dopunska presuda mogla tražiti u nedogled, to bi značilo da jedan spor hipotetički nikada ne bi bio okončan. Stoga je uz oročavanje predloga za donošenje dopunske presude nužno i odgovoriti na pitanje pravnih posledica propuštanja blagovremenog predloga. U srpskom pravu je i to pitanje – od ZPP iz 2004. godine – izričito uređeno. Uzima se da su nastupile pravne posledice povlačenja tužbe, odnosno, kako to i redakcija čl. 356, st. 3. ZPP sugeriše, dolazi do fikcije povlačenja tužbe.[13] Krajnja pravna posledica, s obzirom na čl. 202, st. 3. ZPP, jeste dozvoljenost nove tužbe o zahtevu o kojem nije presuđeno u prethodnom parničnom postupku.[14] Do istog krajnjeg rezultata dolazi nemačka, odnosno austrijska sudska praksa i literatura, iako izričite odredbe o posledicama propuštanja u tamošnjim zakonima nema.[15] Takođe, istog stava[16] je bila domaća literatura i sudska praksa do ZPP iz 2004, jer je tek tada uneta izričita norma o posledicama propuštanja roka za traženje dopunske presude.

2. Nužnost modifikovanja osnovnog modela u slučaju nepotpunog odlučivanja o žalbi

Potreba dopunjavanja žalbene odluke proizlazi iz istih razloga kao i kod nepotpunosti prvostepene presude. Kao što načelo dispozicije važi i u žalbenom postupku, jer je žalbeni sud vezan za granice pobijanja prvostepene presude (čl. 386, st. 1. ZPP),[17] tako je

[11] Stanković, G., Boranijašević, V. (2023). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik, 474.

[12] Keča, R., u: Starović, B., Keča, R. (2004). *Građansko procesno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu, 361.

[13] Strogo dogmatički gledano, to nije nikakva „(neoboriva) pretpostavka“, već prava fikcija; up. Stanković G., Boranijašević, V. (2023). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik, 359. – No, praktičnih razlika između jedne ili druge varijante nema.

[14] Rečeno ipak ne važi i u slučaju neodlučivanja o (delu) zahteva za naknadu troškova postupka, jer se takav zahtev može ostvariti samo u okviru postupka u kojem su troškovi nastali; suprotno: Poznić, B. (2009). *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 859.

[15] Za stanje u Austriji umesto svih, sa daljim upućivanjima, v.: Rechberger, W., Klicka, T. (2019). *ZPO. Zivilprozessordnung*. Wien: Verlag Österreich, para. 424, marg. br. 6; za stanje u Nemačkoj, umesto svih, sa daljim upućivanjima, v.: Feskorn, Ch. u: Zöller, R. (2018). *Zivilprozessordnung*. Köln: Otto Schmidt, para. 321, marg. br. 12.

[16] V.: već Zuglia, S. u: Zuglia, S., Triva, S. (1957). *Komentar Zakona o parničnom postupku. II svezak*. Zagreb: Narodne novine, 152; Bazala, B. (1959). *Dopuna sudskih odluka. Glasnik Advokatske komore Vojvodine* (1), 7; Poznić, B. (2009). *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 859 sa daljim upućivanjima na sudsku praksu.

[17] Ovo i onda kada postoji neka od apsolutno bitnih povreda postupka na koju žalbeni sud pazi po službenoj dužnosti, i koja se odnosi i na nenapadnuti deo prvostepene presude. Ni tada žalbeni sud ne sme

i njegova korelativna dužnost da odluči u potpunosti o izjavljenoj žalbi – pozitivna strana „vezanosti za postavljeni zahtev“. Prema tome, sve i da nema čl. 385, st. 1. ZPP, odnosno izričite odredbe o shodnoj primeni odredaba o dopunskoj presudi u žalbenom postupku, važilo bi isto.[18]

Kao što je u uvodu rečeno, pitanje je da li se prikazani osnovni režim posledice propuštanja traženja dopunske odluke može totalno, doslovno preneti u žalbeni postupak. Potvrdan odgovor bi podrazumevao da neodlučivanje drugostepenog suda o jednom delu pobijane presude znači da je – po proteku roka od 15 dana od dostave žalbene odluke – u tom delu došlo do fingiranog povlačenja tužbe, a uz to da u tom delu prvostepena presuda gubi dejstvo (čl. 202, st. 4. ZPP). Tako nešto je zastupljivo, pre svega zato što se tužba inače, izričito, može povući i nakon prvostepenog presuđenja.[19] Isto tako, moglo bi da se kaže – u pretpostavci da su obe stranke legitimisane za predlog – da je rezultat interesno zadovoljavajući. Ako neaktivnost obe stranke u prvostepenom postupku vodi fikciji povlačenja tužbe (čl. 356, st. 3. ZPP), ista posledica bi bila prihvatljiva i za slučaj da obe stranke ne traže donošenje dopunske odluke o (delu) žalbi jedne od njih.

Međutim, sistemski razlozi govore protiv. Naime, iako shodna primena čl. 356. ZPP nije izričito predviđena za revizijski postupak, ne bi trebalo da bude sporno da se on shodno primenjuje.[20] Da je suprotno, previd revizijskog suda u smislu neodlučivanja o delu revizije bi bio konačan i nepopravljiv, jer čak ni revident ne bi mogao da

da ukida taj deo prvostepene presude, jer ne samo da mu to zabranjuje čl. 386, st. 1. ZPP, već je to i povreda pravnosnažnosti. Nenapadnuti deo presude je, naime, istekom žalbenog roka postao pravnosnažan. Up. Poznić, B. (2009). *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 925/926; Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V. (2015). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, 489; Keča, R., u: Starović, B., Keča, R. (2004). *Građansko procesno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu, 415; Račić, R. (1990). *Načelo dispozitivnosti u građanskom parničnom postupku*. Mag. teza PF u Nišu, neobj., 77; suprotno, ali usamljeno, Korhec, T. (1990). Ovlašćenje drugostepenog suda u žalbenom postupku u ispitivanju prvostepene presude u nepobijanom delu. *Pravni život* (3–4), 1696 i sled.

[18] Upravo je tako rezonovala literatura i deo sudske prakse do ZPP iz 2004, jer je tek u tom zakonu uneta izričita norma o shodnoj primeni odredaba o dopunskoj presudi u žalbenom postupku; v.: Poznić, B. (2009). *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 858; Palačković, D. (2004). *Parnično procesno pravo*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu, 242; suprotno VSJ, 27. 9. 1973 – Rev 236/73, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Jugoslavije, 38 (1974), 61.

[19] Takvo je upravo vladajuće shvatanje u nemačkom pravu, tako da „praznina drugostepene odluke“, ako se ne sanira njenom dopunom, vodi fikciji povlačenja tužbe, čime i prvostepena presuda u tom delu gubi dejstvo; vid. *BGH*, 16. 2. 2005. – VIII ZR 133/04, NJW-RR 2005, 790 sa daljim upućivanjima.

[20] U objavljenim odlukama revizijski sud smatra da donošenju dopunske revizijske odluke ima mesta, ali u svim slučajevima je bilo reči o propuštanju revizijskog suda da (potpuno) odluči o zahtevu za naknadu revizijskih troškova, vid. samo VKS, 10. 11. 2022. – Rev2 488/22; 22. 9. 2022. – Rev2 850/22; 3. 9. 2020. – Rev 1713/20; 18. 5. 2017. – Prev 154/16. i dr.

traži donošenje dopunske revizijske odluke, što bi vodilo faktičkom uskraćivanju pravne zaštite.[21] Ako je tako, onda se tada nikako ne bi mogao zastupati stav da propuštanje traženja dopunske revizijske odluke vodi fikciji povlačenja tužbe. Jer, tužba o kojoj je pravnosnažno odlučeno ne može više da se povuče; revizija je vanredni pravni lek, i izjavljuje se protiv pravnosnažnih drugostepenih presuda (čl. 403, st. 1. ZPP).[22] Tada ne preostaje ništa drugo nego da se smatra da je revizija u neodlučenom delu povučena. Imajući to u vidu, zahtev koherentnosti vrednovanja pre govori da se propuštanje traženja dopunske žalbene odluke i propuštanje traženja dopunske revizijske odluke identično tretiraju. Drugim rečima, propuštanje traženja dopunske odluke o pravnom leku vodi fikciji povlačenja pravnog leka. Za to govori i to što se u čl. 385, st. 1. ZPP izričito govori o shodnoj primeni čl. 356. ZPP u drugostepenom postupku, a izraz shodne primene je upravo modifikacija pravne posledice propuštanja roka iz čl. 356, st. 1. tj. modifikacija čl. 356, st. 3. ZPP: umesto fikcije povlačenja tužbe, dolazi do fikcije povlačenja pravnog leka u neodlučenom delu. Uz to, kako je već rečeno, reč je o principu koji uporedno-pravno nije usamljen, naprotiv, prihvata se u hrvatskom pravu,[23] koje je notorno izgrađeno na identičnim osnovama kao i srpsko procesno pravo.

III. Drugi problem: Legitimacija za predlog za donošenje dopunske odluke o žalbi

1. Osnovni model: dopunska presuda prema čl. 356. ZPP

U prvostepenom postupku obe stranke – i tuženi, a ne samo tužilac[24] – imaju pravo da traže donošenje dopunske presude, jer je to, pre svega, nastavak koncepta povlačenja tužbe.[25] Reč je o dosledno sprovedenom vrednovanju pozicije tuženog. Naime, klasično povlačenje tužbe podrazumeva dvostruki režim: do određenog trenutka u razvoju postupka tužilac može bez

[21] U odlučivanju *infra petita* kao faktičkom uskraćivanju pravne zaštite vid. Bydlinski, M., u: Fasching, H., Konecny, A. (2018). *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Band III/2. Wien: Manz, para. 423, marg. br. 1.

[22] Drugačije je u nemačkom pravu, jer je tamo revizija – kao što je bila i kod nas do 1976. godine – redovan pravni lek, tako da je povlačenje tužbe moguće i tokom revizijskog postupka; o tome Becker-Eberhard, E. u: Rauscher, T., Krüger, W. (2020). *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung,* Band 1. München: C. H. Beck, para. 269, marg. br. 17.

[23] V.: Iznad fn. 3.

[24] Vladajuće shvatanje, v.: *AS u Novom Sadu*, 14. 10. 2010. – Gž 4234/10, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu 2 (2010), 41; Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V. (2015). *Građansko procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, 457; Triva, S., Belajec V., Dika, M. (1986). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine, 488; Bodiroga, N. (2022). Parnični postupak. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 390; Boranijašević, V. (2009). Presude u parničnom postupku. Beograd: Zadužbina Andrejević, 55. – Na isti način se rezonuje za nemačko pravo, up. samo Rosenberg, L., Schwab, K. H., Gottwald, P. (2010). *Zivilprozessrecht*. München: C. H. Beck, para. 61, marg. br. 23.

[25] U tom smislu i Bodiroga, N. (2022). *Parnični postupak*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 390.

saglasnosti tuženog da povuče tužbu, a nakon toga, samo uz njegov pristanak (čl. 202, st. 1. i 2. ZPP). Razlog za takav režim je uslovljen pravnim posledicama povlačenja tužbe, te priznavanjem položaja tuženog kao dostojnog zaštite. Tuženi od upuštanja u raspravljanje, a to je osporavanje tužbenog zahteva, ima interes da se o njemu meritorno reši, jer u slučaju odbijanja nastupa dejstvo materijalne pravnosnažnosti, kako pozitivno, tako i negativno. U dogmatičkom smislu, otuda, može se govoriti o pravu tuženog na presuđenje, svakako uz dodatan uslov ispunjenosti svih procesnih pretpostavki.

Imajući u vidu rečeno, nije slučajno to što se pravo traženja dopunske presude priznaje ne samo tužiocu, već i tuženom. Da nije tako, tuženi bi bio lišen svoje pozicije, koja je inače, na opštem planu, kvalifikovana kao vredna zaštite. Zbog greške suda – previd jednog od zahteva ili dela jednog zahteva – on bi dospeo u poziciju kao da nije ni bio tužen; propustio bi – svakako na sopstveni rizik – šansu da se spor meritorno, a potencijalno i pravnosnažno, okonča u njegovu korist.

2. Nužnost modifikovanja osnovnog modela u slučaju nepotpunog odlučivanja o žalbi

Automatski preneti prikazani režim na žalbeni postupak, principijelno, znači preneti vrednovanja jednog konteksta na drugi, bez ispitivanja smisla. Drugostepeni postupak je strukturalno identičan prvostepenom utoliko što i tu postoji stranka koja napada, i stranka koja se brani. Ali te pozicije se ne vezuju za položaj tužioca i tuženog, već za položaj žalioca i protivnika žalioca. Žalilac je taj koji napada, on ima aktivnu ulogu, a protivnik žalioca je taj koji se brani, on ima pasivnu ulogu. Utoliko se u nemačkom pravu žalilac i protivnik žalioca ne nazivaju bez razloga „žalbenim (prizivnim) tužiocem (nem. Berufungskläger)“ i „žalbenim (prizivnim) tuženim (nem. Berufungsbeklagte)“. U tom smislu, onaj koji se brani od napada nema pravni interes da traži odluku kojom će, eventualno, pogoršati svoj položaj, ili će doći u istu poziciju kao da nije ni tražio donošenje odluke. Primera radi, ako je tužilac uspeo u potpunosti u prvom stepenu, ali o žalbi tuženog nije odlučeno u potpunosti, tj. nije odlučeno o delu pobijane presude, onda tužilac nema pravni interes da traži dopunsku odluku o žalbi tuženog; on već ima „sigurnu poziciju“, jer je u delu prvostepene odluke, o kojem žalbeni sud nije odlučio, presuđeno u njegovu korist, a propuštanjem traženja dopunske žalbene odluke nastupa fikcija povlačenja dela žalbe, što dalje vodi pravnosnažnosti prvostepene presude u tom delu. Dakle, sve i kada bi se donela dopunska žalbena presuda u korist tužioca, koji je protivnik žalioca, a to je odbijanje žalbe i potvrđivanje prvostepene presude, on bi došao u onaj položaj u kojem bi bio da uopšte i nije tražio donošenje dopunske presude. Kraće i poopšteno: stranka koja je uspela u prvom stepenu nema pravni interes da traži donošenje dopunske odluke o žalbi njenog protivnika.

I ovde je reč o shodnoj primeni čl. 356, st. 1. na drugostepeni postupak, i to, opet, u vidu njegove modifikacije: predlog za donošenje dopunske odluke o žalbi ima samo žalilac, ne i protivnik žalioca. Potvrdu rečenog pruža iznova hrvatsko pravo, u kojem je tako nešto izričito predviđeno. Tamošnji zakonodavac je u pogledu ovog

pravnog problema poštedeo sudsku praksu i literaturu time što je umesto generalne klauzule o shodnoj primeni odredaba o dopunskoj presudi izričito predvideo, zapravo, šta shodna primena zaista znači.

Sve rečeno je primenjivo i na revizijski postupak. Samo revident, ne i njegov protivnik, može tražiti donošenje dopunske revizijske odluke. Protivnik revidenta nema nikakav pravni interes da traži donošenje dopunske revizijske odluke o delu predmeta spora koji je pravnosnažno okončan u njegovu korist.

Ostaje samo da se razmotri i pozicija umešača na strani žalioca ili revidenta. U literaturi je sporno da li umešač uopšte može da traži dopunu prvostepene presude, s tim da bi na to trebalo odgovoriti pozitivno.[26] Međutim, zbog posledica propuštanja predloga za dopunu žalbene ili revizijske odluke, čini se da bi tim pre umešaču moralo da se prizna takvo ovlašćenje. Prvo, jer je to bez sumnje radnja u korist stranke, jer ako se ona propusti, nastupa fikcija povlačenja pravnog leka, što je i kod žalbe i kod revizije fatalno. Drugo, pasivnost stranke koju pomaže u vidu nepostavljanja predloga za donošenje dopunske odluke sama za sebe ne znači da je umešačeva radnja protivna njenoj volji.[27] Pri tome, svakako, običan umešač nema sopstveni rok, već i ovde rok teče od dostave krnje žalbene ili revizijske odluke stranci (čl. 217, st. 1. reč. 2. ZPP).

IV. Zaključak

Shodna primena odredaba o dopunskoj presudi u žalbenom postupku zaista zahteva modifikaciju opšteg režima koji je skrojen za prvostepeni postupak, i to onako kako je i VKS odlučio. Prema tome, posledica propuštanja predloga za dopunsku odluku o žalbi jeste fikcija povlačenja žalbe, a ne fikcija povlačenja tužbe; isto važi i za revizijski postupak, iako ne postoji odredba o shodnoj primeni čl. 356. u revizijskom postupku, tako da propuštanje predloga za dopunsku odluku o reviziji vodi fikciji povlačenja revizije. S druge strane, upravo zbog rečenog, za razliku od osnovnog modela, dopunsku odluku o žalbi, ali i reviziji, može da traži samo podnosilac pravnog leka – žalilac ili revident – ne i protivna stranka (protivnik žalioca ili protivnik revidenta).

Razmatranje prikazanih problema je pokazalo da je njihovo rešavanje teorijski zahtevno, kako u metodološkom, tako i u dogmatičkom smislu. Otuda iznova treba uputiti kritiku vrhovnoj instanci u pogledu deficitarnog obrazloženja i jednog prilično neargumentativnog stila. Najviši sud, odnedavno sa novim nazivom „Vrhovni sud“, ima pre svega tzv. rukovodnu funkciju: kroz svoju sudsku praksu – *scil*. pojedinačne odluke u konkretnim predmetima, a ne kroz zauzimanje sta-

[26] Tako i: Poznić, B. (2009). *Komentar Zakona o parničnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik, 858.

[27] O tome na opštem planu, ali povodom dozvoljenosti žalbe umešača u slučaju pasivnosti stranke, v.: VKS, 10. 2. 2023. – Prev. 1620/22; up. već Knežević, M. (2013). Umešač sa položajem običnog suprničara. Komentar odluke Vrhovnog kasacionog suda o umešaču sa položajem običnog suparničara. *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, (11), 616. sa daljim upućivanjima.

vova van suđenja[28] – on rešava pravna pitanja šaljući poruku nižim instancama; na taj način, svakako uz stabilnost sopstvene prakse, obezbeđuje pravnu sigurnost. Tako nešto je smisleno moguće samo ako iza rešenja jednog pravnog pitanja ne stoji samo autoritet najvišeg suda, već uverljivo obrazloženje. Drugim rečima, autoritet pravnih stavova vrhovne instance ne sme da ishodi iz njenog statusa, već iz jasno formulisanih racionalno proverljivih argumenata.

[28] O tom problemu više: Knežević, M. S. (2022). Out-of-Trial Ensuring Uniform Case Law in Serbia: Socialist Legal Tradition Reloaded. In: Popović, D. V. et al. (eds) *Balkan Yearbook of European and International Law,* 2021. Cham: Springer, 185. i sled.

Priredio i komentarisao
Dr Marko S. Knežević
vanredni profesor Pravnog fakulteta
Univerziteta u Novom Sadu

Радован Лазић
Јавни тужилац у АЈТ Нови Сад упућен у ЈТРЗ

НЕКОЛИКО РЕЧИ О *КОМЕНТАРУ ЗАКОНА О ЈАВНОМ ТУЖИЛАШТВУ*

Г. Илић, *Коментар Закона о јавном тужилаштву*
Службени гласник, 2023.

Правници који се баве кривичним правом, нарочито јавни тужиоци, не могу ни да замисле свој рад без коришћења закона, посебно о кривичном поступку и кривичном материјалном праву. Међутим, у свакодневним сложенијим материјалним или процесним проблемима текст закона није довољан. У овим ситуацијама неопходни су коментари Законика о кривичном поступку или Кривичног законика, у зависности од тога да ли је проблем материјалне или процесне природе, а ако ни то не помогне, а најчешће помогне, решење тражимо у судским одлукама или стручној литератури. У погледу закона којима се на системски начин уређују организација, надлежност и начин рада државних органа, укључујући и јавно тужилаштво, њихов текст је био довољан за примену и није било потребе за писањем коментара и њиховим коришћењем у пракси. У досадашњој пракси нисам наилазио на коментаре ових закона, а није ми познато ни да су написани. Чак ни после претраге интернета нисам пронашао коментар прописа о тужилаштву, не само у Србији, већ и у другим земљама. У ствари, нисам пронашао да је било где објављен, што не значи да није, а то би се могло приписати мојој скромној информатичкој писмености и непознавању страних језика.

Нови Закон о јавном тужилаштву (у даљем тексту Закон) донет је почетком 2023. године. Да ли постоји потреба за *Коментаром Закона* (у даљем тексту *Коментар*), као законског акта којим се

> „...уређују организација и надлежност јавног тужилаштва, услови, поступак за избор и престанак функције носиоца јавнотужилачке функције, права и дужности носиоца јавнотужилачке функције, вредновање рада главног јавног тужиоца и јавног тужиоца, дисциплинска одговорност носиоца јавнотужилачке функције, обављање послова управе у јавном тужилаштву и правосудне управе, обезбеђивање средстава за рад јавног тужилаштва и друга питања од значаја за рад јавног тужилаштва“ (Закон, чл. 1)?

Свакако да постоји. Ову потребу уочио је колега др Горан Илић, који је то објаснио на следећи начин: први разлог је у опсежности промена у организацији јавног тужилаштва и статусу различитих носилаца јавнотужилачке функције, а други је што

> „...без разумевања правне природе, устројства и начина функционисања није могуће разумети ни улогу јавног тужиоца у кривичном поступку.“ (*Коментар*, предговор, стр. 14 и 15)

Да бисмо разумели колико се новим Законом суштински променио положај јавног тужилаштва, напомињемо да није било већих промена у вези с организацијом јавног тужилаштва и статуса носилаца јавнотужилачке функције од 1954. године, или, како то каже аутор *Коментара*,

> „Од 1954. године као да је време стало за јавно тужилаштво. Модел совјетске прокуратуре, наметнут 1945. године, за нијансу ублажен 1954. године, са монократским уређењем (једно тужилаштво – један тужилац) и строгом, готово војничком хијерархијом и главним државним тужиоцем на врху хијерархијске пирамиде са готово неограниченим овлашћењима, који одговара само партији, дубоко је пустио корене у јавном тужилаштву.“

Упркос проглашеној самосталности јавног тужилаштва то је довело до неконтролисаног утицаја извршне власти на поступање јавног тужилаштва и стварања чиновничке свести носилаца јавнотужилачке функције да одлуке може да доноси само „шеф“, а да се о „шефовој“ не расправља. Тако су настале и чувене јавнотужилачке изреке „сваки предмет има своје време“, „вежи коња где ти газда каже“ и многе друге, али са истим порукама.

Новим Законом, донетим на основу уставних амандмана, суштински се мењају начин рада и односи унутар самог јавног тужилаштва, уводе нова правила којима се тужилаштво уређује на различитим основима.

Уставним амандманима је прописано да избор свих носилаца јавнотужилачке функције, осим Врховног јавног тужиоца, више није у надлежности Владе и Народне скупштине; другачија је дефиниција појма и положаја јавног тужилаштва (сада је јединствен и самосталан државни орган који, поред гоњења учинилаца кривичних и других кажњивих дела, врши друге надлежности којима се штити јавни интерес одређен законом); тужилаштво своје надлежности по новим одредбама врши и на основу општеприхваћених правила међународног права; забрана утицаја на тужилаштво је постала уставноправна категорија; нико изван јавног тужилаштва не може утицати на јавно тужилаштво и носиоце јавнотужилачке функције у поступању и одлучивању у појединoм предмету; укинуто је монократско уређење (функцију јавног тужилаштва више не обавља један човек – Републички јавни тужилац, већ три категорије тужилаца: Врховни јавни тужилац, главни јавни тужиоци и јавни тужиоци); сва статусна питања ће бити у надлежности Високог савета тужилаштва, за разлику од претходног решења по коме Републички јавни тужилац има ова овлашћења; укинут је пробни трогодишњи мандат. На основу оваквих уставних решења, Закон је оснажио самосталност јавног тужилаштва. Хијерархија није укинута, али је прецизно дефинисана, значајно ублажена и уведена је контрола хијерархије, јер о приговорима против коришћења хијерархијских овлашћења више не одлучује „шеф“, већ комисија састављена од јавних тужилаца у којој не могу бити главни јавни тужиоци. Трајање функције Врховног јавног тужиоца (главног тужиоца у држави) и главног јавног тужиоца (шефа тужилаштва) је ограничена на шестогодишњи мандат. Дисциплински прекршаји су прецизирани, а уведени су и нови прекршаји који уводе дисциплинску одговорност за злоупотребу хијерархије.

Наведене промене, не само што су бројне и обимне, већ мењају и природу положаја јавног тужилаштва, претварају га из органа државне репресије, „мача у рукама власти“, у самосталан орган који, поред кривичног гоњења, врши и надлежност заштите јавног интереса. Или би барем требало да га претворе, а да ли и хоће зависи од разумевања и примене нових законских решења, најпре од тужилаца, али и од учесника у кривичном поступку и других поступака у којима учествује јавно тужилаштво, као што су судије и адвокати. После неколико месеци примене новог Закона, јавни тужиоци су и даље прилично збуњени. Неразумевање суштине нових решења је поприлично и креће се од питања „да ли смо сада сви (јаки као) шефови“ до тумачења да су промене само терминолошке и да треба наставити са радом по старом, као да се ништа није променило. У таквој атмосфери у јавном тужилаштву, а слична је и у судству и адвокатури, колега Горан Илић увиђа потребу и неопходност да се нова законска решења подробније анализирају и објасне, па се упушта

у обиман и изузетно захтеван посао писања *Коментара*. У ситуацији у којој Закон садржи много нових института, а ни у земљи ни у региону не постоји пракса израде коментара организационих закона, па ни јавнотужилачких, морао се ослонити на мишљења Венецијанске комисије и одлуке Европског суда за људска права, на које се у *Коментару* често позива. Уложени напор није био узалудан, јер смо добили *Коментар* који на јасан, прегледан и разумљив начин анализира и објашњава институте, као и нову природу, структуру и организацију јавног тужилаштва, те положај јавних тужилаца и односе између носилаца јавнотужилачке функције различитих хијерархијских нивоа.

Напослетку, нагласићу очекивање да ће *Коментар* дати драгоцен допринос не само упознавању и разумевању радикално промењене нормативне регулативе организације јавног тужилаштва и положаја јавног тужилаштва у Републици Србији, већ и у проналажењу начина примене нових законских решења у складу са највишим стандардима демократског друштва и у циљу остваривања владавине права. Ако се присетимо речи Енрика Ферија да „закони вреде колико људи који их примењују“, значај овог *Коментара* је још већи, пошто омогућава потпуније разумевање нових института и релација у јавном тужилаштву. Уколико нова решења јавни тужиоци разумеју, прихвате и примене у духу закона, недостаци Закона, којих свакако има, биће умањени, а овај *Коментар* ће сигурно допринети остварењу тог циља.

ГЛАСНИК АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ
Република Србија • 21000 Нови Сад • Змај Јовина 20/I • Телефон: 021/521-235
e-mail: info@glasnik.edu.rs • www.glasnik.edu.rs

GLASNIK OF THE BAR ASSOCIATION OF VOJVODINA
JOURNAL OF LEGAL THEORY AND PRACTICE
Republika Srbija • 21000 Novi Sad • Zmaj Jovina 20/I • Phone: 021/521-235
e-mail: info@glasnik.edu.rs • www.glasnik.edu.rs

Radi podsticaja naučnog stvaralaštva mladih autora u oblasti prava *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. *Časopis za pravnu teoriju i praksu* raspisuje:

KONKURS ZA NAGRADU „MILORAD BOTIĆ“
Za najbolji naučni rad proistekao iz istraživanja obavljenog na doktorskim studijama

Opšti uslovi konkursa

Nagrada se dodeljuje za najbolji do sada neobjavljeni originalni naučni rad koji se zasniva na naučnom istraživanju koje su kandidati obavili na doktorskim studijama.

Pravo učešća na konkursu imaju studenti doktorskih studija u oblasti prava kao i doktori pravnih nauka koji su titulu doktora nauka stekli nakon 1. 1. 2020. godine.

Pod naučnim istraživanjem podrazumeva se svako istraživanje obavljeno u statusu studenta doktorskih studija, bez obzira da li je vezano za temu disertacije i da li predstavlja formalnu obavezu na doktorskim studijama.

Nagrada iznosi 150.000 dinara.[1]

Konkurs traje do 1. 12. 2023. godine.

Odluku o pobedniku konkursa doneće uređivački odbor *Glasnika Advokatske komore Vojvodine* najkasnije do 1. 4. 2024. godine.

Radovi se dostavljaju putem platforme za elektronsko uređivanje časopisa na linku: https://aseestant.ceon.rs/index.php/gakv/user[2] ili na e-mail adresu: info@glasnik.edu.rs sa napomenom: „Za Konkurs za nagradu za najbolji naučni rad proistekao iz istraživanja obavljenog na doktorskim studijama.”

[1] Približno 1.270 evra.

[2] Tehničko uputstvo za korišćenje platforme za elektronsko uređenje časopisa dostupno je na: https://www.glasnik.edu.rs/wp-content/uploads/2020 /01/Tehni%C4%8Dko-uputstvo-autorima.pdf

Radovi koji se prijavljuju putem platforme za elektronsko uređivanje časopisa, prijavljuju se prema tehničkim uputstvima za korišćenje tog sistema koja su dostupna na veb-stranici *Glasnika Advokatske komore Vojvodine* www.glasnik.edu.rs

Uredništvo zadržava pravo tehničkog prilagođavanja teksta u skladu s pravilima uređivanja, lekture i korekture.

Posebni uslovi konkursa

Svi pristigli radovi podležu dvostrukoj slepoj recenziji s dva recenzenta iz uže naučne oblasti kojoj po svom predmetu istraživanja pripada pristigli rad.

Radovi koji u postupku recenziranja dobiju negativnu ocenu jednog ili oba recenzenta, neće se uzeti u razmatranje za dodelu nagrade.

Svi radovi koji dobiju obe pozitivne recenzije biće objavljeni u *Glasniku Advokatske komore Vojvodine* tokom 2021. i 2022. godine, pod istim uslovima pod kojima se objavljuju i svi drugi naučni radovi u časopisu.

TEHNIČKI USLOVI ZA PRIJEM RADOVA

Obim teksta

Dužina rada ograničena je na jedan autorski tabak koji čini tekst od 16 stranica sa po 28 redova na stranici i 66 slovnih mesta u redu što ukupno čini dužinu teksta od 30.000 slovnih znakova (karaktera) uključujući i razmake. U dužinu rada ne uračunavaju se naslovi, sažeci i literatura.

Za pisanje se koristi font Times New Roman veličine 12 pt, s razmakom između redova vrednosti 1,5 na stranici A4 formata.

Jezik i pismo

Naučni radovi se predaju na srpskom jeziku na ćiriličkom ili latiničkom pismu, ili na engleskom jeziku, ili na jezicima u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini, Republici Crnoj Gori ili Republici Hrvatskoj.

Sažetak i rezime

Sažetak se daje na početku rada, ispod naslova, a iznad ključnih reči.

Sastavni delovi sažetka su osnovni problemi, cilj istraživanja, metodi, po mogućnosti kratak osvrt na rezultate i zaključke.

Sažetak treba da ima od 60 do 200 reči i treba da stoji između zaglavlja (naslov, imena autora i dr.) i ključnih reči, nakon kojih sledi tekst članka.

Naučni rad mora sadržati sažetak i na engleskom jeziku.

Ključne reči

Broj ključnih reči ne može biti veći od 10. Ključne reči daju se na svim jezicima na kojima postoje sažeci. U članku se daju neposredno nakon sažetaka, odnosno rezimea.

Literatura

Nakon teksta rada sledi odeljak Literatura u kom autor navodi **sve** izvore koje je koristio u tekstu i na koje je upućivao, bilo da je upućivanje vršeno u samom tekstu ili u fusnoti.

Izvori se navode abecednim odnosno azbučnim redom, prema prezimenu autora. Autor može grupisati izvore prema vrsti, npr: knjige i članci, pozitivnopravni propisi, međunarodna regulativa itd.

Banka podataka

Kada je to posebno opravdano, naučni radovi mogu biti propraćeni bankom podataka.

Banka podataka je skup podataka razvrstanih i izloženih po određenom sistemu, koji su namenjeni daljim naučnim interpretacijama ili praktičnoj primeni, ili koji služe kao dokaz ili prilog potvrđivanju ili opovrgavanju zaključaka, teza i ideja kojima se naučni rad bavi, a po svom obimu su takvi da ne bi bilo celishodno uvrstiti ih u sam tekst rada. Banka podataka predstavlja prilog koji se raspoređuje odmah iza rada povodom kog se prilaže.

Izuzetno, ukoliko obim podataka prevazilazi 16 stranica, u prilogu rada može se navesti skraćena banka podataka.

Skraćena banka podataka je saopštenje u kom se navodi vrsta podataka koji su njen predmet, metodologija i sistematika razvrstavanja podataka u banci, kao i spisak podataka na koje se odnosi, s obaveznom naznakom o tome da se svi podaci i u punom obimu nalaze u elektronskoj banci podataka na tačno određenoj veb-adresi.

Elektronska banka podataka predstavlja banku podataka u elektronskoj verziji koju uredništvo čini dostupnom na istoj veb-stranici na kojoj se nalazi i elektronska kopija časopisa.

Uredništvo može odlučiti da se elektronska banka podataka objavi i u štampanom obliku, kada to zahtevaju interesi naučne ili stručne javnosti.

U slučaju iz prethodnog stava uredništvo može odlučiti da se takva banka podataka objavi u okviru vanrednog, dopunskog ili specijalnog broja časopisa.

U postupku prijavljivanja članka, banka podataka dostavlja se kao prilog u elektronskoj formi uz članak.

PRAVILA CITIRANJA

Bibliografsko citiranje vrši se putem fusnota prema pravilima datim u primerima citiranja bibliografskih jedinica.

Kada autor u svoj rad unosi citirani tekst koji svojom dužinom zauzima dva ili više reda, takav se tekst izdvaja u poseban pasus koji se ceo uvlači u odnosu na početnu liniju teksta korišćenjem komande tab.

- Odredbom čl. 153. Zakona o parničnom postupku predviđeno je da:

  „Stranka koja u celini izgubi parnicu dužna je da protivnoj stranci naknadi troškove (st. 1). Ako stranka delimično uspe u parnici, sud može s obzirom na postignuti uspeh da odredi da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka naknadi drugoj srazmeran deo troškova (st. 2)…“[3]

Navođenje knjiga

1 autor: Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov: podnaslov knjige*. Mesto izdanja: Izdavač, broj stranice.

- Petrović, P. (2004). *Pravo i pravda: Teorija prirodnog prava*. Beograd: Službeni glasnik, 258.

2 autora: Prezime, Inicijal imena., Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov: podnaslov knjige*. Mesto izdanja: Izdavač, broj stranice.

- Petrović, P., Jovanović, J. (2007). *Ugovori trgovinskog prava*. Beograd: Zavod za udžbenike, 258.

3–5 autora: Prezime, Inicijal imena., Prezime, Inicijal imena., Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov: podnaslov knjige*. Mesto izdanja: Izdavač, broj stranice.

- Petrović, P., Jovanović, J., Nikolić, N. (2009). *Naknada štete*. Beograd: Službeni glasnik, 258.

6 i više autora: navode se svi autori ako ih je 6 ili 7, a kada ih je 8 i više, navodi se prvih 6, izostavljaju se svi ostali pre poslednjeg autora i umeće se pravopisni znak tri tačke.

[3] Nakon citiranog dela podrazumevano sledi navođenje izvora u fusnoti.

- Petrović, P., Jovanović, J., Nikolić, N., Stojanović S., Popović, P., ... Ivanović, I. (2011). *Krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, 258.

NAPOMENA: Prilikom navođenja literature na referensnoj strani izostaviti brojeve stranica koje upućuju na poseban deo citirane knjige.

Navođenje članka iz časopisa

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov članka. *Naziv časopisa*, volumen (broj), stranice od–do.

- Petrović, P. (2014). Naknada štete. *Pravnik*, 90 (3), 141–157.

Navođenje enciklopedija u štampanom izdanju

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov enciklopedije*. (Vol. broj, str. broj). Mesto izdanja: Izdavač.

- Petrović, P. (2007). Pravo. *Enciklopedija prava*. (Vol. 1, str. 170–171). Beograd: Prosveta.

Navođenje enciklopedija u onlajn izdanju

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov enciklopedije*. Preuzeto.

- Petrović, P. (2007). Pravo. *Enciklopedija prava*. Preuzeto 27. 1. 2020. sa https://primer.com.

Prihvatljiva je i formulacija: Dostupno na:

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov*. Dostupno na: internet adresa

- Petrović, P. (2014). *Enciklopedija prava*. Dostupno na: https://primer.com

Navođenje izvora s interneta

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov*. Preuzeto datum sa: internet adresa

- Petrović, P. (2014). *Naknada štete*. Preuzeto 27. 12. 2018. sa: https://primer.com

Prihvatljiva je i formulacija: Dostupno na:

- Petrović, P. (2014). *Naknada štete*. Dostupno na: https://primer.com

Navođenje domaćih propisa

Pun naziv propisa, *glasilo u kome je propis objavljen*, broj glasila/godina objavljivanja.

- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014. – dr. zakon, 5/2015. i 44/2018.

Navođenje stranih propisa

Naziv institucije koja je propis donela, *pun naziv propisa*, mesto objavljivanja, godina.

- European Parliament, *The Impact of German Unification on the European Community*, Brussels, 1990.

Navođenje domaće sudske prakse

Naziv sudske odluke i naziv suda koji je odluku doneo, broj odluke i datum odluke.

- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž1 2137/2011. od 25. 5. 2011. godine.

Navođenje strane sudske prakse

Strana sudska praksa se navodi u skladu s pravilima koja važe za navođenje sudske prakse odgovarajućih sudova.

Pravila citiranja sudske prakse Evropskog suda pravde mogu se pronaći na sledećem linku: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/en/

Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava citira se tako što se prvo kurzivom navodi ime predmeta, potom u zagradi skraćenica „App. no." Nakon koje se navodi broj predmeta, potom datum donošenja odluke:

- *A. v. Austria*, (App. no. 123/88), 12. 11. 1989.

Ukoliko se autor poziva na tačno označeni paragraf u odluci potrebno je navesti i broj paragrafa s oznakom para.:

- *A. v. Austria*, (App. no. 123/88), 12. 11. 1989. para. 25.

Ukoliko se citat odnosi na više paragrafa onda navesti paragrafe od–do s oznakom paras.:

- *A. v. Austria*, (App. no. 123/88), 12. 11. 1989. paras. 25–28.

Literatura, izvori i citirana sudska praksa

Literatura se navodi nakon članka, kao posebna sekcija tako što se sve bibliografske jedinice navode azbučnim ili abecednim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Iza prezimena, a pre imena odnosno inicijala imena autora, obavezno se piše zapeta.

Domaći i međunarodni izvori prava se navode nakon članka, kao posebna sekcija, redom kojim su navođeni u članku.

Citirana sudska praksa se navodi nakon članka, kao posebna sekcija, redom kojim je navođena u članku.

U Novom Sadu, 6. 6. 2023. godine

Uređivački odbor
Glasnika Advokatske komore Vojvodine

ГЛАСНИК АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ
Република Србија • 21000 Нови Сад • Змај Јовина 20/I • Телефон: 021/521-235
e-mail: info@glasnik.edu.rs • www.glasnik.edu.rs

GLASNIK OF THE BAR ASSOCIATION OF VOJVODINA
JOURNAL OF LEGAL THEORY AND PRACTICE
Republika Srbija • 21000 Novi Sad • Zmaj Jovina 20/I • Phone: 021/521-235
e-mail: info@glasnik.edu.rs • www.glasnik.edu.rs

Radi podsticanja razmene mišljena i stručne diskusije među pravnicima *Glasnik Advokatske komore Vojvodine. Časopis za pravnu teoriju i praksu* raspisuje:

KONKURS ZA DODELU NAGRADE „KATARINA LENGOLD MARINKOVIĆ“
Za pisanu pravnu reč

Opšti uslovi konkursa

Nagrada se dodeljuje za naučni ili stručni rad objavljen u *Glasniku Advokatske komore Vojvodine* koji je najviše doprineo dijalogu između pravne teorije i prakse.

Pravo učešća na konkursu imaju svi autori naučnih ili stručnih radova u oblasti prava čiji su radovi objavljeni ili prihvaćeni za objavljivanje u *Glasniku Advokatske komore Vojvodine* tokom 2023. godine.

Nagrada iznosi 80.000 dinara.[1]

U izbor za nagradu ulaze radovi pristigli najkasnije do 1. 12. 2023. godine.

Odluku o pobedniku konkursa doneće uređivački odbor *Glasnika Advokatske komore Vojvodine* najkasnije do 1. 4. 2024. godine.

Radovi se dostavljaju putem platforme za elektronsko uređivanje časopisa na linku: https://aseestant.ceon.rs/index.php/gakv/user[2] ili na e-mail adresu: info@glasnik.edu.rs

Radovi koji se prijavljuju putem platforme za elektronsko uređivanje časopisa, prijavljuju se prema tehničkim uputstvima za korišćenje tog sistema koja su dostupna na veb-stranici *Glasnika Advokatske komore Vojvodine* www.glasnik.edu.rs

[1] Približno 680 evra.

[2] Tehničko uputstvo za korišćenje platforme za elektronsko uređenje časopisa dostupno je na: https://www.glasnik.edu.rs/wp-content/uploads/2020/01/Tehničko-uputstvo-autorima.pdf

Uredništvo zadržava pravo tehničkog prilagođavanja teksta u skladu s pravilima uređivanja, lekture i korekture.

Posebni uslovi konkursa

Svi pristigli radovi podležu kategorizaciji prema pravilima časopisa.

Naučni radovi podležu dvostrukoj slepoj recenziji s dva recenzenta iz uže naučne oblasti kojoj po svom predmetu istraživanja pripada pristigli rad.

Radovi koji u postupku recenzije dobiju negativnu ocenu jednog ili oba recenzenta neće se uzeti u razmatranje za dodelu nagrade.

Svi naučni radovi koji dobiju obe pozitivne recenzije i stručni radovi koji budu prihvaćeni za objavljivanje od strane uredništva biće objavljeni u *Glasniku Advokatske komore Vojvodine* tokom 2021. i 2022. godine, pod istim uslovima pod kojima se objavljuju i svi drugi naučni i stručni radovi u časopisu.

TEHNIČKI USLOVI ZA PRIJEM RADOVA

Obim teksta

Dužina rada ograničena je na jedan autorski tabak koji čini tekst od 16 stranica sa po 28 redova na stranici i 66 slovnih mesta u redu što ukupno čini dužinu teksta od 30.000 slovnih znakova (karaktera) uključujući i razmake. U dužinu rada ne uračunavaju se naslovi, sažeci i literatura.

Za pisanje se koristi font Times New Roman veličine 12 pt, s razmakom između redova vrednosti 1,5 na stranici A4 formata.

Jezik i pismo

Naučni radovi se predaju na srpskom jeziku na ćiriličkom ili latiničkom pismu, ili na engleskom jeziku, ili na jezicima u službenoj upotrebi u Bosni i Hercegovini, Republici Crnoj Gori ili Republici Hrvatskoj.

Sažetak i rezime

Sažetak se daje na početku rada, ispod naslova, a iznad ključnih reči.

Sastavni delovi sažetka su osnovni problemi, cilj istraživanja, metodi, po mogućnosti kratak osvrt na rezultate i zaključke.

Sažetak treba da ima od 60 do 200 reči i treba da stoji između zaglavlja (naslov, imena autora i dr.) i ključnih reči, nakon kojih sledi tekst članka.

Naučni rad mora sadržati sažetak i na engleskom jeziku.

Ključne reči

Broj ključnih reči ne može biti veći od 10.

Ključne reči daju se na svim jezicima na kojima postoje sažeci.

U članku se daju neposredno nakon sažetaka, odnosno rezimea.

Literatura

Nakon teksta rada sledi odeljak Literatura u kom autor navodi sve izvore koje je koristio u tekstu i na koje je upućivao, bilo da je upućivanje vršeno u samom tekstu ili u fusnoti.

Izvori se navode abecednim odnosno azbučnim redom, prema prezimenu autora.

Autor može grupisati izvore prema vrsti, npr: knjige i članci, pozitivnopravni propisi, međunarodna regulativa itd.

Banka podataka

Kada je to posebno opravdano, naučni radovi mogu biti propraćeni bankom podataka.

Banka podataka je skup podataka razvrstanih i izloženih po određenom sistemu, koji su namenjeni daljim naučnim interpretacijama ili praktičnoj primeni, ili koji služe kao dokaz ili prilog potvrđivanju ili opovrgavanju zaključaka, teza i ideja kojima se naučni rad bavi, a po svom obimu su takvi da ne bi bilo celishodno uvrstiti ih u sam tekst rada.

Banka podataka predstavlja prilog koji se raspoređuje odmah iza rada povodom kog se prilaže.

Izuzetno, ukoliko obim podataka prevazilazi 16 stranica, u prilogu rada može se navesti skraćena banka podataka.

Skraćena banka podataka je saopštenje u kom se navodi vrsta podataka koji su njen predmet, metodologija i sistematika razvrstavanja podataka u banci, kao i spisak podataka na koje se odnosi, s obaveznom naznakom o tome da se svi podaci i u punom obimu nalaze u elektronskoj banci podataka na tačno određenoj veb-adresi.

Elektronska banka podataka predstavlja banku podataka u elektronskoj verziji koju uredništvo čini dostupnom na istoj veb-stranici na kojoj se nalazi i elektronska kopija časopisa.

Uredništvo može odlučiti da se elektronska banka podataka objavi i u štampanom obliku, kada to zahtevaju interesi naučne ili stručne javnosti.

U slučaju iz prethodnog stava uredništvo može odlučiti da se takva banka podataka objavi u okviru vanrednog, dopunskog ili specijalnog broja časopisa.

U postupku prijavljivanja članka, banka podataka dostavlja se kao prilog u elektronskoj formi uz članak.

PRAVILA CITIRANJA

Bibliografsko citiranje vrši se putem fusnota prema pravilima datim u primerima citiranja bibliografskih jedinica.

Kada autor u svoj rad unosi citirani tekst koji svojom dužinom zauzima dva ili više reda, takav se tekst izdvaja u poseban pasus koji se ceo uvlači u odnosu na početnu liniju teksta korišćenjem komande tab.

- Odredbom čl. 153. Zakona o parničnom postupku predviđeno je da:

  „Stranka koja u celini izgubi parnicu dužna je da protivnoj stranci naknadi troškove (st. 1). Ako stranka delimično uspe u parnici, sud može s obzirom na postignuti uspeh da odredi da svaka stranka snosi svoje troškove ili da jedna stranka naknadi drugoj srazmeran deo troškova (st. 2)…“[3]

Navođenje knjiga

1 autor: Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov: podnaslov knjige*. Mesto izdanja: Izdavač, broj stranice.

- Petrović, P. (2004). *Pravo i pravda: Teorija prirodnog prava*. Beograd: Službeni glasnik, 258.

2 autora: Prezime, Inicijal imena., Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov: podnaslov knjige*. Mesto izdanja: Izdavač, broj stranice.

- Petrović, P., Jovanović, J. (2007). *Ugovori trgovinskog prava*. Beograd: Zavod za udžbenike, 258.

3–5 autora: Prezime, Inicijal imena., Prezime, Inicijal imena., Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov: podnaslov knjige*. Mesto izdanja: Izdavač, broj stranice.

- Petrović, P., Jovanović, J., Nikolić, N. (2009). *Naknada štete*. Beograd: Službeni glasnik, 258.

6 i više autora: navode se svi autori ako ih je 6 ili 7, a kada ih je 8 i više, navodi se prvih 6, izostavljaju se svi ostali pre poslednjeg autora i umeće se pravopisni znak tri tačke.

[3] Након цитираног дела подразумевано следи навођење извора у фусноти.

- Petrović, P., Jovanović, J., Nikolić, N., Stojanović S., Popović, P., ... Ivanović, I. (2011). *Krivično pravo*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, 258.

NAPOMENA: Prilikom navođenja literature na referensnoj strani izostaviti brojeve stranica koje upućuju na poseban deo citirane knjige.

Navođenje članka iz časopisa

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov članka. *Naziv časopisa*, volumen (broj), stranice od–do.

- Petrović, P. (2014). Naknada štete. *Pravnik*, 90 (3), 141–157.

Navođenje enciklopedija u štampanom izdanju

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov enciklopedije*. (Vol. broj, str. broj). Mesto izdanja: Izdavač.

- Petrović, P. (2007). Pravo. *Enciklopedija prava*. (Vol. 1, str. 170–171). Beograd: Prosveta.

Navođenje enciklopedija u onlajn izdanju

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov članka. *Naslov enciklopedije*. Preuzeto.

- Petrović, P. (2007). Pravo. *Enciklopedija prava*. Preuzeto 27. 1. 2020. sa http://primer.com.

Prihvatljiva je i formulacija: Dostupno na:

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). *Naslov*. Dostupno na: internet adresa

- Petrović, P. (2014). *Enciklopedija prava*. Dostupno na: http://primer.com

Navođenje izvora s interneta

Prezime, Inicijal imena. (godina izdanja). Naslov. Preuzeto datum sa: internet adresa

- Petrović, P. (2014). *Naknada štete*. Preuzeto 27. 12. 2018. sa: http://primer.com

Prihvatljiva je i formulacija: Dostupno na:

- Petrović, P. (2014). *Naknada štete*. Dostupno na: http://primer.com

Navođenje domaćih propisa

Pun naziv propisa, glasilo u kome je propis objavljen, broj glasila/godina objavljivanja.

- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014. – dr. zakon, 5/2015. i 44/2018.

Navođenje stranih propisa

Naziv institucije koja je propis donela, *pun naziv propisa*, mesto objavljivanja, godina.

- European Parliament, *The Impact of German Unification on the European Community*, Brussels, 1990.

Navođenje domaće sudske prakse

Naziv sudske odluke i naziv suda koji je odluku doneo, broj odluke i datum odluke.

- Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž1 2137/2011. od 25. 5. 2011. godine.

Navođenje strane sudske prakse

Strana sudska praksa se navodi u skladu s pravilima koja važe za navođenje sudske prakse odgovarajućih sudova.

Pravila citiranja sudske prakse Evropskog suda pravde mogu se pronaći na sledećem linku: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/en/

Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava citira se tako što se prvo kurzivom navodi ime predmeta, potom u zagradi skraćenica „App. no.“ Nakon koje se navodi broj predmeta, potom datum donošenja odluke:

- *A. v. Austria*, (App. no. 123/88), 12. 11. 1989.

Ukoliko se autor poziva na tačno označeni paragraf u odluci potrebno je navesti i broj paragrafa s oznakom para.:

- *A. v. Austria*, (App. no. 123/88), 12. 11. 1989. para. 25.

Ukoliko se citat odnosi na više paragrafa onda navesti paragrafe od–do s oznakom paras.:

- *A. v. Austria*, (App. no. 123/88), 12. 11. 1989. paras. 25–28.

Literatura, izvori i citirana sudska praksa

Literatura se navodi nakon članka, kao posebna sekcija tako što se sve bibliografske jedinice navode azbučnim ili abecednim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Iza prezimena, a pre imena odnosno inicijala imena autora, obavezno se piše zapeta.

Domaći i međunarodni izvori prava se navode nakon članka, kao posebna sekcija, redom kojim su navođeni u članku.

Citirana sudska praksa se navodi nakon članka, kao posebna sekcija, redom kojim je navođena u članku.

U Novom Sadu, 6. 6. 2023. godine

Uređivački odbor
Glasnika Advokatske komore Vojvodine

САОПШТЕЊЕ СА СЕДНИЦЕ УПРАВНОГ ОДБОРА
одржане 28. 4. 2023. године

1. ДИМИТРИЈЕВИЋ СТЕВАН, адвокат из Републике Српске, УПИСУЈЕ СЕ у Уписник А Именика адвоката – страних држављана Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Мирослава Антића 4, под ограничењима из чл. 26. Закона о адвокатури, шифром делатности 69.10 (правни-адвокатски послови) и стиче право на бављење адвокатуром које се односи на давање усмених и писмених савета и мишљења који се односе на примену права Републике Српске, као матичне државе именованог адвоката и међународног права, почев од 26. 4. 2023. године, као дана полагања заклетве.

2. ЛУБУРА НЕМАЊА, дипломирани правник, рођен 15. 2. 1992. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Максима Горког 17А.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника ЛУБУРА НЕМАЊА, адвокатски приправник код Ивошевић Милене, адвоката у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

3. СВИЛЕНГАЋИН НИКОЛА, дипломирани правник, рођен 30. 7. 1992. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Грчкошколска 1.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника СВИЛЕНГАЋИН НИКОЛА, адвокатски приправник код Савин Соње, адвоката у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

4. ЧОРТАН ДЕЈАН, дипломирани правник, рођен 15. 11. 1990. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Суботици, Антона Ашкерца 56А, стан 4.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника ЧОРТАН ДЕЈАН, адвокатски приправник код Стеванић Николе, адвоката у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

5. ПЕКЕЗ ЈЕЛЕНА, дипломирани правник, рођена 3. 7. 1996. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Футошка 34/И.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника ПЕКЕЗ ЈЕЛЕНА, адвокатски приправник код Штајнер Бориса, адвоката у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

6. БЈЕЛЕТИЋ САЊА, дипломирани правник, рођена 2. 8. 1996. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Болманска 13, стан 14.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника БЈЕЛЕТИЋ САЊА, адвокатски приправник код Сомер Емила, адвоката у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

7. ЈОВИЋ АНА, дипломирани правник, рођена 5. 12. 1996. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Петра Драпшина 10.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника ЈОВИЋ АНА, адвокатски приправник код Алексић Слађане, адвоката у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

8. СИТАШ ЕМА, дипломирани правник, рођена 7. 3. 1994. године УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Сомбору, Стапарски пут 10, стан 2.

− БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника СИТАШ ЕМА, адвокатски приправник код Перић Дамира, адвоката у Сомбору, са даном 8. 5. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

9. ШКОРО БРАНКА, дипломирани правник, рођена 3. 10. 1985. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Руменачка 43/10.

10. ФИЛИПОВИЋ МИЛИЦА, дипломирани правник, рођена 20. 10. 1995. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Грчкошколска 1.

11. КНЕЖЕВИЋ НАЂА, дипломирани правник, рођена 11. 1. 1994. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Краљевића Марка 26.

12. СТЕВИЋ СОЊА, дипломирани правник, рођена 26. 4. 1989. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Булевар ослобођења 91.

13. ЧОБАНОВ АЛЕКСА, дипломирани правник, рођен 31. 3. 1995. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Струмичка 3.

14. МАРКОВИЋ МИОМИР, дипломирани правник, рођен 20. 10. 1993. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Дунавска 8/12.

15. РАДЛИНСКИ ФИЛИП, дипломирани правник, рођен 16. 10. 1985. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Зрењанину, Јеврејска 3, локал 42.

16. ТОРЊАНСКИ ЈОВАНА, дипломирани правник, рођена 24. 5. 1989. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Зрењанину, Светозара Марковића 3.

17. ЛОВРЕ БОЈАНА, дипломирани правник, рођена 26. 10. 1986. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Зрењанину, Стевице Јовановића 5.

18. СОЛДАТ МАРИНА, дипломирани правник, рођена 9. 6. 1985. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Врбасу, Маршала Тита 83/а.

19. МИЈАЛКОВИЋ ПРЕДРАГ, дипломирани правник, рођен 4. 10. 1987. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Панчеву, Змај Јовина 10.

20. ГРАДИНШЋАК ФИЛИП, дипломирани правник, рођен 19. 11. 1993. године, УПИСУЈЕ СЕ 9. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Суботици, Крагујевачких жртава 16.

21. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ТИЛГЕР ИМОЛА, рођена 9. 12. 1997. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Давид Харгите, адвоката у Кањижи, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

22. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду НАСТАСИЋ ДУШАН, рођен 22. 2. 1996. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Настасић Биљане, адвоката у Сомбору, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

23. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ВЛАХОВИЋ ЛУКА, рођен 15. 9. 1993. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Милановић Пешић Драгане, адвоката у Вршцу, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

24. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду РАКИЋ ДРАГАНА, рођена 3. 8. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Пересски Славка, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

25. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду РАКОЧЕВИЋ КАТАРИНА, рођена 21. 2. 1996. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Маровић Жељка, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

26. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ТЕШИЋ ВАСО, рођен 29. 8. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Мишчевић Војислава, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

27. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ЈАКШИЋ ДРАГАНА, рођена 27. 4. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Хинић Марте, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

28. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду СТАЛЕТОВИЋ ТАТЈАНА, рођена 15. 3. 1988. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Ристић Бојана, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

29. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду МИЛОСАВЉЕВИЋ ЛУКА, рођен 4. 12. 1998. године, на

адвокатско-приправничку вежбу код Мунижаба Јаић Сање, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

30. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ЖИЛОВИЋ КАТАРИНА, рођена 25. 9. 1994. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Рељин Александра, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

31. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ИВИЋ СТАША, рођена 16. 4. 1996. године, на адвокатско--приправничку вежбу код Татић Бранка, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

32. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ВИШКОВИЋ ИСИДОРА, рођена 23. 11. 1996. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Керац Мирка, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

33. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду СТАНКОВИЋ НЕВЕНА, рођена 31. 5. 1996. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Вицковић Рамач Тање, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

34. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ЖДЕРО ЈОВАНА, рођена 29. 8. 1999. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Јокић Марка, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

35. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду СИМИЋ АЛЕКСАНДРА, рођена 29. 9. 1998. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Јанчић Александре, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

36. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ЈОВАНОВИЋ КАТАРИНА, рођена 1. 2. 1998. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Ачански Р. Јелене, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

37. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ЂОКИЋ НИКОЛА, рођен 30. 1. 1999. године, на адвокатско--приправничку вежбу код Игић Александре, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

38. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду РАЈИЋ ЗОРАНА, рођена 22. 4. 1997. године, на адвокатско--приправничку вежбу код Поповић Срђана, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

39. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду РАЛОВИЋ МАРИЈА, рођена 20. 4. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Јанчић Александре, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

40. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду МАТИЋ НЕМАЊА, рођен 20. 7. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Маглић Петра, адвоката у Новом Саду, дана 9. 5. 2023. године, у трајању од две године.

41. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине ЧИК АНДРИЈА, адвокат у Новом Саду, са даном 30. 4. 2023. године на лични захтев.

– Именовани задржава чланство у Посмртном фонду Адвокатске коморе Војводине.

– Муксиновић Ивана, адвокат у Новом Саду, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије.

42. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине МИЈАТОВИЋ МИЛИНКО, адвокат у Новом Саду, са даном 8. 5. 2023. године ради пресељења у Адвокатску комору Београда.

43. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине СМИЉАНИЋ МАЈА, адвокат у Новом Саду, са даном 7. 5. 2023. године на лични захтев.

– Маринковић Рајко, адвокат у Новом Саду, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије.

44. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине БАЛИНТ ЈОЖЕФ, адвокат у Бачкој Тополи, са даном 11. 4. 2023. године, услед смрти.

– Ђери Иштван, адвокат у Бачкој Тополи, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије.

45. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине СТЕФАНОВИЋ СОФИЈА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Савин Соње, адвоката у Новом Саду, са даном 3. 4. 2023. године.

46. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине МИЉУШ МИА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско--приправничкој вежби код Савин Соње, адвоката у Новом Саду, са даном 3. 4. 2023. године.

47. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ВОЈВОДИЋ ЈОВАНА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско--приправничкој вежби код Ђурашиновић Драгане, адвоката у Новом Саду, са даном 17. 4. 2023. године.

48. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да ГРУЈИЋ ГАБРИЕЛИ, адвокату у Зрењанину, привремено престаје право на обављање адвокатуре због породиљског одсуства и одсуства ради неге детета од 12. 4. 2023. до 11. 4. 2024. године.

– Ђокић Јасна, адвокат из Тараша, одређује се за привременог заменика.

49. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да КОВАЧЕВИЋ БОШКУ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због боловања почев од 19. 4. 2023. до 31. 12. 2023. године.

– Данкуц Немања, адвокат у Новом Саду, одређује се за привременог заменика.

50. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да МРЂЕН МАЈИ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због породиљског одсуства и одсуства ради неге детета од 27. 4. 2023. до 25. 4. 2024. године.

– Матковић Петар, адвокат у Новом Саду, одређује се за привременог заменика.

51. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да ПОДУНАВАЦ САРИ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због породиљског одсуства и одсуства ради неге детета од 5. 4. 2023. до 3. 4. 2024. године.

– Лалин Марија, адвокат у Новом Саду, одређује се за привременог заменика.

52. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да ИЛИЋ ДАНИЈЕЛИ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због одсуства ради неге детета од 21. 4. 2023. до 8. 5. 2023. године.

− Савин Соња, адвокат у Новом Саду, одређује се за привременог заменика.

53. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КУЗМАНОВСКИ МАРТА, адвокат у Новом Саду, наставила са радом дана 14. 4. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Кочић Жељко, адвокат у Новом Саду, разрешава се дужности привременог заменика.

54. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КОВАЧЕВИЋ МАРИЈА, адвокат у Сомбору, наставила са радом дана 1. 5. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Бурсаћ Горан, адвокат у Сомбору, разрешава се дужности привременог заменика.

55. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ВАСОВИЋ ОЛИВЕРА, адвокат у Кули, наставила са радом дана 27. 4. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Кадовић Мирко, адвокат у Кули, разрешава се дужности привременог заменика.

56. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је РАДИНА НАТАША, адвокат у Бечеју, наставила са радом дана 3. 4. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Петрушић Иван, адвокат у Бечеју, разрешава се дужности привременог заменика.

57. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Кришан Симона, адвокатски приправник у Зрењанину, променила презиме које сада гласи Битевић.

58. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Станковић Драгана, адвокат у Панчеву, променила презиме које сада гласи Видановић.

59. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Спремо Тијана, адвокат у Суботици, променила презиме које сада гласи Растовић.

60. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Маџарев Варга Биљана, адвокат у Сивцу, променила презиме које сада гласи Маџарев.

61. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је МАРИЋ ЈЕЛЕНА, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинула адвокатско-приправничку вежбу код Вукашиновић Наташе, адвоката у Новом Саду, дана 3. 4. 2023. године, те да исту наставља код Добановачки Ђорђа, адвоката у Новом Саду, дана 4. 4. 2023. године.

62. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је БИЈЕЉАНИН МИРКО, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Константиновић Данице, адвоката у Новом Саду, дана 4. 4. 2023. године, те да исту наставља код Вукићевић Југа, адвоката у Новом Саду, дана 5. 4. 2023. године.

63. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ХИНИЋ АЛЕКСАНДАР САША, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Вукашиновић Наташе, адвоката у Новом Саду, дана 3. 4. 2023. године, те да исту наставља код Сађер Цветковић Дијане, адвоката у Суботици, дана 4. 4. 2023. године.

64. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КОЈИЋ ДУШАН, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Мараш Иване, адвоката у

Новом Саду, дана 3. 4. 2023. године, те да исту наставља код Зарић Предрага, адвоката у Новом Саду, дана 4. 4. 2023. године.

65. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је НОВКОВИЋ ДЕЈАН, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Јандрић Виловски Маје, адвоката у Новом Саду, дана 12. 4. 2023. године, те да исту наставља код Зарић Марка, адвоката у Новом Саду, дана 13. 4. 2023. године.

66. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Берић Ања, адвокат у Новом Саду, приступила Заједничкој адвокатској канцеларији „Жунић“ са седиштем у Новом Саду, Позоришни трг 7/6А, дана 26. 4. 2023. године.

67. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ОСТОЈИЋ ГОРАН, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Максима Горког 26, почев од 18. 4. 2023. године.

68. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је БАБИЋ ВОЈИСЛАВ, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Петра Драпшина 3, спрат И, стан 7, почев од 5. 4. 2023. године.

69. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КОМАРОМИ АНА, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Максима Горког 26, почев од 1. 4. 2023. године.

70. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је НИЧИЋ СЛАЂАНА, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Железничка 8, стан 2, почев од 1. 5. 2023. године.

71. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ИВИЋ ЈЕЛЕНА, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Булевар цара Лазара 40, канцеларија 3, почев од 1. 5. 2023. године.

72. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је РАЈАЧИЋ САША, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Максима Горког 17А, почев од 27. 4. 2023. године.

73. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је СТЕВАНИЋ НИКОЛА, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Максима Горког 17А, почев од 27. 4. 2023. године.

74. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ТРАЈКОВИЋ ЛИДИЈА, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Радничка 7, почев од 1. 4. 2023. године.

75. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ВОЈНОВИЋ БОЈОВИЋ ГОРДАНА, адвокат у Зрењанину, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Гимназија 25/17, почев од 3. 4. 2023. године.

76. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ВАСИЛИЈЕ МИЛОШ, адвокат у Панчеву, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Војводе Радомира Путника 3/2, почев од 10. 4. 2023. године.

САОПШТЕЊЕ СА СЕДНИЦЕ УПРАВНОГ ОДБОРА одржане 26. 5. 2023. године

1. ТРИВУНЧИЋ АНЂЕЛА, дипломирани правник, рођена 10. 12. 1992. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Ласла Гала 7.

2. УРОШЕВ ДРАГАНА, дипломирани правник, рођена 26. 8. 1976. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Војвођанских бригада 20.

3. АНЂЕЛКОВИЋ МИЛОШ, дипломирани правник, рођен 28. 3. 1995. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Булевар краља Петра И 33.

4. КАРАН КРИСТИЈАН, дипломирани правник, рођен 22. 7. 1995. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Краља Александра 12.

5. АВРАМОВИЋ МИРОЉУБ, дипломирани правник, рођен 26. 12. 1992. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Ћирила и Методија 105а.

6. ПЕИЋ ТУКУЉАЦ ИВАНА, дипломирани правник, рођена 16. 2. 1994. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Ветернику, Драгослава Срејовића 93Е.

7. РАЧИЋ ЈЕЛЕНА, дипломирани правник, рођена 15. 2. 1989. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Сремској Каменици, Цара Јована Ненада 4/а.

8. УШЈАК ВИЛИЈАМ, дипломирани правник, рођен 30. 5. 1993. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Силбашу, Николе Тесле 17.

9. ФИЛЕКИ ГАБРИЕЛА, дипломирани правник, рођена 22. 2. 1978. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије на Палићу, Орбанфалва 1.

10. ХЕГЕДИШ ВЕСНА, дипломирани правник, рођена 12. 4. 1986. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Суботици, Трг жртава фашизма 14/1.

11. БАЛАЖ БРАНИСЛАВ, дипломирани правник, рођен 6. 7. 1995. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Старој Пазови, Андреја Мишика 23.

12. ДАБРАНИН СТОЈАН, дипломирани правник, рођен 24. 4. 1994. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Кикинди, Десанке Максимовић 19.

13. ПЕЈИЋ АЛЕКСАНДАР, дипломирани правник, рођен 22. 3. 1996. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Зрењанину, Пупинова 22.

14. ТРИКИЋ ПЕТАР, дипломирани правник, рођен 17. 8. 1991. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Зрењанину, Николе Пашића 18.

15. ЛАЈИЋ ИВАНА, дипломирани правник, рођена 22. 1. 1989. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Апатину, Српских владара 36.

16. ЂОРЂЕВ МАРИЈА, дипломирани правник, рођена 22. 8. 1987. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Панчеву, Карађорђева 10.

17. ЛАЗИЋ НИКОЛА, дипломирани правник, рођен 27. 3. 1991. године, УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Руми, Главна 176.

18. КЕСИЋ ДАРКО, дипломирани правник, рођен 13. 3. 1967. године, УПИСУЈЕ СЕ 26. 5. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новим Бановцима, Александра Миленковића 15.

19. КЕСИЋ САРА, дипломирани правник, рођена 10. 1. 1991. године УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Новом Саду, Теодора Павловића 34.

– БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника КЕСИЋ САРА, адвокатски приправник код Керац Мирка, адвоката у Новом Саду, са даном 1. 6. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

20. ЦВЕЈАНОВ МИЛАН, дипломирани правник, рођен 27. 10. 1997. године УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Зрењанину, Стевице Јовановића 5.

– БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника ЦВЕЈАНОВ МИЛАН, адвокатски приправник код Балош Марије, адвоката у Зрењанину, са даном 1. 6. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

21. ЋАЛОВ АЛЕКСАНДАР, дипломирани правник, рођен 15. 2. 1994. године УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Кули, Маршала Тита 266а.

– БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника ЋАЛОВ АЛЕКСАНДАР, адвокатски приправник код Салак Јоаким Јулијана, адвоката у Кули, са даном 1. 6. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

22. МИЉКОВИЋ НЕМАЊА, дипломирани правник, рођен 19. 8. 1993. године УПИСУЈЕ СЕ 2. 6. 2023. године у Именик адвоката Адвокатске коморе Војводине, са седиштем адвокатске канцеларије у Сенти, Главни трг 4.

– БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника МИЉКОВИЋ НЕМАЊА, адвокатски приправник код Попов Горана, адвоката у Сенти, са даном 1. 6. 2023. године због уписа у Именик адвоката ове Коморе.

23. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ИВАНОВИЋ САНДРА, рођена 5. 9. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Маринковић Рајка, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

24. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду НИКИЋ ТИЈАНА, рођена 29. 1. 1996. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Гудало Саше, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

25. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ОШАП ЈЕЛЕНА, рођена 22. 4. 1997. године, на адвокатско-

-приправничку вежбу код Маровић Жељка, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

26. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ПИЈЕТЛОВИЋ НАТАЛИЈА, рођена 22. 3. 1997 године, на адвокатско-приправничку вежбу код Новковић др Синише, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

27. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду КОВАЧИЋ ЈЕЛЕНА, рођена 18. 8. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Ковачевић Маријане, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

28. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду МАРКОВИЋ ЈАНА, рођена 27. 4. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Марић Софије, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

29. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду УРАЧ АДРИАН, рођен 16. 6. 1999. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Бељански Владимира, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

30. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду СТАРЧЕВИЋ ИГОР, рођен 9. 10. 1998. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Марић Софије, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

31. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ГРБИЋ АЛЕКСА, рођен 1. 7. 1998. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Чолић Драгана, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

32. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду МИЛКОВИЋ ПЕТАР, рођен 2. 8. 1994. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Пупац Мирослава, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

33. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду КОВАЧЕВИЋ АНДРЕЈ, рођен 29. 5. 1994. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Шуњка Томислава, адвоката у Новом Саду, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

34. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ДАБОВИЋ РАДМИЛА, рођена 21. 9. 1995. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Грче Милана, адвоката у Темерину, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

35. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду СТОЈКОВИЋ АЛЕКСАНДРА, рођена 25. 7. 1998. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Пејић Небојше, адвоката у Суботици, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

36. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ПЕЧИ АЛИСА, рођена 24. 10. 1996. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Ђулинац Иване, адвоката у Зрењанину, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

37. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ПОЗНАН НАДА, рођена 4. 11. 1997. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Бегенишић Лазара, адвоката у Инђији, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

38. УПИСУЈЕ СЕ у Именик адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине у Новом Саду ЈАНЧИЋ МИЛИЦА, рођена 6. 12. 1997. године, на адвокатско-приправничку вежбу код Јанчић Небојше, адвоката у Вршцу, дана 2. 6. 2023. године, у трајању од две године.

39. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине МИЦИЋ ОЛИВЕРА, адвокат у Новом Саду, са даном 31. 5. 2023. године на лични захтев.

40. Именована задржава чланство у Посмртном фонду Адвокатске коморе Војводине.

41. Војводић Марија, адвокат у Новом Саду, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије.

42. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине ЂАКОВИЋ ЈОВАНКА, адвокат у Новом Саду, са даном 28. 1. 2023. године услед смрти.

– Ђаковић Марко, адвокат Бачу, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије.

43. БРИШЕ СЕ из Именика адвоката Адвокатске коморе Војводине ИВОШЕВИЋ СВЕТЛАНА, адвокат у Суботици, са даном 31. 5. 2023. године, на лични захтев.

– Именована задржава чланство у Посмртном фонду Адвокатске коморе Војводине.

– Грос Мирјана, адвокат у Суботици, поставља се за преузиматеља адвокатске канцеларије.

44. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ТОМАНОВИЋ АЛЕКСА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Грбовић Миљана, адвоката у Новом Саду, са даном 14. 5. 2023. године.

45. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине РУВИДИЋ АЛЕКСАНДРА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Царан Мирчее, адвоката у Новом Саду, са даном 17. 5. 2023. године.

46. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ПУШАРА МАЈА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Драговић Данила, адвоката у Новом Саду, са даном 25. 5. 2023. године.

47. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ИЛИЋ УРОШ, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Мићић Јелене, адвоката у Новом Саду, са даном 17. 5. 2023. године.

48. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ПЕТРОВИЋ КСЕНИЈА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Стојковић Ајше, адвоката у Новом Саду, са даном 16. 5. 2023. године.

49. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ЂОКИЋ АНИКА, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Мићић Јелене, адвоката у Новом Саду, са даном 15. 5. 2023. године.

50. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ЋУЛУМ МИОДРАГ, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско--приправничкој вежби код Гузина Милорада, адвоката у Новом Саду, са даном 16. 5. 2023. године.

51. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ГЛИГОРИЋ АЛЕКСАНДАР, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско-приправничкој вежби код Ракић Радована, адвоката у Новом Саду, са даном 12. 5. 2023. године.

52. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине КОМНЕНИЋ ДАША, адвокатски приправник у Новом Саду, на адвокатско--приправничкој вежби код Тодоровић Александра, адвоката у Новом Саду са даном 3. 5. 2023. године.

53. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине БАБА АДРИЈАН, адвокатски приправник у Панчеву, на адвокатско-приправничкој вежби код Ранчић Мирјане, адвоката у Панчеву, са даном 14. 5. 2023. године.

54. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине СТЕЋ ТАЊА, адвокатски приправник у Старој Пазови, на адвокатско-приправничкој вежби код Гајин Ирине, адвоката у Старој Пазови, са даном 12. 5. 2023. године.

55. БРИШЕ СЕ из Именика адвокатских приправника Адвокатске коморе Војводине ЗВЕКИЋ РАДМИЛА, адвокатски приправник у Ади, на адвокатско-приправничкој вежби код Мишовић Гуцуња Снежане, адвоката у Ади, са даном 7. 5. 2023. године.

56. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да ЋЕТКОВИЋ ПРЕДРАГУ, адвокату, привремено престаје право на бављење адвокатуром због избора за члана Високог савета тужилаштва (ВСТ), почев од 10. 5. 2023. године, док траје функција.

– Михајловић Мирјана, адвокат у Новом Саду, одређује се за привременог заменика.

57. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да ГУБЕРИНИЋ ТАЊИ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због одсуства ради посебне неге детета до 1. 10. 2023. године.

– Губеринић Веселин, адвокат из Новог Сада, одређује се за привременог заменика.

58. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да РЕЉИН МАЈИ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због трудничког боловања почев од 4. 5. 2023. године.

– Тривуновић Наталија, адвокат из Футога, одређује се за привременог заменика.

59. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да ИЛИЋ ДАНИЈЕЛИ, адвокату у Новом Саду, привремено престаје право на обављање адвокатуре због боловања од 8. 5. 2023. до 30. 6. 2023. године.

– Савин Соња, адвокат из Новог Сада, одређује се за привременог заменика.

60. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да КОЛАРИЋ МАЈИ, адвокату у Сремској Митровици, привремено престаје право на обављање адвокатуре због боловања ради одржавања трудноће почев од 21. 5. 2023. године.

– Добановачки Ђорђе, адвокат из Новог Сада, одређује се за привременог заменика.

61. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је МИЋИЋ М. ЈЕЛЕНА, адвокат у Новом Саду, наставила са радом дана 2. 4. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Рељин Маја, адвокат у Новом Саду, разрешава се дужности привременог заменика.

62. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ТЕПАВАЦ НЕВЕНА, адвокат у Новом Саду, наставила са радом дана 4. 5. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Гргур Гвозден, адвокат у Новом Саду, разрешава се дужности привременог заменика.

63. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ЗРИЊАНИН мср права САНДА, адвокат у Србобрану, наставила са радом дана 22. 4. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Бајић Драго, адвокат у Србобрану, разрешава се дужности привременог заменика.

64. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КОЛАРИЋ МАЈА, адвокат у Сремској Митровици, наставила са радом дана 20. 5. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Добановачки Ђорђе, адвокат у Сремској Митровици, разрешава се дужности привременог заменика.

65. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ПОПОВИЋ ЈОВАНА, адвокат у Сремској Митровици, наставила са радом дана 31. 5. 2023. године, након што јој је привремено било престало право на бављење адвокатуром.

− Гатарић Срђан, адвокат у Сремској Митровици, разрешава се дужности привременог заменика.

66. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да се Карађ Милан, адвокат у Новом Саду, разрешава дужности привременог заменика Радовановић Бранимира, адвоката у Новом Саду.

− Голубовић Миодраг, адвокат у Новом Саду, поставља се за привременог заменика Радовановић Бранимира, адвоката у Новом Саду.

67. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Кордић Теа, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинула адвокатско-приправничку вежбу код Сомер Емила, адвоката у Новом Саду, дана 3. 5. 2023. године, те да исту наставља код Ђукић Александра, адвоката у Новом Саду, дана 4. 5. 2023. године.

68. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Прванов Игор, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Поповић Срђана, адвоката у Новом Саду, дана 3. 5. 2023. године, те да исту наставља код Радун Срђана, адвоката у Новом Саду, дана 4. 5. 2023. године.

69. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Нанић Дејан, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Кадовић Мирка, адвоката у Новом Саду, дана 17. 5. 2023. године, те да исту наставља код Туцовић Милане, адвоката у Новом Саду, дана 18. 5. 2023. године.

70. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Ђуреиновић Милош, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинуо адвокатско-приправничку вежбу код Пејовић Мире, адвоката у Новом Саду, дана 17. 5. 2023. године, те да исту наставља код Вукићевић Југа, адвоката у Новом Саду, дана 18. 5. 2023. године.

71. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је Радованац Свјетлана, адвокатски приправник у Новом Саду, прекинула адвокатско-приправничку вежбу код Бесермењи Игора, адвоката у Новом Саду, дана 15. 5. 2023. године, те да исту наставља код Срећковић Милоша, адвоката у Новом Саду, дана 16. 5. 2023. године.

72. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је „Заједничка адвокатска канцеларија Алексић са сарадницима“ донела одлуку о искључењу Анојчић Марка, адвоката у Новом Саду, из заједничке адвокатске канцеларије са даном 28. 4. 2023. године.

73. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да су Томашевић Немања, адвокат у Бечеју, и Томашевић Милош, адвокат у Бечеју, основали Заједничку адвокатску канцеларију „Томашевић“ са седиштем у Бечеју, Зелена 43, почев од 1. 5. 2023. године.

74. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је АНОЈЧИЋ МАРКО, адвокат у Новом Саду, преселио седиште адвокатске канцеларије у Кађ, Здравка Челара 55а, почев од 28. 4. 2023. године.

75. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ЂОКИЋ ЈАСНА, адвокат у Тарашу, преселила седиште адвокатске канцеларије у Зрењанин, Стевице Јовановића 5, почев од 25. 5. 2023. године.

76. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ЛУЖАНИН НЕМАЊА, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Жарка Зрењанина 10, почев од 1. 6. 2023. године.

77. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КОВАЧ АЛЕКСАНДАР, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Жарка Зрењанина 10, почев од 1. 6. 2023. године.

78. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је РАДОСАВЉЕВИЋ МИЛОШ, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Жарка Зрењанина 10, почев од 1. 6. 2023. године.

79. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ПРЕЛИЋ ПЕТАР, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Лазе Костића 13, почев од 16. 5. 2023. године.

80. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ИВАНОВСКИ САША, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Дунавска 30, почев од 15. 5. 2023. године.

81. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је БЈЕЛОГРЛИЋ СТЕФАН, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Максима Горког 6, стан 53, почев од 28. 4. 2023. године.

82. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ЧУПКОВИЋ АЉОША, адвокат у Новом Саду, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Футошка 1А/В/505, почев од 3. 5. 2023. године.

83. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је НАДРЉАНСКИ ИВАНА, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Лазе Костића 13, стан 4, почев од 16. 5. 2023. године.

84. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ШЕБЕЗ ДРАГАНА, адвокат у Новом Саду, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Шекспирова 11, стан 3, почев од 5. 5. 2023. године.

85. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је КРУНИЋ ШЕВРТ АНА, адвокат у Инђији, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Краља Петра I 16/1, стан 101, почев од 3. 5. 2023. године.

86. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је АРСИЋ САНДРА, адвокат у Инђији, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Краља Петра И 16/1, стан 101, почев од 3. 5. 2023. године.

87. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ПРТИНА МАРКО, адвокат у Инђији, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Краља Петра И 16А, почев од 22. 5. 2023. године.

88. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је СТОЈАНОВИЋ НАТАША, адвокат у Инђији, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Краља Петра И 16А, почев од 22. 5. 2023. године.

89. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је АЛИШИЋ НАТАША, адвокат у Инђији, преселила своју адвокатску канцеларију на адресу Краља Петра И 16, стан 107, почев од 1. 6. 2023. године.

90. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је АЛИШИЋ мр ВЛАДИМИР, адвокат у Инђији, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Краља Петра И 16, стан 107, почев од 1. 6. 2023. године.

91. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ТОМАШЕВИЋ НЕМАЊА, адвокат у Бечеју, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Зелена 43, почев од 1. 5. 2023. године.

92. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ТОМАШЕВИЋ МИЛОШ, адвокат у Бечеју, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Зелена 43, почев од 1. 5. 2023. године.

93. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је ДИВАЦ ДУШАН, адвокат у Панчеву, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Војводе Радомира Путника 1, почев од 30. 4. 2023. године.

94. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је МИЛУТИНОВИЋ БРАНИСЛАВ, адвокат у Панчеву, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Жарка Фогараша 48, почев од 3. 5. 2023. године.

95. УЗИМА СЕ НА ЗНАЊЕ да је МОМИРОВ МОМИР, адвокат у Меленцима, преселио своју адвокатску канцеларију на адресу Српских владара 49, почев од 1. 6. 2023. године.

Управни одбор

НАУЧНА ПОЛИТИКА ЧАСОПИСА

Научно поље и област

Гласник Адвокатске коморе Војводине је научни часопис из поља друштвено-хуманистичких наука који објављује радове из правне научне области. Шира научна област којој часопис припада је област права и политикологије на начин на који то прописује Правилник о категоризацији и рангирању научних часописа.

Тематске и теоријске смернице

Часопис објављује изворне научне чланке, расправе, правне есеје, огледе, приказе књига и друге текстове који се односе на право и правну теорију, историју права и филозофију права.

Посебно, часопис се бави темама у оквиру најзначајнијих грана права и то грађанског права, кривичног права, међународног права, радног права и уставног права.

Типови истраживања и радова у часопису

Радови и прилози који се објављују у часопису категоришу се у три групе:

1. Научни чланци у које спадају: оригинални научни радови, прегледни радови, кратка саопштења, претходна саопштења, научне критике и осврти.

2. Стручни чланци у које спадају: стручни радови, информативни прилози, прикази, стручне критике полемике, осврти и есеји.

3. Остали прилози и саопштења у које спадају уводници, извештаји о раду часописа, прикази судске праксе, уредничка документација која се објављује у часопису, саопштења издавача и уредништва, некролози и слично.

Политика контроле квалитета и унапређења етике публиковања и академске етике

Научни и стручни радови који се објављују у часопису рецензирају се у складу са правилником о поступку рецензије *Гласника Адвокатске коморе Војводине*. У часопису се примењује двострука слепа рецензија. У поступку

рецензирања и уређивања *Гласника Адвокатске коморе Војводине* чланови уредништва и рецензенти дужни су да се руководе смерницама Комитета за етику публиковања (COPE). Аутори који пријављују своје рукописе ради објављивања у часопису дужни су да поштују све националне и међународне стандарде очувања академског интегритета и етику у научном деловању и публиковању.

Радови и прилози категорисани као остали прилози и саопштења не индексирају се и не представљају део научне и стручне грађе часописа, не рецензирају се и не улазе у структуру радова часописа. Они су искључиво информативног карактера.

Електронско уређивање часописа остварује се у сарадњи са Центром за евалуацију у образовању и науци.

Гласник Адвокатске коморе Војводине је часопис отвореног приступа.

Друштвена и културна улога часописа

Улога *Гласника Адвокатске коморе Војводине* је стварање простора за објављивање резултата научних истраживања од значаја за правну науку, као и простора за размену научног и стручног мишљења. У остварењу своје улоге, часопис настоји да унапреди правну културу и колегијално разумевање и посебно да повеже правну науку са правном праксом.

У остварењу своје улоге *Гласник Адвокатске коморе Војводине* ослања се на своју деведесетогодишњу традицију из ког разлога се посебно стара о унапређењу културе сећања у области права.

ГЛАСНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

GLASNIK
OF THE VOJVODINA BAR ASSOCIATION

Оснивач, власник и издавач
Адвокатска комора Војводине

Излази четири пута годишње, тромесечно

Број 2/2023.
Овај број је закључен 30. јуна 2023. године

Адреса Уредништва
21000 Нови Сад, Змај Јовина 20/I
Телефон: 021/521-235; факс: 021/529-459
e-mail: akvojvodine@gmail.com

Дигитална архива часописа и пуни текстови чланака доступни на
www.glasnik.edu.rs

Библиографске базе које индексирају часопис
SCIndeks: www.scindeks.ceon.rs
DOAJ: www.doaj.org

Годишња претплата
за Републику Србију 2.000,00 динара
за иностранство 20 евра
(Текући рачун број 340-1482-43 са назнаком „за Гласник”)

Језичка редакција
Јелица Недић, лектор и коректор за српски језик
Срђан Маринков, лектор и коректор за енглески језик

Компјутерски слог *Татјана Божић*, Нови Сад

Штампа
OFFSET PRINT, Нови Сад
2023.

Тираж: 620 примерака

CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотеке Матице српске, Нови Сад

347.965(497.113)

ГЛАСНИК Адвокатске коморе Војводине / главни и одговорни уредник Александар Тодоровић. - Год. 1, бр. 1 (1952)- . - Нови Сад : Адвокатска комора Војводине, 1952- . - 24 cm

Тромесечно. - На споредној насл. стр. наслов латиницом, поднаслов на енгл. језику: Glasnik - journal of legal theory and practice of the Bar Association of Vojvodina

ISSN 0017-0933 = *Гласник Адвокатске коморе Војводине*

COBISS.SR-ID 3803650

СКРАЋЕНО УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Радови се достављају путем платформе за електронско уређивање часописа на линку: http://aseestant.ceon.rs/index.php/gakv/user у складу са техничким упутствима за коришћење тог система или на e-mail адресу: info@glasnik.edu.rs.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права. Посебно аутор изјављује да предаје текст који је настао поштовањем кодекса академске етике.

Уредништво *Гласника Адвокатске коморе Војводине* и рецензенти ангажовани од стране часописа у свом раду руководе се препорукама и смерницама Комитета за етику публиковања (COPE).

Врсте радова.– Часопис објављује оригиналне научне радове, прегледне радове, кратка саопштења, претходна саопштења, научне критике, стручне радове, есеје и сентенце из судске праксе.

Обим и структура текста.– Дужина текста по правилу ограничена је на један ауторски табак који чини текст од 16 страница са по 28 редова на страни и 66 словних места у реду што укупно чини дужину текста од 30.000 словних знакова (карактера) укључујући и размаке.

За писање се користи фонт Times New Roman величине 12 pt, с размаком између редова вредности 1,5 на страници А4 формата.

Наслов чланка наводи се великим словима (верзал) на средини странице, фонтом Times New Roman, болд, величине 14 pt.

Поднаслови се пишу на средини, великим словима, величина фонта 12 pt и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов има више целина, оне се означавају арапским бројевима, као: 1.1. – малим обичним словима, величина фонта 12 pt, 1.1.1. – малим курзивним словима, величина фонта 11 pt.

Језик и писмо.– Чланци се предају на српском језику на ћириличком или латиничком писму, или на енглеском језику, или на језицима у службеној употреби у Босни и Херцеговини и у републикама Црној Гори или Хрватској.

Чланци који се предају на српском језику морају садржати и апстракт и кључне речи на енглеском језику.

Сажетак и резиме.– Сажетак се даје на почетку чланка, испод наслова, а изнад кључних речи.

Сажетак треба да има од 60 до 200 речи и стоји између заглавља (наслов, име(на) аутора и др.) и кључних речи, након којих следи текст чланка.

Ако је језик рада српски, сажетак на страном језику може се пружити у проширеном облику, као тзв. резиме. Резиме се даје на крају чланка, након одељка Литература.

Кључне речи.– Дају се непосредно након сажетка, односно резимеа.

Број кључних речи не може бити већи од 10.

Кључне речи дају се на свим језицима на којима постоје сажеци.

СКРАЋЕНА ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА СА ПРИМЕРИМА

Навођење књига

Презиме, Иницијал имена. (година издања). *Наслов: Поднаслов књиге*. Место издања: Издавач

- Петровић, П. (2004). *Право и правда: Теорија природног права*. Београд: Службени гласник

Навођење чланка из часописа

Презиме, Иницијал имена. (година издања). Наслов чланка. *Назив часописа*, волумен (број), странице од–до.

- Петровић, П. (2014). Накнада штете. *Правник* 90(3), 141–157.

Навођење извора с интернета

Презиме, Иницијал имена. (година издања). *Наслов*. Преузето: датум са: интернет адреса

- Петровић, П. (2014). *Накнада штете*. Преузето: 27. 12. 2018. са http://primer.com

Навођење домаћих прописа

Пун назив прописа, *гласило у коме је пропис објављен*, број гласила / година објављивања.

- Закон о облигационим односима, *Службени гласник РС*, број 36/2011, 99/2011, 83/2014. – др. закон, 5/2015. и 44/2018.

Навођење страних прописа

Назив институције која је пропис донела, *пун назив прописа*, место објављивања, година

- European Parliament, *The Impact of German Unification on the European Community, Brussels*, 1990.

Навођење домаће судске праксе

Назив судске одлуке и назив суда који је одлуку донео, број одлуке и датум одлуке

- Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 2137/2011. од 25. 5. 2011. године.

Навођење стране судске праксе

Страна судска пракса се наводи у складу с правилима која важе за навођење судске праксе одговарајућих судова.

Литература, извори и цитирана судска пракса

Литература се наводи након чланка, као посебна секција тако што се све библиографске јединице наводе азбучним или абецедним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Иза презимена, а пре имена аутора обавезно се пише запета.

Домаћи и међународни извори права се наводе након чланка, као посебна секција, редом којим су навођени у тексту.

Цитирана судска пракса се наводи након текста, као посебна секција, редом којим је навођена у чланку.

ГЛАСНИК АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ
ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ
Република Србија • 21000 Нови Сад • Змај Јовина 20/I • Телефон: 021/521-235
e-mail: info@glasnik.edu.rs • www.glasnik.edu.rs